

# Reconsideración y modificación del régimen fiscal de las operaciones vinculadas. La urgente necesidad de modificación del régimen actual

Han participado en la elaboración de este documento los siguientes miembros de la AEDAF:

**Juan Carlos López-Hermoso**

**Agius<sup>1</sup>**

Abogado y Economista

**José Ignacio Alemany Bellido**

Abogado

**José Manuel de Bunes Ibarra**

Abogado

**José Manuel Calderón Carrero**

Abogado

**Carlos Diéguez Nieto**

Abogado

**José Ramón Domínguez Rodicio**

Abogado

**Antonio Durán-Sindreu Buxadé**

Economista

**Enrique Giménez-Reyna**

**Rodríguez**

Abogado

**Fco. Javier Gómez Taboada**

Abogado

**Eduardo Gracia Espinar<sup>2</sup>**

Abogado

**Ramón López de Haro Esteso**

Abogado y Economista

**Eduardo Luque Delgado**

Abogado

**Tomás Marcos Sánchez**

Abogado

**Teresa Ruiz de Azúa Basarrate**

Economista

Papers  
AEDAF

1. Presidente de la AEDAF

2. Integrante del Foro Conjunto de Precios de Transferencia de la UE

Febrero de 2010

La Asociación Española de Asesores Fiscales, fundada en 1967, reúne a los titulados universitarios especializados en materia fiscal que se dedican, de forma principal y preferente al asesoramiento tributario, bien sea por cuenta propia o ajena, fomentando una cultura asociativa.

El principal objetivo de la AEDAF es dotar a sus miembros de las mejores herramientas y asesoramiento para el óptimo ejercicio de su actividad profesional. Los miembros integrantes de la AEDAF provienen tanto del mundo profesional como del mundo de la docencia. La AEDAF trabaja activamente en ofrecer valor añadido a sus miembros a través de una formación permanente de alta calidad y rápida aplicación en su día a día, publicaciones de interés, encuentros profesionales de diferente índole, así como el continuo intercambio de experiencias e información entre sus integrantes.

Entre los objetivos de la AEDAF está también permitir a los profesionales del asesoramiento fiscal, participar de manera activa en la creación de una conciencia fiscal ciudadana, así como colaborar, en la preparación o modificación de los textos legales en materia tributaria. Asimismo, la AEDAF tiene como finalidad fortalecer y defender la imagen del Asesor Fiscal, así como, la difusión de su importancia en la economía española y en nuestro Estado de Derecho.

La AEDAF cuenta con un nutrido y numeroso número de profesionales, con cerca de 2.000 Asesores Fiscales de toda España que día a día contribuyen a la excelencia de un trabajo cuyo resultado revierte en beneficio de todos sus miembros.

## Sumario

Finalidad .....	9
Introducción y Antecedentes.....	10
Nuevas obligaciones de documentación .....	12
Propuestas AEDAF .....	14
Régimen sancionador.....	15
Propuestas AEDAF .....	17
Ajuste secundario.....	18
Propuestas AEDAF .....	23



# Reconsideración y modificación del régimen fiscal de las operaciones vinculadas. La urgente necesidad de modificación del régimen actual

«El sueño de la razón produce monstruos»  
Grabado n.º 43 de Los Caprichos (1799), de Francisco de Goya

## Finalidad

El presente documento, partiendo de la revisión de la normativa española en vigor en materia de valoración de operaciones vinculadas y acudiendo a los antecedentes internacionales (Directrices de la OCDE aplicables en materia de Precios de Transferencia a Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias de 1995 o "Directrices OCDE") y comunitarias (trabajos del Foro Conjunto de la UE sobre Precios de Transferencia o "FCPT") en que se inspiró su aprobación, así como en reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE o "TJUE", tiene por objeto poner de manifiesto la onerosidad (i) de las actuales obligaciones de documentación impuestas a las empresas españolas por las transacciones vinculadas que hayan celebrado desde el pasado 19 de febrero de 2009, (ii) del régimen sancionador que conllevará el incumplimiento de las mismas y (iii) del ajuste secundario que por primera vez se regula en la Ley, proponiendo por ello una serie de medidas tendentes a la atenuación de los perversos efectos que el régimen vigente puede causar sobre el tejido empresarial español en forma de un gran número de liquidaciones tributarias y resoluciones sancionadoras de importe exorbitante, arbitrario y desproporcionado en atención al bien jurídico a proteger por la Administración, lo que también incrementará aún más la litigiosidad.

Estas propuestas buscan adecuar el actual régimen de operaciones vinculadas a la realidad económica y social de España, lo que evitaría los perjuicios que de otro modo causará sobre la competitividad de la empresa española, especialmente por comparación con el régimen aplicado en países de nuestro entorno, pero también sobre la capacidad de atracción de inversión extranjera a nuestro territorio, en la medida en que esta normativa pueda ser percibida como una carga de cumplimiento excesivamente costoso para muchas PYME y Microempresas extranjeras.

Posiblemente, resultara oportuno replantear o repensar a fondo de nuevo todo el régimen de operaciones vinculadas del artículo 16 TRLIS, en aras de lograr, por un lado, una regulación material más completa y actual (reciente reforma Directrices OCDE PT y STJUE de 21 de enero 2010, asunto C-311/08, SGI), y, por otro, una mayor adecuación a la finalidad específica de la normativa de precios de transferencia así como a la difícil coyuntura económica actual en línea con las tendencias prevalentes en nuestro entorno europeo.

## Introducción y Antecedentes

La Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, modificó el régimen de las llamadas operaciones vinculadas, dando nueva redacción al artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS). Se trata de una profunda reforma, de la que se debe destacar lo siguiente:

1. La valoración de las operaciones vinculadas por su valor normal de mercado pasa de ser una obligación impropia del contribuyente y una facultad de la Administración tributaria para ajustar, en determinadas circunstancias, los valores utilizados, a ser una obligación del contribuyente.
2. La actual obligación del contribuyente se establece sin condiciones, mientras que en la normativa anterior la sustitución (por la Administración tributaria) del valor convenido por el valor normal de mercado se condicionaba a que el valor convenido hubiese determinado una tributación en España inferior a la que hubiere resultado por aplicación del valor normal de mercado o un diferimiento de dicha tributación.
3. **Se atribuye al contribuyente la carga de la prueba, obligándole a elaborar y mantener una determinada documentación** a disposición de la Administración tributaria para que ésta pueda verificar o comprobar que se han aplicado efectivamente valores de mercado en sus operaciones vinculadas.
4. **Se configuran como infracciones tributarias la no aportación y/o la aportación deficiente de la documentación**, así como la incoherencia entre la valoración aplicada y la que se derive de dicha documentación.
5. Se mantiene, al menos formalmente y como principio, la evitación de la doble imposición en el ámbito del territorio común por la aplicación del régimen de operaciones vinculadas, si bien con procedimientos de defensa de la contraparte del contribuyente cuya constitucionalidad puede resultar cuestionable cuando se trate de una pluralidad de personas.
6. Se define por vez primera, en el artículo 16, el concepto de valor normal de mercado, como "aquél que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia".
7. Se amplían los métodos aplicables para determinar el valor normal de mercado, siguiendo las Directrices OCDE.
8. Se sustituye el marco de los acuerdos de distribución de costes de investigación y desarrollo, y de los servicios de apoyo a la gestión, por otro más amplio relativo a los acuerdos de reparto de costes de bienes o servicios y a los servicios prestados entre entidades vinculadas que resulta más adecuado en el actual contexto internacional.
9. Se mejora el régimen de los acuerdos previos de valoración, como medida preventiva de las controversias con la Administración tributaria en este campo.
10. **Se introduce, como gran novedad y también por primera vez en nuestro Derecho positivo,**

**el denominado “ajuste secundario”,** que constituye uno de los aspectos más controvertidos y polémicos de la nueva regulación

Por otra parte, el Real Decreto 1793/2008, de 3 de noviembre, ha venido a concretar y completar algunas de las previsiones legales, entre otras, en lo referido a las obligaciones de documentación, el procedimiento de comprobación y el ajuste secundario.

No obstante, la nueva regulación de las operaciones entre partes vinculadas no se limita a lo estrictamente fiscal. La reforma de la normativa contable iniciada con la Ley 16/2007 también ha introducido, por primera vez, una regulación dirigida a que la contabilidad muestre una información más amplia, detallada y precisa sobre las operaciones realizadas con otras empresas del grupo, empresas asociadas y otras partes vinculadas.

Aunque no existe una identidad absoluta y completa entre las operaciones que merecen la consideración de vinculadas en el ámbito fiscal y lo que la nueva normativa contable califica como operaciones con partes vinculadas, existe una notable interrelación entre ambas materias, **lo que puede resultar especialmente conflictivo en cuanto a su diferente finalidad, alcance y grado de adecuación.**

El objetivo de esta reforma era el alineamiento y adaptación del régimen español de operaciones vinculadas (aprobado en 1995) a las reglas predominantes en este ámbito entre los países occidentales y particularmente, europeos, que se inspiraban tanto en las Directrices OCDE como en los trabajos del FCPT que se instauró en 2002 y que ha supuesto un extraordinario avance en esta materia entre buena parte de los Estados de la Unión Europea (UE).

Sin embargo, la nueva regulación española parte de un error de principio: se proyecta un conjunto de reglas y principios a priori diseñados para abordar (i) operaciones transnacionales (ii) dentro de un grupo multinacional (véase a estos efectos el título completo de las Directrices OCDE señalado en el apartado inicial de este documento) para su aplicación indiscriminada a todas las operaciones entre empresas establecidas en España, sean o no internacionales y se celebren o no en el seno de grupos multinacionales. Ello ha supuesto una evidente desproporción ante las exigencias materiales o formales que se imponen a las empresas españolas y el riesgo de pérdida recaudatoria que se persigue por la Administración tributaria; se ha pasado de una falta absoluta de dichas obligaciones, a ser el país que impone una mayor carga, especialmente documental, a los operadores económicos respecto a las operaciones vinculadas. La reforma olvida que, si el régimen de precios de transferencia estaba inspirado en reglas internacionales, debería ser coherente con la concepción de esta categoría en el Derecho Internacional.

En efecto, la finalidad de la regulación sobre los precios de transferencia es hacer frente a la incorrecta imputación de bases impositivas que, en principio, deberían atribuirse a una determinada jurisdicción, mediante el traslado indebido (en la medida en que no respete el principio de libre concurrencia) de rentas hacia otros territorios (no necesariamente oferentes, por cierto, de una menor carga impositiva sobre los beneficios).

Dicha finalidad, junto con la complejidad técnica que entraña el incumplimiento de estas normas, llevan a la Asociación a pensar que **es erróneo implantar un régimen uniforme para todo tipo de operaciones: las internas y las transnacionales y para todo tipo de grupos empresariales, con independencia de su tamaño (con ciertas excepciones de poco alcance, como luego se explica) pero también de la cuantía del riesgo recaudatorio que su posible incumplimiento puede causar a la Hacienda Pública.**

Desde la AEDAF ya advertimos, en nuestro Informe sobre el Proyecto de Ley de medidas de prevención del fraude, que la previsión de un régimen único para situaciones claramente diferenciadas iba a provocar distorsiones en la aplicación práctica de la nueva disciplina de operaciones vinculadas.

Ciertamente, la tesis oficial en el momento de aprobación de este nuevo régimen es que el ordenamiento comunitario (¡Tantas otras veces olvidado por la Administración tributaria!) no permitía tratar mejor a las transacciones internas que a las internacionales, lo que constituía una preocupación legítima del legislador español. Pues bien, esta cuestión ha quedado definitivamente clarificada por el TJUE en su sentencia de 21 de enero de 2010 (asunto C-311/08), al establecer que, siendo tal diferencia de trato discriminatoria, se encuentra sin embargo plenamente justificada por razones de interés general tendentes a preservar el adecuado reparto de la potestad tributaria entre los Estados Miembros y a prevenir el fraude fiscal.

## Nuevas obligaciones de documentación

No cabe duda de que la obligación de documentar es una consecuencia lógica de la imposición al contribuyente de la obligación de valorar en condiciones de libre concurrencia sus operaciones vinculadas y una recomendación amparada en las Directrices OCDE y en el Código de Conducta UE de 27 de junio de 2006 sobre la documentación relativa a los precios de transferencia que puede exigirse a las empresas asociadas en la UE ("Código de Conducta UE") que, de hecho, busca establecer unos límites máximos armonizados dentro de la UE sobre obligaciones de documentación.

Por otra parte, conviene recordar que las operaciones vinculadas en la norma española son las que se realizan fundamentalmente entre una entidad y sus socios partícipes (siempre que posean al menos el 5% de su capital social, o el 1% si son sociedades cotizadas), entre ésta y sus consejeros o administradores, entre personas unidas por relaciones de parentesco, entre dos entidades pertenecientes al mismo grupo, y entre una sociedad y otra participada por la primera de forma indirecta con al menos el 25% del capital social.

Puede comprobarse cómo el perímetro de vinculación que define la norma española es mucho más amplio que el que generalmente existe en nuestro entorno europeo. También, basta con comparar el listado de documentación máxima previsto en el referido Código de Conducta UE con la relación de documentos (por cierto, aún más amplia) que prevén los artículos 19 y 20 del Reglamento español para concluir que la Administración ha impuesto a las empresas españolas un régimen de documentación exorbitante, al incluir operaciones vinculadas que no son tales en otros Estados y transacciones internas que suelen quedar excluidas en otros ordenamientos y todo ello acudiendo (y superando) el límite máximo de documentación que señala el Código de Conducta UE. No se olvide que este Código establece que dicho listado de documentación es facultativo para los grupos multinacionales y que en muchos Estados de la UE no se ha impuesto como obligatorio.

Todo ello lleva a concluir que España ha pasado de un régimen liviano en esta materia a convertirse en una jurisdicción en la que un gran número de sociedades queda obligado, so pena de sanción por su incumplimiento, a documentar sus transacciones, ya sean nacionales o internacionales, con independencia de la relevancia y riesgo recaudatorio que conlleva y ateniéndose a una definición legal de vinculación que resulta ser de las más amplias de entre los ordenamientos occidentales llegando a abarcar supuestos en los que es evidente que sí existe una relación de libre concurrencia entre las partes. Es más, este nuevo régimen de documentación se impone a todo grupo multinacional extranjero que realice operaciones en



España por medio de filiales o establecimientos permanentes, aun cuando en el país de residencia de la matriz o casa central no existan estas obligaciones, lo que puede llevar a convertirse en una barrera de entrada a la inversión extranjera en España.

Sólo aquellos grupos empresariales cuya cifra de negocios agregada en el ejercicio anterior no haya excedido de 8 millones de euros quedan relativamente exonerados de estas obligaciones. Este umbral es claramente insuficiente, por lo que se puede concluir, sin violencia alguna, que la redacción actual de esta normativa y las consecuencias de su incumplimiento son absolutamente desproporcionadas. El perjuicio que puede tener la Hacienda Pública, especialmente en función del volumen y de la importancia relativa de muchas de las operaciones vinculadas que se dan en el ámbito de las PYME y Microempresas, no está acompasado a la onerosidad de las sanciones que se pueden imponer por su infracción. Debe destacarse que el nuevo artículo 16 establece un criterio sancionador aparentemente objetivo vinculado al incumplimiento de unas obligaciones documentales, con independencia del perjuicio económico que su incumplimiento pueda ocasionar a las arcas de la Hacienda Pública.

Por si todo lo anterior fuera poco, la Orden Ministerial EHA/1375/2009, de 26 de mayo, por la que se aprueban los modelos de declaración del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, exige al contribuyente la declaración separada, en el impreso modelo 200, de todas las operaciones vinculadas, excluidas aquellas cuyo importe conjunto no supere los 100.000 € lo que, siendo un umbral muy modesto, sirve al menos como indicación de las prioridades de control que parece fijarse la Administración tributaria.

Para las pequeñas y medianas empresas el coste administrativo de documentar la totalidad de las operaciones vinculadas es inasumible y contrario al principio de “simplificación administrativa” para mejorar la competitividad de las empresas, proclamado en el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible presentados por el Gobierno el pasado mes de diciembre de 2009, así como al de minoración del coste de cumplimiento que prevé la propia Exposición de Motivos de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, que introdujo este nuevo régimen.

El hecho de que la norma no establezca ningún tipo de distinción ni límite a la aplicación generalizada de la misma provoca un agravio comparativo hacia las PYME y Microempresas, ya que para la AEDAF, como se expondrá más adelante, el régimen sancionador es completamente desproporcionado respecto a la realidad económica de la mayoría de las medianas y pequeñas empresas del país (y creemos que también respecto a las de otros Estados que quisieran establecerse en España para hacer negocios).

Estas cuestiones ya fueron abordadas en el Congreso de los Diputados hace más de dos años; así, el 12 de junio de 2007, la Comisión de Economía y Hacienda aprobó una Proposición no de Ley relativa a la “simplificación de las nuevas obligaciones fiscales de la PYME”, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán, donde se establece lo siguiente:

«El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a atender de forma singular a la naturaleza y características de las Microempresas y PYME a la hora de elaborar el desarrollo reglamentario de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, en materia de obligaciones de documentación de las operaciones vinculadas que realicen estas empresas, todo ello en cumplimiento del compromiso recogido en la propia Exposición de Motivos de esta Ley, y, de modo muy especial, en relación con las pequeñas empresas que no dispongan de filiales en otros países, de forma que queden exceptuadas de obligaciones que difícilmente podrían cumplir evitando así que se incremente el coste formal del cumplimiento para estos contribuyentes».

Finalmente, la nueva regulación no ha respetado la naturaleza propia del régimen de operaciones entre sociedades vinculadas. Como es sabido este régimen no es más que un conjunto de reglas relativas al reparto de los puntos de conexión fiscal de las operaciones entre empresas asociadas, esto es, un sistema de reparto de la soberanía fiscal entre los distintos Estados implicados. Sin embargo, la concepción que está detrás de la regulación española es distinta, ya que el legislador español ha regulado el nuevo régimen como si de una cláusula antiabuso se tratase, contraviniendo el espíritu de las Directrices OCDE, en las que esta norma dice inspirarse, pero también la concepción de este régimen que parece deducirse de la reciente jurisprudencia del TJUE.

A título de ejemplo y por remisión al Derecho Comparado, la Ordenanza Tributaria Alemana limita las obligaciones de documentación a las operaciones internacionales, y a las PYME sólo se le exige que conserven la documentación que les permita justificar que han cumplido con el principio de plena concurrencia sin más. Por su parte, el Reino Unido, país con larga tradición en la aplicación de este régimen, exime de las obligaciones de documentación (a opción del contribuyente) a las sociedades con menos de 250 empleados y cifra de negocios inferior a 50 millones de euros o cuyos activos en balance no excedan de 43 millones de euros, es decir, la definición de PYME que contempla la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de Microempresas y PYME, que también han adoptado o van a adoptar otros Estados de la UE. Francia ha ido aún más lejos a la hora de fijar los umbrales mínimos (cifra de negocios consolidada de, como mínimo, 400 millones de euros) a partir de los cuales las obligaciones de documentación se imponen a las empresas y además ha excluido de la misma a las operaciones vinculadas internas. Irlanda ha propuesto recientemente (Finance Bill 2010) un régimen todavía más razonable y adecuado a la coyuntura actual, excluyendo a las PYME (definidas a partir de los ya comentados parámetros de la UE) de la aplicación de la normativa de precios de transferencia, esto es, de la obligación de valorar de acuerdo con el principio de libre competencia en sus operaciones vinculadas.

Por otro lado, si se somete a examen la legislación fiscal sobre operaciones vinculadas de los países de nuestro entorno, se advertirá que el grado de participación mínimo exigido para que haya vinculación oscila entre el 25% y el 50%. Para los supuestos en que la relación de vinculación venga determinada por el control de unas entidades sobre otras, se exige siempre unidad de decisión y efectivo control, político y económico. En fin, en ningún caso se aplica esta normativa a las relaciones entre una sociedad y sus administradores o consejeros.

## Por todo ello, la AEDAF presenta las siguientes propuestas

1. **Limitar las obligaciones de documentación a las operaciones internacionales**, dando urgente cumplimiento al mandato de la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso, de 12 de junio de 2007, de atender de forma singular a la naturaleza y características de las Microempresas y PYME (sin perjuicio del sometimiento de todas las empresas al cumplimiento del principio de valoración en condiciones de mercado de sus operaciones vinculadas) y teniendo en cuenta la Sentencia TJUE de 21 de enero de 2010 (C-311/08), y **eximir a las PYME de toda obligación de documentación a priori**(i) **Definir a las PYME** a estos exclusivos efectos, por remisión a la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión de 6 de mayo de 2003 sobre la definición de Microempresas y PYME, (ii) **propugnar en el seno del FCTP** que se adopte esta misma definición y sus efectos en materia de documentación por el resto de Estados de la UE que aún no la han adoptado en materia de obligaciones de documentación y (iii) **excluir del ámbito de esta normativa a todas las operaciones cuyo importe agregado anual no supere los 100.000 €.**

2. **Incrementar el grado de participación mínimo exigido para que haya vinculación socio-sociedad, desde el 1% (para cotizadas) y 5% actuales al 50%**, salvo si la Administración tributaria pudiera demostrar, acudiendo a los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, que un determinado contribuyente ejerce el control político y económico sobre la otra entidad, en cuyo caso podrían considerarse vinculadas ambas con un porcentaje inferior, y eliminar de los supuestos de vinculación a las relaciones entre una sociedad y sus administradores o consejeros, adecuando así también en este ámbito nuestra regulación a la de los países de nuestro entorno.
3. **Crear dentro de la Administración tributaria equipos especializados** en una materia tan técnica y específica y publicitar sus criterios de aplicación de esta normativa, especialmente en lo que se refiere a la valoración y al uso de bases de datos de comparables para, por una parte, dar una mayor eficacia a la lucha contra el auténtico fraude en la materia y, por otra, garantizar un mínimo de coherencia y consistencia a las actuaciones inspectoras en todo el Territorio Común, lo que coadyuvaría a un refuerzo de la seguridad jurídica y una minoración de la litigiosidad en un área en donde, en otro caso, ésta será enorme.
4. Al menos, y en tanto en cuanto no se adopten las anteriores propuestas, **publicitar por parte de la Administración rangos de valores de mercado basados en información pública que constituyan, de hecho, “puertos seguros” para operaciones puramente nacionales que puedan ser aplicados con carácter general por las PYME y Microempresas** para simplificar la determinación de los precios en las operaciones vinculadas más habituales (sueldo del administrador ejecutivo, tipos de interés aplicables a préstamos socio-sociedad, rentas de alquiler por el arrendamiento de inmuebles...), con independencia de que puedan ser documentados otros precios de mercado por parte de los sujetos pasivos, así como identificar fuentes de información de acceso público y gratuito (o de coste poco significativo) a las que piensa acudir la Administración en busca de comparables sectoriales. El objetivo es simplificar y abaratar la gestión administrativa de carácter fiscal de las micro, pequeñas y medianas empresas y otorgar una mayor eficiencia de control a la Administración Tributaria, reduciendo a la vez la conflictividad de las PYME frente a la Agencia Tributaria y sin que a priori ello conlleve una merma recaudatoria relevante para el Tesoro. Es decir, se trataría de fomentar y facilitar el cumplimiento voluntario de los contribuyentes por la vía de articular adecuados mecanismos de información y asistencia a los obligados tributarios de acuerdo con lo previsto en la propia LGT (arts.85 y ss.).

## Régimen sancionador

Respecto a la sancionabilidad, la nueva redacción dispone que las personas y entidades vinculadas deberán mantener a disposición de la Administración la documentación que se establezca reglamentariamente. La obligación, por tanto, tiene como objeto una documentación cuyo contenido se fija por remisión **en blanco** a una norma reglamentaria previéndose una sanción para el caso de su incumplimiento, y ello en coexistencia con la previsión de que resultará también sancionable el no aplicar el valor de mercado que se derive de la documentación prevista y en su normativa de desarrollo.

Con ello, el actual régimen sancionador posibilita que contribuyentes que actúan con intención elusiva pero llevan la documentación correctamente no puedan ser sancionados, porque la documentación se aporta y no faltan datos ni conjunto de datos y el contribuyente no se aparta en sus declaraciones de los valores que se derivan de su documentación.

Por el contrario, contribuyentes que actúan de buena fe pero no llevan la documentación correctamente pueden ser sancionados, porque la configuración de los tipos infractores no está vinculada de forma directa a la conducta del contribuyente tratando de eludir la tributación, sino a la elaboración y mantenimiento de la documentación o a la utilización de valores derivados de la misma.

Tomando en consideración las consecuencias sancionadoras de la infracción de la obligación de documentar, la AEDAF considera que la regulación de la obligación de documentación de las operaciones vinculadas, prevista en el art. 20.1 del R.D.1793/2008, no es exhaustiva y genera una gran inseguridad jurídica. Conviene recordar que una pormenorizada concreción del contenido de la obligación de documentación es fundamental para admitir la sancionabilidad de los incumplimientos en materia de operaciones vinculadas. El tipo infractor consistente en no llevar documentación debe concretarse normativamente, ya que no puede entenderse integrado por pretendidas referencias a normas de *soft law* o derecho impropio de la OCDE o de la UE aprobadas por organismos sin capacidad normativa, compuestos única o principalmente por funcionarios de las administraciones tributarias y cuyas conclusiones, en muchas ocasiones, son el resultado de una transacción entre posiciones antagónicas que dan lugar a directrices de contenido ambiguo, cuando no meras declaraciones de intenciones.

En efecto, no se puede decir que las recomendaciones de la OCDE y los informes del Comité de Asuntos Fiscales sean auténticas normas jurídicas. Ni son normas jurídicas, ni están concebidas como tales ni pueden operar en nuestro ordenamiento como un pseudoreglamento. De hecho, en algunas jurisdicciones se ha declarado inconstitucional la remisión material de la normativa interna de precios de transferencia a las Directrices OCDE de Precios de Transferencia.

En este sentido, un régimen sancionador no puede erigirse -las conductas típicas- sobre la base de una regulación material -metodología y obligaciones de documentación- que no está perfectamente definida (tipificadas) en la normativa española. La regulación española sobre la aplicación de los métodos es prácticamente inexistente (remisión en blanco a las Directrices OCDE PT) y la normativa del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades sobre obligaciones de documentación carece de la suficiente precisión como para servir de presupuesto de un régimen sancionador que pivote sobre el incumplimiento de tales obligaciones de documentación. En suma, la indefinición e imprecisión del régimen material sobre la aplicación del principio de plena competencia se comunica a las obligaciones de documentación; de manera que no se cumplen los principios del Derecho Constitucional y Administrativo sancionador, lo cual sin duda puede plantear serios problemas a los contribuyentes y a la propia Administración tributaria.

Asimismo, a nuestro entender, el modelo sancionador por el que se ha optado en España en sede de operaciones vinculadas es erróneo desde un punto de vista finalista, además de técnicamente defectuoso. La mayoría de los países europeos y OCDE (EE.UU.) plantean las obligaciones de documentación de precios de transferencia como test de control de la correcta aplicación del principio de plena competencia. Es decir, la documentación permite al contribuyente trasladar la carga de la prueba a la Administración, y demostrar su diligencia (esfuerzo razonable) en el propósito de justificar el cumplimiento del principio de plena competencia, esto es, probar la razonabilidad y no arbitrariedad de sus precios. Así, una documentación bien confeccionada excluye la imposición de sanciones tributarias en materia de precios de transferencia, incluso en supuestos en los que la Administración plantee finalmente un ajuste al precio aplicado por discrepar respecto de la valoración acordada. Esta orientación de política legislativa la encontramos en países tan dispares como EE.UU., Francia o India.

Tal enfoque es compatible con la imposición de sanciones, por infracción de obligaciones formales, por no aportar la documentación de precios de transferencia o aportarla de forma sustancialmente incompleta o inexacta, en aquellos supuestos en los que finalmente la Administración plantee un ajuste en la valoración de las operaciones. En estos casos, la citada sanción pecuniaria podría calcularse, bien como una cantidad a tanto alzado limitada a la naturaleza formal de la infracción, bien como un porcentaje del ajuste realizado, en línea con lo que se ha establecido en Francia.

De esta forma si, a pesar de no aportarse documentación (o aportarse de forma incompleta), la Administración tributaria entendiese que no procede realizar ajuste alguno –por entender que el contribuyente ha aplicado un valor acorde con el principio de libre competencia- la sanción por incumplimiento de los deberes formales de documentación no debería existir o, en todo caso, no ir más allá de una mera sanción formal, cuya cuantía pecuniaria no debiera ser relevante (al contrario de lo que ocurre en la redacción actual de la norma en la que el cálculo forfatorio por dato o conjunto de datos puede dar lugar a importantes cuantías, incluso cuando no proceda realizar ajuste alguno).

Por último, la normativa española no se adapta al espíritu de las Directrices OCDE ni del FCTP porque no tiene en cuenta suficientemente el principio de proporcionalidad que debe presidir no sólo la imposición de sanciones, sino la creación de obligaciones en este campo. Téngase en cuenta que, a tenor de lo indicado en el Código de Conducta UE sobre obligaciones máximas de documentación, la información a proporcionar por la empresa debe estar ya a su disposición antes de la preparación de esta documentación, por lo que el mero incumplimiento de una obligación formal no puede constituir una infracción administrativa.

## Por todo ello la AEDAF presenta las siguientes propuestas

1. **Modificar el régimen sancionador** previsto en el artículo 16 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, **para eximir de sanción a las irregularidades administrativas formales que finalmente no den lugar a ajustes de valoración**, de manera que la preparación de la documentación no se convierta en el “fin” de la normativa, sino simplemente en el “instrumento” para justificar la razonabilidad de la posición del contribuyente en cuanto a la valoración de sus operaciones vinculadas de conformidad con el principio de libre competencia.
2. De acuerdo con el nuevo modelo propuesto, la documentación debe permitir al contribuyente trasladar la carga de la prueba a la Administración, y demostrar su diligencia (esfuerzo razonable) en el propósito de justificar el cumplimiento del principio de plena competencia, esto es, probar la razonabilidad y no arbitrariedad de sus precios, excluyendo la imposición de sanciones tributarias en materia de precios de transferencia, incluso en supuestos en los que la Administración plantee finalmente un ajuste al precio aplicado por discrepar respecto de la valoración acordada. Tal enfoque es compatible con la imposición de sanciones, por incumplimiento de obligaciones formales, por no aportar la documentación de precios de transferencia o aportarla de forma sustancialmente incompleta o inexacta, en aquellos supuestos en los que finalmente la Administración plantee un ajuste en la valoración de las operaciones. En estos casos, **la citada sanción pecuniaria podría consistir en una cantidad a tanto alzado o calcularse como un porcentaje del ajuste realizado**, en línea con lo que se ha establecido en Francia. Lógicamente, tal propuesta tiene sentido y encaja en el marco de un modelo de documentación de precios de transferencia que se **proyecta**

**únicamente sobre las grandes operaciones intragrupo realizadas por las grandes empresas** (modelo francés), y requiere que en la Administración existan equipos especializados capaces de evaluar en cada caso la razonabilidad de la documentación aportada.

- 3. La imposición de sanciones** tributarias por comisión de infracciones tributarias relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones de documentación de operaciones vinculadas **no debería excluir el acceso a los procedimientos amistoso y arbitral previstos en los tratados internacionales** concluidos por España, salvo cuando se acreditara una conducta dirigida a la manipulación fraudulenta o artificiosa de los precios de transferencia.

## Ajuste secundario

Sin lugar a dudas, una de las novedades más importantes y de mayor impacto en el nuevo régimen de operaciones vinculadas, tras la reforma del art. 16 del TR de la LIS por la Ley 36/2006, es la contenida en el párrafo 8.

Dispone este precepto, como es sabido, que *“(...) En aquellas operaciones en las cuales el valor convenido sea distinto del valor normal de mercado, la diferencia entre ambos valores tendrá para las personas o entidades vinculadas el tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia.*

*En particular, en los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, la diferencia tendrá, en la proporción que corresponda al porcentaje de participación en la entidad, la consideración de participación en beneficios de entidades si dicha diferencia fuese a favor del socio o partícipe, o, con carácter general, de aportaciones del socio o partícipe a los fondos propios si la diferencia fuese a favor de la entidad”.*

El desarrollo reglamentario del ajuste secundario se extralimita respecto a lo establecido en la Ley. Efectivamente, la norma legal determina exclusivamente la naturaleza que se atribuirá a la transferencia económica puesta de manifiesto en las relaciones socio-sociedad, en la proporción que corresponda al porcentaje de participación. Pero el legislador no ha querido especificar qué calificación debe darse a la diferencia entre el valor acordado y el considerado como normal de mercado en la proporción que no corresponda a dicho porcentaje de participación.

Sin embargo, en el desarrollo reglamentario establecido en el RD 1793/2008 sí se entra a calificar fiscalmente dicha diferencia en la parte que no corresponde al porcentaje de participación del socio. Así en los apartados 2, a) y 2, b) del artículo 21 bis, se señala que la parte de la diferencia que no se corresponda con el porcentaje de participación en la entidad, tendrá distinta consideración, en función de si la diferencia es a favor de la entidad o del socio. De esta forma:

- Si la diferencia fuese a favor del socio, la parte de la misma que no se corresponda con su porcentaje de participación tendrá la consideración de *“retribución de los fondos propios para la entidad”*, y para el socio o partícipe de *“utilidad percibida de una entidad por la condición de socio, accionista, asociado o partícipe, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.1.d) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (...)”*.

- a. Si la diferencia fuese a favor de la entidad, la parte de la misma que no se corresponda con su porcentaje de participación tendrá la consideración de renta para dicha entidad y de liberalidad para el socio partícipe.

**Esta calificación jurídica, además de resultar ilegal por extralimitarse respecto a lo establecido en la ley, provoca situaciones de doble imposición.** Y ello por cuanto a) la calificación de “*utilidad percibida de una entidad por la condición de socio*” no permite la aplicación de la deducción por doble imposición de dividendos; y b) la calificación como liberalidad en sede del socio no permite la deducibilidad de dicho gasto, mientras que sí generaría un ingreso gravable correlativo.

Por tanto, hay que adecuar el desarrollo reglamentario a la voluntad de la Ley. Ésta, cuando limita las consecuencias del ajuste secundario a la proporción del exceso de valoración que se corresponda con la participación en la entidad, pretende dejar libre de tributación al resto. Ello supondría dividir el exceso en dos componentes. De un lado, la parte que se corresponde con la participación en la entidad, que recibiría el trato de dividendos o de aportación a los fondos propios, según el caso. De otro lado, el resto, que ha de ser irrelevante desde un punto de vista fiscal para todas las partes intervinientes.

De lo dicho anteriormente se pueden extraer las principales características del modelo de ajuste secundario establecido en los artículos 16.8 del TRLIS y 21.bis del Reglamento y que se pueden resumir de la siguiente manera:

1. Constituye una consecuencia del ajuste primario.
2. Se realiza automáticamente por la Administración Tributaria, aunque dicha automaticidad se ve disminuida por el artículo 21.3 bis del RIS 2008. No obstante, este precepto no concreta la carga probatoria que corresponde al contribuyente para excluir el ajuste secundario.
3. Se trata de un ajuste de carácter objetivo, ya que no se precisa intención o propósito elusivo.
4. No queda limitado a operaciones entre personas unidas por relaciones societarias directas, sino que puede aplicarse en todo supuesto en que medie una relación de vinculación.
5. No se ha regulado el procedimiento para su realización ni en el ámbito interno ni en el de las operaciones transnacionales.

La regulación del ajuste secundario constituye una de las modificaciones más significativas introducidas por la Ley 36/2006 en materia de operaciones vinculadas, y puede afirmarse que es la que mayores dudas interpretativas está generando en la práctica.

De hecho, la OCDE ya puso de manifiesto las dificultades que genera la aplicación del ajuste secundario en sus *Directrices sobre precios de transferencia para empresas multinacionales y Administraciones fiscales de 1995* (párrafo 4.72), directrices a cuya luz debe interpretarse la normativa española sobre operaciones vinculadas, tal y como dice la Exposición de motivos de la Ley 36/2006, y que recomiendan el no establecimiento de este tipo de ajustes, salvo en supuestos de evasión fiscal.

Consciente de la dificultad técnica que implica la aplicación de este ajuste, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE está estudiando la cuestión del ajuste secundario, con el objeto de establecer directrices

adicionales sobre la materia tanto para contribuyentes como para administraciones fiscales (párrafo 4.77).

Efectivamente, la propia OCDE se ha pronunciado reiteradamente en favor de restringir el ámbito de aplicación de los ajustes secundarios. Así, en el párrafo 4.72 de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia se indica que:

“Dadas las dificultades que acaban de señalarse, es conveniente que las Administraciones tributarias, cuando los ajustes secundarios se consideren necesarios, procedan a éstos de forma tal que los riesgos de doble imposición que podrían resultar se redujeran al mínimo, salvo cuando el comportamiento del contribuyente denote su intención de disfrazar un dividendo con la finalidad de evitar la retención en la fuente. Además, los países que se encuentran en proceso de definir o revisar su política en este terreno deben tener en cuenta las dificultades mencionadas anteriormente”.

Asimismo, las citadas Directrices de la OCDE señalan igualmente en los párrafos 1.36 y 1.37 que, salvo en casos excepcionales, las Administraciones tributarias no deben ignorar las operaciones reales (o cambiar su calificación jurídica y tributaria), ni sustituirlas por otras. Textualmente se señala en tales párrafos que *“(...) la reestructuración de operaciones comerciales legítimas constituiría un ejercicio totalmente arbitrario que resultaría injusto como consecuencia de producir doble imposición cuando la otra Administración tributaria no comparta el mismo punto de vista sobre cómo debería estudiarse la operación”*. En este mismo sentido, los trabajos de la OCDE sobre reorganizaciones empresariales establecen que, en la mayoría de los supuestos en los que quepa plantear realizar un ajuste por precios de transferencia, no resulta procedente desconocer la existencia de la transacción (o cambiar su calificación jurídica).

Por otra parte, la regulación del ajuste secundario puede ser inconstitucional por vulneración del artículo 31.1 de la CE, interpretado éste a la luz de la STC 194/2000, ya que crea una ficción jurídica a la hora de establecer una calificación de la renta con un tratamiento fiscal *ad hoc* que puede no ajustarse, en modo alguno, a la realidad, y hace tributar una renta inexistente o ficticia, con lo que podría ser contraria al principio de capacidad económica.

No puede olvidarse, a la hora de analizar esta posible inconstitucionalidad, la finalidad que se persigue con la regulación del ajuste secundario. Como hemos mencionado en líneas precedentes, los ajustes secundarios se originan para aplicar el tratamiento fiscal que corresponda a las diferencias entre la base imponible, objeto de un ajuste valorativo (ajuste primario) y el resultado, registrado contablemente, de la operación tal y como se realizó originariamente, recalificándose fiscalmente los rendimientos transferidos que excedan del valor normal de mercado de la operación vinculada declarada por las partes. La finalidad es adecuar la tributación a la situación patrimonial de las personas o entidades vinculadas tras el precio de transferencia.

En definitiva, con el ajuste secundario se trata de recalificar, desde el punto de vista exclusivamente fiscal, el exceso de renta que figura en la contabilidad de una entidad vinculada en relación con la que se considera que hubiera procedido de haberse realizado en condiciones de mercado, de acuerdo con el ajuste primario realizado por la Administración tributaria. Parece evidente, por tanto, que para que proceda la aplicación de un ajuste secundario debe necesariamente existir una diferencia entre la base imponible atribuible a las personas vinculadas de acuerdo con un ajuste primario y el flujo financiero derivado de la operación vinculada originariamente realizada. O, dicho de otra manera, el ajuste secundario requiere previamente de un ajuste primario, de forma tal que tras dicho ajuste exista una diferencia entre el resultado contable y la base imponible.





En síntesis, la nueva regulación de las operaciones vinculadas supone la realización de dos ajustes. El primero, que debe ser bilateral y practicarse en ambos lados de la operación, incluye una regla de valoración y, por tanto, de cuantificación de la obligación tributaria. El segundo (ajuste secundario) es una regla de calificación, y responde a la realidad de que, al margen de la valoración, los flujos financieros o monetarios se han producido y se les debe dar una calificación desde el punto de vista tributario.

El ajuste secundario recalifica la renta a partir de la ficción de considerar la existencia de una operación secundaria a la que se atribuirá la diferencia de renta, calificándose la misma en función de tal ficción jurídica a los efectos exclusivamente fiscales.

Por consiguiente, el ajuste primario y el correlativo operan de forma tal que la valoración a mercado de una operación vinculada debe lograr la correcta cuantificación de la renta y su adecuada imputación entre los sujetos intervinientes, en tanto que el ajuste secundario tiene como finalidad adecuar la tributación a la situación patrimonial de la persona o entidad vinculada tras el ajuste primario, calificando fiscalmente el exceso sobre el precio de mercado obtenido por cada una de los sujetos vinculados. En consecuencia, los ajustes secundarios pueden dar lugar a nuevos hechos imponible derivados de operaciones presuntas o ficticias, construidas a nivel legal, pero que obviamente sólo estarían justificados en la medida en que gravaran rentas reales que hubieran sido desplazadas o transferidas, intencionada o arbitrariamente, a otras entidades o personas vinculadas, nunca rentas ficticias.

Por todo ello, es necesario “subjektivizar” y limitar el automatismo de los ajustes secundarios, de manera que no todo ajuste primario determine necesaria, inexorable e inexcusablemente la práctica de un ajuste secundario; dichos ajustes sólo deberían realizarse cuando se probara por parte de la Administración Tributaria que, a través de una operación vinculada, se hubiera pretendido ocultar una determinada realidad, pero no deberían practicarse cuando las partes establecieron de forma diligente, con la información disponible y los medios a su alcance, un precio de mercado.

Piénsese que, lo que suele acontecer en la mayoría de los casos, es la inexistencia de concesión de ventaja alguna entre las partes, y que lo único que hay son discrepancias en el conocimiento, interpretación y aplicación de la diversa, variada, compleja y difícil metodología de los precios de transferencia. Simplemente, puede acontecer que exista disconformidad o desacuerdo en la selección de comparables, en la aplicación de un determinado método de valoración o en un rango de valores, pero que los sujetos hayan actuado diligentemente y de buena fe en la valoración de sus operaciones.

Por tanto, no puede afirmarse en todo caso, prima facie, que se haya producido la concesión de una ventaja ni tampoco que ésta tenga su origen en una relación societaria, de manera que los presupuestos que vienen fundamentando el establecimiento y aplicación de los ajustes secundarios (cuyo origen hay que encontrarlo en la construcción alemana sobre la distribución encubierta de dividendos), sólo debería concurrir en los supuestos donde los precios de transferencia convenidos se han manipulado intencionadamente o bien se han establecido de forma arbitraria.

Por otra parte, conviene resaltar la inexistencia de uniformidad y consenso internacional sobre el ajuste secundario, lo que se refleja en la posición adoptada por la OCDE al afirmar, en los Comentarios al artículo 9 del MC de la OCDE y en las propias Directrices, que dicho artículo 9, que constituye la base jurídica del principio de plena competencia y de la doctrina de los precios de transferencia, no trata de los ajustes secundarios, de suerte que su aplicación dependerá de lo que se establezca en la legislación interna de



cada país, considerando, además, que la realización de los ajustes secundarios genera un buen número de dificultades prácticas de difícil solución; en tal sentido, recomienda a las Administraciones tributarias que, cuando los ajustes secundarios se consideren necesarios, se proceda de forma tal que los riesgos de doble imposición se reduzcan al mínimo.

Por todo lo anterior, y aun a pesar de que desde la perspectiva de la OCDE el ajuste secundario parece admisible (la OCDE ni prohíbe ni obliga a las administraciones tributarias a practicar tales ajustes), su aplicación a operaciones puramente internas no sólo es discutible sino que, adicionalmente, puede llegar a ser inconstitucional, al constituir una auténtica ficción legal, muy parecida a la que resultaba de la aplicación de la Disposición Adicional 4ª de la Ley de Tasas. Efectivamente, al igual que lo previsto en la citada Disposición, el ajuste secundario supone una ficción normativa, ya que la ley determina la existencia de una liberalidad y, por tanto, de una manifestación de capacidad contributiva, donde la misma puede no existir. Conviene recordar que el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de dicha Disposición utilizando ciertos argumentos que van en contra de esta doble calificación.

Así, en el Fundamento jurídico 7º de la sentencia del Tribunal Constitucional 194/2000, de 19 de julio dice:

“Por otra parte el precepto establece la ficción de la existencia de un acto de liberalidad. En efecto, por el solo hecho de que se haya consignado un valor en el documento que refleja la transmisión sensiblemente inferior al comprobado por la Administración, finge sin admitir prueba en contrario, que el transmitente ha donado al adquirente una cantidad equivalente al exceso comprobado y, en consecuencia, grava dicha operación como si de una transmisión a título lucrativo se tratase. Esto es, establece la ficción de que cuando en la transmisión onerosa de un bien o derecho se declara un valor inferior en cierta cantidad al valor real se ha producido la donación de parte del bien transmitido, y, además, grava esa diferencia entre el valor declarado por las partes y el comprobado por la Administración no sólo como una transmisión a título lucrativo, sino también como transmisión a título oneroso por el ITP, es decir, grava una misma adquisición, más exactamente, un tramo de la misma (el equivalente al exceso comprobado), como una donación y como una compraventa”.

Añade el Tribunal que

“fingiendo a efectos tributarios que han existido simultáneamente dos transmisiones distintas, es evidente que la Disposición Adicional cuarta está gravando, junto a la manifestación real de riqueza (la que se ha evidenciado con el verdadero negocio jurídico realizado (Compraventa y otra transmisión a título oneroso) una riqueza inexistente, ni siquiera en potencia, vulnerando, de este modo, las exigencias que derivan del principio de capacidad económica constitucionalmente reconocido”.

A este respecto, conviene tener presente lo señalado en el fundamento jurídico 8º de la citada sentencia

“...aunque la finalidad perseguida sea constitucionalmente legítima –la lucha contra el fraude fiscal–, la prestación tributaria no puede hacerse depender de situaciones que no son expresivas de capacidad económica porque, siendo muy amplia la libertad del legislador a la hora de configurar los tributos, éste debe, en todo caso, respetar los límites que derivan de dicho principio constitucional, que quebraría en aquellos supuestos en que la capacidad económica gravada por el tributo sea no ya potencial sino inexistente o ficticia”.



Como puede comprobarse fácilmente, los argumentos utilizados por el TC pueden perfectamente, por su similitud, aplicarse al ajuste secundario, donde también se establece la ficción de considerar como liberalidad la parte de la diferencia que no se corresponda con el porcentaje de participación.

La mera diferencia de valor no debe implicar automáticamente la existencia de una actitud fraudulenta. Como señala el TC en el fundamento jurídico 7º

“esta diferencia de valor ni es circunstancia que suponga directamente la existencia de fraude fiscal, ni constituye un hecho del que pueda necesariamente deducirse que existe una ocultación del precio real de la operación. Desde luego, no puede descartarse entre tales motivos que se haya faltado a la verdad en el precio de la operación con el ánimo de defraudar. Pero junto a éste existen muchos otros -no excepcionales- ajenos al incumplimiento del deber de contribuir, como, por ejemplo, la discrepancia sobre el valor del bien o derecho transmitido, la situación coyuntural del mercado, la necesidad perentoria de liquidez o, en fin, el simple desconocimiento de los precios del mercado”.

Por tanto, la Administración Tributaria, en la aplicación del ajuste secundario, debería tener muy presente la doctrina establecida por el TC en la referida sentencia, sin obviar las causas que llevaron al Tribunal a declarar la inconstitucionalidad de la Disposición Adicional 4ª de la Ley de Tasas, ya que, sea, el artículo 16.8, una ficción jurídica o una presunción absoluta, en cuanto puede gravar capacidades económicas ficticias o inexistentes, puede llegar finalmente a considerarse contrario a las exigencias de capacidad contributiva y ser declarado inconstitucional.

Por último, cabría pensar que incluso no habría sido necesario prever en nuestro ordenamiento jurídico el ajuste secundario de una manera expresa, pues la existencia de transferencias de fondos en una operación vinculada y su recalificación en determinados supuestos podrían solventarse, perfectamente, aplicando la legislación tributaria general en vigor, desde la cláusula general de *calificación* del artículo 13 de la Ley General Tributaria, hasta la cláusula *anti-simulación* del artículo 16 de la misma Ley, pasando por la aplicación del *conflicto* del artículo 15. Entendemos, por tanto, que su incorporación a nuestro derecho positivo se puede considerar desafortunada e inoportuna.

Por su parte, y en lo que se refiere a operaciones transnacionales en el ámbito comunitario, esta norma, que tiene un alto potencial de generación de supuestos de doble imposición, no parece responder tampoco a los principios jurisprudenciales del TJUE, según los cuales las normas tributarias que puedan suponer restricciones a la libertad de movimiento de empresas, servicios o capitales sólo están justificadas por el interés general de la prevención contra el fraude fiscal cuando ataquen esquemas puramente artificiales y siempre que sean proporcionadas y adecuadas al fin perseguido y se brinde al contribuyente la posibilidad de su defensa mediante la aportación de pruebas o justificaciones de su actuación, correspondiendo a la Administración la prueba del carácter fraudulento o artificioso de la operación.

## Por todo ello la AEDAF presenta las siguientes propuestas

1. **Supresión del párrafo 8 del artículo 16 (ajuste secundario) y su desarrollo reglamentario**, pues la existencia de los desplazamientos patrimoniales que se puedan, en su caso, producir en una operación vinculada y su recalificación en determinados supuestos, podrían solventarse, perfectamente, aplicando la legislación tributaria general en vigor, desde la cláusula general de *calificación* del artículo 13 de la Ley General Tributaria, hasta la cláusula *anti-simulación* del artículo



16 de la misma Ley, pasando por la aplicación del *conflicto* del artículo 15.

2. En todo caso, modificación del Reglamento, señalando que la calificación como ajuste secundario sólo procederá *en la proporción que corresponda al porcentaje de participación del socio en la entidad*.
3. En todo caso, como proponen las Directrices OCDE, **facultar a los contribuyentes afectados por el ajuste secundario para que puedan evitarlo mediante la posibilidad de reintegro** de las diferencias puestas de manifiesto en las operaciones.
4. Reconocimiento por parte de la Administración tributaria de que, en los casos en los que se produzca un ajuste secundario en una operación vinculada transnacional que pueda dar lugar a un supuesto de doble imposición internacional, **se acudirá al procedimiento amistoso previsto en el correspondiente convenio bilateral para eliminar la doble imposición** o, en su caso, al previsto en el Convenio de Arbitraje firmado el 23 de julio de 1990 entre los Estados Miembros de la UE.





# Reconsideration and modification of the taxation system for related-party transactions. The urgent need to modify the current system

The following AEDAF members have participated in the preparation of this document:

**Juan Carlos López-Hermoso Agius<sup>1</sup>**

Lawyer and Economist

**José Ignacio Alemany Bellido**  
Lawyer

**José Manuel de Bunes Ibarra**  
Lawyer

**José Manuel Calderón Carrero**  
Lawyer

**Carlos Diéguez Nieto**  
Lawyer

**José Ramón Domínguez Rodicio**  
Lawyer

**Antonio Durán-Sindreu Buxadé**  
Economist

**Enrique Giménez-Reyna Rodríguez**

Lawyer

**Fco. Javier Gómez Taboada**  
Lawyer

**Eduardo Gracia Espinar<sup>2</sup>**  
Lawyer

**Ramón López de Haro Esteso**  
Lawyer and Economist

**Eduardo Luque Delgado**  
Lawyer


**Tomás Marcos Sánchez**  
Lawyer

**Teresa Ruiz de Azúa Basarrate**  
Economist


Papers  
AEDAF

February 2010


1. Chairman of AEDAF. AEDAF, spanish association of tax professionals
2. Member of the EU Joint Transfer Pricing Forum



The Spanish Association of Tax Consultants (AEDAF), created in 1967, gathers university graduates who are specialists in tax accounting consulting working whether as self-employed or as an employee, and encourages the association spirit.




The main goal of the AEDAF is to provide its members with the best instruments and consulting issues to carry out an excellent professional activity. The members of the AEDAF come from both the professional and the university sector. The AEDAF offers its members a great added value through a constant and high quality education to be quickly applied everyday, different publications of interest, professional meetings regarding fiscal matters and the regular exchange of information among its members.



The AEDAF encourages the tax consultants to create a fiscal conscience among citizens, to participate and prepare the recommendations and modifications in fiscal matters to the executive and legislative powers. The AEDAF aims at strengthening and defending the image of the Tax Consultant and his importance in the Spanish economy and our State of Right.

The AEDAF gathers a great and important number of tax consultants almost 2,000 from all over the country who are working to get excellence and in the interests of all the members.





## Summary



Purpose.....	31
Introduction and Background.....	32
New documentation obligations.....	34
AEDAF proposals.....	36
Penalty system.....	37
AEDAF proposals.....	39
Secondary adjustment.....	40
AEDAF proposals.....	45



# Reconsideration and modification of the taxation system for related-party transactions. The urgent need to modify the current system

*"The Sleep of Reason Produces Monsters"*  
Etching No. 43 of *Los Caprichos* (1799) by Francisco de Goya

## Purpose

This document is based on a review of the current Spanish regulations governing the valuation of related-party transactions and has taken into consideration international precedents (OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations or "OECD Guidelines") and Community precedents (studies of the EU Joint Transfer Pricing Forum or "JTPF"), which influenced the approval of these regulations, as well as recent case law of the European Court of Justice or "ECJ". The purpose of this document is to reveal the burdensome nature (i) of the current documentation obligations imposed on Spanish companies due to the related-party transactions that have taken place since 19 February 2009, (ii) of the penalty system to address the failure to comply with these obligations, and (iii) of the secondary adjustment which for the first time is governed by law, thus proposing a series of measures designed to lessen the unintended effects that the current system could have on the Spanish business network in the form of a large number of tax settlements and penalty decisions of exorbitant, arbitrary and disproportionate amounts in view of the legal right to be protected by the Administration, which will also further increase litigation.

The proposals seek to adapt the current system for related-party transactions to Spain's economic and social reality, thus avoiding the damage that would otherwise be inflicted on the competitiveness of Spanish companies, especially in comparison with the system applied in our neighbouring countries, but also on the ability to attract foreign investors to our country, insofar as these regulations could be perceived as a burden of compliance that is too expensive for many foreign SMEs and microenterprises.

It may be appropriate to completely reconsider or rethink, once again, the entire system of related-party transactions of Section 16 of the Consolidated Text of the Corporation Tax Act (hereinafter referred to by its acronym in Spanish, TRLIS), in order to achieve, on the one hand, more complete and current material regulations (recent reform of OECD TP Guidelines and Ruling of the European Court of Justice on 21 January 2010, Case 311/08, SGI), and, on the other, a greater adaptation to the specific objective of the transfer pricing regulations as well as to the current difficult economic situation in line with the trends that are prevalent in our European environment.

## Introduction and Background

Act 36/2006 of 29 November on tax fraud prevention measures amended the system for related-party transactions, rewording Section 16 of the Consolidated Text of the Corporation Tax Act (TRLIS). It is a thorough reform, of which the following is particularly noteworthy:

1. The valuation of related-party transactions based on their *fair market value goes from being an inappropriate taxpayer obligation and a power of the Tax Administration to adjust under certain circumstances the values used, to being a taxpayer obligation.*
2. The taxpayer's current obligation is set forth with no conditions, while in the previous regulations, the substitution (by the Tax Administration) of the agreed value with the *fair market value* was made conditional on the agreed value having determined taxation in Spain less than that which would have resulted through the application of the *fair market value* or a deferral of that taxation.
3. **The burden of proof is placed on the taxpayer, requiring the taxpayer to prepare and keep certain documentation** at the disposal of the Tax Administration so that the latter may verify or check that the market values have been correctly applied in the former's related-party transactions.
4. **The failure to provide and/or the insufficient provision of the documentation is considered a tax offence**, as is inconsistency between the applied valuation and that which is derived from this documentation.
5. The avoidance of double taxation is maintained, at least formally and in principle, within the scope of common territory by the application of the system of related-party transactions, although with procedures to defend the taxpayer's counterparty, the constitutionality of which could be questionable when it concerns several parties.
6. For the first time, the concept of *fair market value* is defined, in Section 16, as "*that which would have been agreed by independent parties or entities at arm's length*".
7. The methods that can be applied to determine the *fair market value* are broadened, *in accordance with the OECD Guidelines*.
8. The framework of the research and development cost distribution agreements and management support services is replaced by a broader one related to agreements for the distribution of goods and services and to the services provided between related entities that is more suitable in the current international context.
9. Improvements are made to the system for advance pricing agreements, with a view to preventing disputes with the Tax Administration in this area.
10. **As an important new development, and also for the first time in our positive law, the so-called "secondary adjustment" is introduced**, which is one of the most controversial issues of the new regulations.

In addition, Royal Decree 1793/2008 of 3 November has clarified and completed some of the legal provisions, including those related to the documentation obligations, verification procedure and secondary adjustment.

Nevertheless, the new regulations on related-party transactions are not limited to strictly tax-related matters. The reform of the accounting regulations that began with Act 16/2007 has also introduced, for the first time, a regulation aimed at ensuring that the accounting books contain information, which is more extensive, precise and detailed, on related-party transactions with other companies of the group, affiliated companies and *other related parties*.

Although there is no absolute and complete identity between the transactions that are worthy of being considered 'related' in the tax field and what the new accounting regulations classify as related-party transactions, there is a notable interrelation between the two, **which could be particularly controversial with regard to their different objective, scope and degree of adaptation.**

The aim of this reform was to align and adapt the Spanish system of related-party transactions (approved in 1995) to the predominant rules in this field amongst western countries and particularly European countries. These rules were inspired by the OECD Guidelines and the studies of the JTPF, which was established in 2002 and has signified extraordinary progress in this regard amongst many of the States of the European Union (EU).

Nonetheless, the new Spanish regulations are based on an error of principle: there are plans for a set of a priori rules and principles which is designed to address (i) transnational transactions (ii) within a multinational group (see, to this end, the complete title of the OECD Guidelines provided in the first section of this document) for its indiscriminate application to all transactions between companies set up in Spain, regardless of whether these transactions are international or whether they take place within a multinational group. This has signified obvious disparity regarding the substantive or formal requirements imposed on Spanish companies and the risk of losing tax revenue due to the Tax Administration. We have gone from a complete absence of these obligations to being the country that imposes the heaviest burden (especially in relation to documentation) on economic operators with regard to related-party transactions. The reform forgets that, if the transfer pricing system was inspired by these international rules, it should be in line with the concept of this category in international law.

Indeed, the purpose of the transfer pricing regulations is to address the incorrect allocation of taxable bases that, in theory, should be attributed to a certain jurisdiction, through the undue transfer (insofar as it does not observe the arm's length principle) of revenue to other territories (not necessarily those offering, incidentally, a lesser tax burden on profits).

Because of this purpose, together with the technical complexity that the failure to comply with these rules entails, the Association thinks that **it is wrong to implement a single system for all types of transactions: domestic and transnational transactions and for all types of business groups, regardless of their size (with certain exceptions of minimal scope, as explained later) and the amount of risk of tax revenue loss that their possible non-compliance could cause to the Public Treasury.**

The AEDAF already warned, in its Report on the Tax Fraud Prevention Bill, that the provision of a single system for clearly different situations was going to cause disparities in the practical application of the new discipline of related-party transactions.

Certainly, the official belief at the time of the approval of this new system is that the Community regulations (forgotten so many other times by the Tax Administration!) would not allow domestic transactions to receive better treatment than international ones, which was a legitimate concern of the Spanish legislator. This issue was finally clarified by the ECJ in its Ruling on 21 January 2010 (Case C-311/08) when it established that, even though this difference in treatment is discriminatory, it is nonetheless fully justified due to reasons of general interest which aim to preserve the appropriate distribution of tax authority amongst the Member States and to prevent tax fraud.

## **New documentation obligations**

There is no doubt that the documentation obligation is a logical consequence of the imposition on the taxpayer of the obligation to carry out a valuation of its related-party transactions at arm's length and a recommendation supported by the OECD Guidelines and the EU Code of Conduct of 27 June 2006 on transfer pricing documentation that could be required of affiliated companies in the EU ("EU Code of Conduct") which, in fact, seeks to establish maximum harmonised limits within the EU on documentation obligations.

Moreover, we must recall that related-party transactions in Spanish regulations are those which are basically carried out between an entity and its stakeholder partners (provided they hold at least 5% of its share capital, or 1% if they are listed companies), between an entity and its directors, between individuals associated through family ties, between two entities that belong to the same group, and between a company and another in which the former is an indirect stakeholder with at least 25% of the share capital.

One can see how the relationship limits defined by the Spanish regulations are much broader than those that generally exist in our European environment. Furthermore, simply by comparing the list of maximum documentation set forth in the aforementioned EU Code of Conduct with the list of documents (incidentally much longer) included in Sections 19 and 20 of the Spanish regulations, one can conclude that the Administration has imposed an excessive documentation system on Spanish companies, as it includes related-party transactions that are not related in other States and domestic transactions that tend to be excluded from other systems, and all the foregoing taking into consideration (and exceeding) the maximum documentation limit set forth in the EU Code of Conduct. Let us not forget that this Code states that this documentation list is optional for multinational groups and that in many EU States, it has not been made compulsory.

All the foregoing leads us to conclude that Spain has gone from a system with few regulations in this regard to a jurisdiction in which a large number of companies are required to document (with a penalty applied for their non-compliance) their national and international transactions, regardless of the relevance and risk of tax revenue loss that it entails and observing a legal definition of 'relationship' that is one of the broadest of the Western systems, as it includes cases in which it is obvious that there is an arm's length relationship between the parties. Moreover, this new documentation system is imposed on all foreign multinational groups that carry out transactions in Spain by means of subsidiaries or permanent establishments, even when these obligations do not exist in the country in which the parent company or head office resides, which could become an entry barrier for foreign investment in Spain.

Only those corporate groups with an aggregate turnover in the previous year of less than eight million euros are relatively exempt from these obligations. This threshold is clearly insufficient and thus,

it can be concluded, without forcing the issue, that the current wording of these regulations and the consequences of their non-compliance are completely disproportionate. The harm that could come to the Public Treasury, especially based on the volume and relative importance of many of the related-party transactions that are carried out by SMEs and microenterprises, is not matched by the onerous burden of the penalties that could be imposed as a result of its violation. It should be pointed out that the new Section 16 sets forth penalty criteria that are apparently objective and related to the failure to comply with certain documentation obligations, irrespective of the financial damage that their non-compliance could cause to the Public Treasury funds.

In case the foregoing is not enough, Ministerial Order EHA/1375/2009 of 26 May, which approved the declaration forms for the Corporation Tax and Income Tax for Non-Residents, requires that the taxpayer separately declare, using form 200, all its related-party transactions, excluding those of an amount less than €100,000 which, as it is a very modest threshold, serves at least as an indication of the control priorities that seem to be set by the Tax Administration.

For small and medium-sized enterprises, the administrative cost of documenting all related-party transactions is unacceptable and contrary to the principle of “administrative simplification” in order to strengthen companies’ competitiveness, as stated in the Draft Bill for Sustainable Economy presented by the Government in December 2009. It is also contrary to the reduction of compliance costs laid down by the Statement of Reasons of Act 36/2006 of 29 November, which introduced this new system.

The fact that the regulations do not establish any type of distinction or limit to their general application causes a comparative injustice to SMEs and microenterprises, since for AEDAF, as will be explained later, the sanctioning system is completely disproportionate with regard to the economic reality of most of the country’s small and medium-sized enterprises (and also, we believe, with regard to those of other States that would like to set themselves up in Spain to conduct business).

These issues were already addressed by the *Congreso de los Diputados* (lower house in the Spanish Parliament) over two years ago. On 12 June 2007, the *Congreso’s* Committee on Economic Affairs and Finance approved a Green Paper on the “simplification of the new tax obligations for SMEs”, presented by the Catalan Parliamentary Group. It sets forth the following:

“The *Congreso de los Diputados* urges the government to meticulously address the nature and characteristics of microenterprises and SMEs when preparing the regulatory implementation of Act 36/2006 of 29 November on tax fraud prevention measures, with regard to the obligations to document related-party transactions carried out by these companies, all in fulfilment of the commitment made in the Statement of Reasons of this Act and, especially in relation to the small companies that do not have subsidiaries in other countries, so that they may be exempt from obligations that would be difficult for them to fulfil as it would increase the formal cost of compliance for these taxpayers”.

Lastly, the new regulations have not respected the actual nature of the system of related-company transactions. As we already know, this system is nothing more than a set of rules for the distribution of the points of fiscal connection of related-company transactions, i.e., a system to distribute tax sovereignty amongst the different States involved. Nevertheless, the concept behind the Spanish regulations is different, since the Spanish legislator has regulated the new system as if it were an anti-abuse clause,

violating the spirit of the OECD Guidelines, by which this rule says it was inspired, but also the concept of this system that appears to be derived from recent ECJ case law.

By way of example and referring to comparative law, German tax regulations limit the obligations related to the documentation of international transactions and only require the SMEs to keep the documentation that makes it possible to prove that they have complied with the arm's length principle, nothing more. In turn, the United Kingdom, a country with a long tradition in the application of this system, exempts companies with less than 250 employees and a turnover of less than 50 million euros or whose assets on the balance sheet are less than 43 million euros from the documentation obligations (at the taxpayer's option), i.e., the definition of SME considered in Commission Recommendation 2003/361/EC of 6 May 2003 on the definition of microenterprises and SMEs, which other EU States have also adopted or will adopt. France has gone one step further when determining the minimum thresholds (consolidated turnover of at least 400 million euros) on which the documentation obligations imposed on companies are based. It has also excluded domestic related-party transactions from this documentation obligation. Ireland has recently proposed (Finance Bill 2010) an even more reasonable system that is more appropriate for the current situation, excluding SMEs (defined based on the aforementioned EU parameters) from the application of the transfer pricing regulations, i.e. from the obligation of valuation in accordance with the arm's length principle in its related-party transactions.

On the other hand, if we examine the tax legislation on related-party transactions of our neighbouring countries, we would point out that the minimum level of interest required for the existence of a relationship varies between 25% and 50%. For cases in which the relationship is determined by the control of certain entities over others, joint decision-making and effective policy-making and financial control is always required. In short, there are no cases in which these regulations are applied to the relationships between a company and its directors.

## Based on the foregoing, the AEDAF presents the following PROPOSALS

1. **To limit the documentation obligations for international transactions**, urgently fulfilling the mandate, given by the *Congreso's* Committee on Economic Affairs and Finance on 12 June 2007, to meticulously address the nature and characteristics of microenterprises and SMEs (without prejudice to all companies being required to comply with the principle of valuation of their related-party transactions on an arm's length basis) and taking into account the ECJ Ruling on 21 January 2010 (C-311/08), and **to exempt the SMEs from all a priori documentation obligations.** (i) **To define the SMEs** for these sole purposes, by referring to Commission Recommendation 2003/361/EC dated 6 May 2003 on the definition of microenterprises and SMEs, (ii) **to propose within the JTPF** that this same definition and its effects related to documentation be adopted by the rest of the EU States that have not done so with regard to documentation obligations and (iii) **to exclude from the scope of these regulations all transactions of an annual aggregate amount of less than €100,000.**
2. **To increase the minimum level of interest required to have a partner-company relationship from the current 1% (for listed companies) and 5% to 50%**, unless the Tax Administration can demonstrate, applying the criteria set forth in Section 42 of the Commercial Code, that a certain taxpayer exercises policy-making and financial control over the other entity, in which



case they could both be considered related with a lower percentage, and to eliminate from the relationship cases those relationships between a company and its directors, thus also adapting within this scope our regulations to those of our neighbouring countries.

3. **To form teams within the Tax Administration that are specialised** in such a specific and technical matter and to publicise their criteria for the application of these regulations, especially with regard to valuation and the use of databases of comparables in order to, on the one hand, make the fight against authentic fraud in this regard more effective and, on the other, to guarantee a minimum consistency in the inspection activities throughout the entire “common territory” (Spain, save the Basque and Navarre provinces), which would contribute to a reinforcement of legal certainty and a decline in litigation in an area where it would otherwise be immense.
4. At least, and insofar as the previous proposals are not adopted, **publication by the Administration of ranges of market values based on public information that act, in fact, as “safe havens” for purely national transactions that can be generally applied by the SMEs and microenterprises** in order to simplify the determination of prices in the more common related-party transactions (salary of the executive director, interest rates applicable to partner-company loans, rental income from property leasing, etc.), regardless of whether other market prices can be documented by the taxpayers, as well as to identify sources of information that the public can freely (or inexpensively) access and to which the Administration is considering joining in search of sector comparables. The objective is to simplify and lower the price of administrative tax management for microenterprises and SMEs and give the Tax Administration more effective control, in turn reducing the controversial nature of SMEs before the Tax Agency and without the foregoing entailing, a priori, a significant reduction in revenue through tax collection for the Treasury. In other words, its aim is to foster and facilitate voluntary taxpayer compliance through the coordination of suitable information mechanisms and assistance for tax debtors in accordance with the provisions of the General Tax Law (LGT by its initials in Spanish), Sections 85 et seq.

## Penalty system

With regard to penalties, the new wording sets forth that related parties and entities must keep the documentation set forth by these regulations at the Administration’s disposal. Therefore, the purpose of the obligation is documentation whose content is established through a **blank** reference to a regulatory rule providing for a penalty in the event of non-compliance, and the foregoing co-existing with the provision that the failure to apply the market value derived from the required documentation and in its implementation regulations would also be punishable.

Thus, under the current penalty system, it is possible that taxpayers could act in a tax-evasive manner but if they correctly manage their documentation, they could escape penalisation, because the documentation is provided, no datum or set of data is missing and the taxpayer includes in its declarations the values derived from its documentation.

However, taxpayers that act in good faith but do not correctly manage their documentation can be penalised, because the configuration of the offences is not directly related to the conduct of the taxpayer trying to evade taxation, but rather to the preparation and maintenance of the documentation or to the use of the values derived therein.

Taking into consideration the penalty consequences of the failure to comply with the documentation obligation, AEDAF believes that the regulation of the documentation obligation for related-party transactions, set forth in Sec. 20.1 of RD 1793/2008, is not thorough enough and creates great legal insecurity. We should recall that a detailed specification of the content of the documentation obligation is fundamental for allowing the penalising of non-compliance with regard to related-party transactions. The offence of failing to correctly manage documentation must be established in a regulatory manner, since it cannot be understood as comprised of supposed references to soft law rules from the OECD or the EU approved by entities with no regulatory capacity, created solely or primarily by government officials from the tax administrations, and the conclusions of which, on many occasions, are the result of a transaction between opposing positions that give rise to ambiguous guidelines, if not mere declarations of intentions.

In fact, it cannot be said that the OECD recommendations and the reports by the Committee of Tax Affairs are true legal rules. Nor are they legal rules, created as such, or able to operate in our system as pseudo-regulations. In fact, substantive reference by domestic transfer pricing regulations to the OECD Transfer Pricing Guidelines has been declared unconstitutional in some jurisdictions.

In this regard, a penalty system cannot be created (the typical conduct) on the basis of substantive regulations (methodology and documentation obligations) that are not perfectly defined (classified) in the Spanish regulations. There are practically no Spanish regulations on method application (blank reference to the OECD TP Guidelines) and the rules of the Corporation Tax Regulations on documentation obligations lack sufficient precision to serve as a basis for a penalty system that revolves around the failure to comply with these documentation obligations. In short, the lack of definition and precision of the substantive system regarding the application of the arm's length principle is transferred to the documentation obligations; thus, the principles of constitutional and administrative penalty law are not fulfilled, which can undoubtedly pose serious problems for taxpayers and the Tax Administration itself.

Likewise, we are of the understanding that the penalty model chosen in Spain for related-party transactions is wrong from a conclusive point-of-view, as well as technically defective. Most countries in Europe and the OECD (U.S.A.) lay down transfer pricing documentation obligations as a means to control the correct application of the arm's length principle. In other words, the documentation makes it possible for the taxpayer to transfer the burden of proof to the Administration, and show its diligence (reasonable effort) by providing evidence of compliance with the arm's length principle, i.e., proving that its prices are reasonable and not arbitrary. Thus, well-prepared documentation prevents the imposition of tax penalties with regard to transfer pricing, even in cases where the Administration eventually proposes an adjustment to the applied price due to a discrepancy with the agreed valuation. We find this position of legislative policy orientation in countries as diverse as the U.S.A., France and India.

This approach is compatible with the imposition of penalties due to non-compliance with formal obligations, resulting from a failure to provide transfer pricing documentation or providing it in a substantially incomplete or inaccurate manner, in cases where the Administration eventually proposes an adjustment to the valuation of the transactions. In these cases, the aforementioned monetary penalty could be calculated either as a lump sum amount limited to the formal nature of the violation or as a percentage of the adjustment made, in line with what has been established in France.

Therefore, if, despite the fact that no documentation is provided (or provided in an incomplete manner), the Tax Administration is of the understanding that no adjustment is necessary (with the understanding that the taxpayer has applied a value in accordance with the arm's length principle) the penalty for non-

compliance with the formal documentation duties should not exist or, in any case, should not exceed a mere formal penalty, whose monetary amount should be insignificant (to the contrary of what occurs in the current version of the rule in which the lump-sum calculation per datum or set of data can give rise to significant amounts, even when no adjustment is appropriate).

Lastly, Spanish regulations do not adapt to the spirit of the OECD Guidelines or JTPF because they do not sufficiently take into account the principle of proportionality that must guide not only the imposition of penalties but also the creation of obligations in this field. Keep in mind that, according to the provisions of the EU Code of Conduct on maximum documentation obligations, the information to be provided by the company must already be at its disposal prior to the preparation of this documentation. Thus, mere non-compliance with a formal obligation cannot constitute an administrative offence.

## Based on the foregoing, the AEDAF presents the following PROPOSALS

- 1. To modify the penalty system** set forth in Section 16 of Royal Decree-Law 4/2004 of 5 March, which approves the Consolidated Text of the Corporation Tax Act, **in order to ensure that the formal administrative irregularities that, in the end, do not result in valuation adjustments are exempt from penalties**, so that the preparation of the documentation does not become the “aim” of the regulation, but simply the “instrument” to prove the reasonableness of the taxpayer’s position with regard to the valuation of its related-party transactions in accordance with the arm’s length principle.
- 2.** In accordance with the new proposed model, the documentation should make it possible for the taxpayer to transfer the burden of proof to the Administration, and to demonstrate its diligence (reasonable effort) by providing evidence of its compliance with the arm’s length principle, i.e., proving that its prices are reasonable and not arbitrary, and thus preventing the imposition of tax penalties with regard to transfer pricing, even in cases where the Administration eventually proposes an adjustment to the applied price due to a discrepancy with the agreed valuation. This approach is compatible with the imposition of penalties due to non-compliance with formal obligations, resulting from a failure to provide transfer pricing documentation or providing it in a substantially incomplete or inaccurate manner, in cases where the Administration eventually proposes an adjustment to the valuation of the transactions. In these cases, **the aforementioned monetary penalty could consist of a lump sum amount or be calculated as a percentage of the adjustment made**, in line with what has been established in France. Logically, this proposal makes sense and fits within the framework of a transfer pricing documentation model that is only **applied to large intragroup transactions carried out by large companies** (French model) and requires that the Administration have specialised teams capable of assessing the reasonableness of the documentation provided in each case.
- 3. The imposition of tax penalties** due to tax offences related to non-compliance with the obligations of documenting related-party transactions **must not exclude access to the mutual agreement and arbitration procedures set forth in the international treaties** signed by Spain, except when conduct aimed at the fraudulent or contrived manipulation of transfer prices is proven.

## Secondary adjustment

Without a doubt, one of the most important new developments with the greatest impact on the new system of related-party transactions, following the reform of Sec. 16 of the TRLIS by Act 36/2006, is that which appears in paragraph eight.

As we already know, this provision sets forth that *"(...) In those transactions in which the agreed value is different from the fair market value, the difference between the two values shall be subject to, for the related parties or entities, the tax treatment that corresponds to the nature of the revenue revealed as a result of the existence of this difference.*

*In particular, in cases where the relationship is defined based on the partner or stakeholder-entity relationship, the difference shall have, in the proportion that corresponds to the percentage of interest in the entity, the consideration of interest in the profit of entities if this difference were in favour of the partner or stakeholder or, in general, of contributions from the partner or stakeholder to the shareholder's equity if the difference were in favour of the entity".*

The regulatory implementation of the secondary adjustment overreaches the provisions set forth by law. Indeed, the legal rule exclusively determines the nature that will be attributed to the financial transfer revealed in the partner-company relationships, in the proportion that corresponds to the percentage of interest. However, the legislator has not wanted to specify what classification should be given to the difference between the agreed value and that which is considered to be fair market value in the proportion that does not correspond to this percentage of interest.

Nevertheless, the regulatory implementation set forth in RD 1793/2008 does fiscally classify this difference in the part that does not correspond to the percentage of the partner's interest. Thus, Subsections 2, a) and 2, b) of Section 21 bis indicate that the part of the difference that does not correspond to the percentage of interest in the entity shall be considered differently, based on whether the difference is in favour of the entity or the partner. Therefore:

- a. If the difference is in favour of the partner, the part of the difference that does not correspond to its percentage of interest shall be considered as a *"payment of shareholder's equity for the entity"*, and for the partner or stakeholder, as *"profit received from an entity for the status of partner, shareholder, associate or stakeholder, in accordance with the provisions of Section 25.1.d) of Personal Income Tax Act 35/2006 of 28 November (...)"*.
- a. If the difference is in favour of the entity, the part of the difference that does not correspond to its percentage of interest shall be considered as revenue for this entity and as a gift for the stakeholder partner.

**This legal classification, in addition to being unlawful (as it overreaches the provisions of the law), gives rise to double taxation situations.** And that whereas a) the classification of *"profit received from an entity for the status of partner"* does not allow the application of the deduction for double taxation of dividends; and b) the classification as gift for the partner does not allow the deductibility of this expense, while it does generate correlative taxable revenue.

Thus, the regulatory implementation must be adapted to the intention of the law. This law, when it limits the consequences of the secondary adjustment to the proportion of the excess valuation that corresponds to the interest in the entity, aims to exempt the rest from taxation. That would signify dividing the excess into two parts. On the one hand, the part that corresponds to the interest in the entity, which shall be treated as dividends or as a contribution to the shareholder's equity, as the case may be. On the other hand, the rest, which shall be irrelevant from a fiscal point-of-view for all the parties involved.

From the foregoing, we can draw the main characteristics of the secondary adjustment model set forth in Sections 16.8 of the TRLIS and 21.bis of the Regulations. These can be summarised as follows:

1. It is a result of the primary adjustment
2. It is automatically made by the Tax Administration, although this automatic nature is lessened by Section 21.3 bis of the 2008 Corporation Tax Regulations (RIS by their acronym in Spanish). Nevertheless, this provision does not specify the burden of proof that falls on the taxpayer to exclude the secondary adjustment.
3. It is an objective adjustment, since no evasive intention or purpose is needed.
4. It is not limited to transactions between individuals associated through direct company relationships, but rather can be applied in all cases where there is a relationship.
5. The procedure for carrying it out has not been regulated domestically or for transnational transactions.

The secondary adjustment regulation is one of the most significant modifications introduced by Act 36/2006 regarding related-party transactions. It can be stated that it is the regulation that is generating the most interpretational concerns in practice.

In fact, the OECD already stated the difficulties that the application of the secondary adjustment poses in its *1995 Guidelines on Transfer Pricing for Multinational Enterprises and Tax Administrations* (paragraph 4.72). These are guidelines in light of which the Spanish regulations on related-party transactions should be interpreted, as stated in the Statement of Reasons of Act 36/2006, and which recommend that these types of adjustments not be established, except in cases of tax evasion.

Aware of the technical difficulty that the application of this adjustment entails, the OECD Committee on Fiscal Affairs is studying the issue of the secondary adjustment, with a view to establishing additional guidelines on the matter for both taxpayers and tax administrations (paragraph 4.77).

In fact, the OECD itself has repeatedly stated that it is in favour of restricting the scope of application of the secondary adjustments. Paragraph 4.72 of the OECD Transfer Pricing Guidelines indicates that:

"In light of the foregoing difficulties, tax administrations, when secondary adjustments are considered necessary, are encouraged to structure such adjustments in a way that the possibility of double taxation as a consequence thereof would be minimised, except where the taxpayer's behaviour suggests intent to disguise a dividend for purposes of avoiding withholding tax. In addition,

countries in the process of formulating or reviewing policy on this matter are recommended to take into consideration the above-mentioned difficulties”.

Likewise, the above-mentioned OECD Guidelines also indicate in paragraphs 1.36 and 1.37 that, save exceptional cases, the tax administrations must not ignore real transactions (or change their legal and tax classifications), or replace them with others. These paragraphs state that “(...) *the restructuring of legitimate business transactions would be a wholly arbitrary exercise the inequity of which could be compounded by double taxation created where the other tax administration does not share the same views as to how the transaction should be structured*”. In this same regard, the OECD’s business restructuring studies set forth that, in most of the cases in which a transfer pricing adjustment could apply, the existence of the transaction must be known (and its legal classification must not be changed).

Moreover, the secondary adjustment regulation can be unconstitutional due to a breach of Section 31.1 of the Spanish Constitution, which is interpreted in light of Constitutional Court Ruling 194/2000, since it creates a legal fiction when establishing a classification for revenue with an ad-hoc tax treatment that cannot be adjusted in any way to reality. It also makes taxes payable on non-existent or fictitious revenue, and thus, could be contrary to the principle of economic capacity.

When analysing this possible unconstitutionality, we must not forget the purpose that is sought with the secondary adjustment regulation. As we have already mentioned, secondary adjustments were created to apply the tax treatment that corresponds to the differences between the taxable base, subject of a valuation adjustment (primary adjustment) and the profit, recorded in the books, of the transaction as it was originally carried out, fiscally reclassifying the transferred profits that exceed the fair market value of the related-party transaction declared by the parties. The aim is to adapt the taxation to the financial position of the related parties or entities after the transfer price.

In short, the purpose of the secondary adjustment is to reclassify, from an exclusively fiscal viewpoint, the excess profits that appear in the books of a related entity in relation to that which is considered to have come from having been carried out at arm’s length, in accordance with the primary adjustment made by the Tax Administration. Thus, it seems obvious that in order for the application of a secondary adjustment to be deemed appropriate, there must be a difference between the taxable base attributable to the related parties in accordance with a primary adjustment and the financial flow resulting from the related-party transaction originally performed. In other words, the secondary adjustment requires a prior primary adjustment so that after this adjustment, there is a difference between the accounting profit and the taxable base.

In short, the new regulation for related-party transactions entails the carrying out of two adjustments. The first, which must be bilateral and made on both sides of the transaction, includes a valuation rule and thus, a rule for quantifying the tax liability. The second (secondary adjustment) is a classification rule and corresponds to the reality that, aside from the valuation, the financial or monetary flows have been created and they must be classified from a fiscal point-of-view.

The secondary adjustment reclassifies revenue based on the fiction of considering the existence of a secondary transaction to which the revenue difference will be attributed, classifying it based on this legal fiction for exclusively fiscal purposes.

Consequently, the primary and correlative adjustments operate in such a way that the market valuation of a related-party transaction must achieve the correct quantification of the revenue and its appropriate

allocation amongst the taxpayers involved, insofar as the purpose of the secondary adjustment is to adapt the taxation to the financial situation of the related party or entity after the primary adjustment, fiscally classifying the excess over the market price obtained by each of the related taxpayers. As a result, secondary adjustments can give rise to new taxable events derived from presumed or fictitious transactions, created at the legal level, but which would obviously only be justified insofar as they taxed real revenue that would have been intentionally or arbitrarily transferred to other related entities or parties, never fictitious revenue.

Therefore, it is necessary to “subjectivise” and limit the automation of secondary adjustments, in such a way that not all primary adjustments unalterably and inexcusably deem the practice of a secondary adjustment necessary. These adjustments should only be made when the Tax Administration proves that, through a related-party transaction, there was intent to hide a certain reality. However, they should not be made when the parties diligently set a market price with the available information and the means within their reach.

Consider that what tends to happen in most cases is that no advantages are granted between the parties and that there are only discrepancies in the knowledge, interpretation and application of the diverse, varied, complex and difficult methodology of the transfer prices. Simply, there can be disagreement in the selection of comparables, in the application of a certain valuation method or in a range of values, even when the taxpayers have acted in a diligent manner and in good faith when carrying out a valuation of their transactions.

Thus, it cannot be stated in all cases, *prima facie*, that an advantage has been granted or that this advantage originated from a corporate relationship, in such a way that the circumstances on which the establishment and application of the secondary adjustments (whose origin must be found in the German structure on the hidden distribution of dividends) are based, should only arise in cases where the agreed transfer prices have been intentionally manipulated or have been set in an arbitrary manner.

Moreover, we must point out the lack of international uniformity and consensus with regard to the secondary adjustment, which is reflected in the stance adopted by the OECD when it stated (in the Comments to Section 9 of the OECD Model Convention and in the Guidelines themselves) that this Section 9, which is the legal basis of the arm’s length principle and the transfer pricing doctrine, does not concern secondary adjustments, in such a way that its application shall depend on the provisions of each country’s domestic legislation. It also considers that the carrying out of secondary adjustments creates many practical difficulties that are not easily resolved; in this regard, it recommends that when secondary adjustments are deemed necessary, the tax administrations act in a way that minimises the double taxation risks.

In view of the foregoing, and even despite the fact that from the OECD’s perspective, the secondary adjustment seems admissible (the OECD does not prohibit or require the tax administrations to carry out these adjustments), its application to purely domestic transactions is not only arguable but could also be unconstitutional, as it creates an authentic legal fiction that is very similar to the one which resulted from the application of the Fourth Additional Provision of the Fees Act (*Ley de Tasas*). In fact, just like in the provisions of the aforementioned Provision, the secondary adjustment signifies a regulatory fiction, since the law determines the existence of a gift and thus, of a declaration of a capacity to pay taxes, where this capacity cannot exist. We must recall that the Constitutional Court declared the unconstitutionality of this Provision using certain arguments that are contrary to this double classification.

Thus, Court Consideration No. 7 of Constitutional Court Ruling 194/2000 of 19 July states:

“Moreover, the provision sets forth the fiction of the existence of an act of liberality. Indeed, by the very fact that a value has been recorded in the document that shows the transfer at slightly less than what was verified by the Administration, it pretends, without providing evidence to the contrary, that the seller has given the purchaser an amount equal to the verified excess and, as a result, this transaction is taxed as if it were a transfer carried out for profit. In other words, it creates a fiction that, when during the transfer for valuable consideration of a good or right, a value is declared that is lower than the actual value by a certain amount, a donation of part of the transferred good has been made. Furthermore, that difference between the value declared by the parties and that which was verified by the Administration is taxed, not only as a transfer for profit, but also as a transfer for valuable consideration by the Property Transfer Tax (ITP by its initials in Spanish), i.e. it taxes a single purchase, or a part of it (the equivalent of the verified excess), to be more exact, as a donation and as a sale”.

The Court adds that:

“pretending, for tax purposes, that two different transfers have simultaneously taken place, it is evident that the Fourth Additional Provision is taxing, together with the actual declaration of wealth (the one that has been proven with the actual legal business carried out (Sale and another transfer for valuable consideration)), a wealth that does not exist, not even potentially, thus violating the requirements derived from the constitutionally-recognised principle of economic capacity”.

In this regard, the content of Court Consideration No. 8 of the above-mentioned ruling is worth considering:

“...although the objective sought is constitutionally legitimate (the fight against tax fraud), the tax payment cannot be made dependent on situations that do not reflect economic capacity because, as the legislator has great freedom when determining taxes, it must, in any case, observe the limits derived from this constitutional principle, which would apply in those cases in which the economic capacity taxed by the tax is no longer potential but rather non-existent or fictitious”.

As can easily be seen, the arguments used by the Constitutional Court (CC) can be perfectly applied, due to their similarity, to the secondary adjustment, which also creates the fiction of considering, as a gift, the part of the difference that does not correspond to the percentage of interest.

The mere difference in value does not automatically imply the existence of a fraudulent act. As indicated by the CC in Court Consideration No. 7:

“This difference in value is not a circumstance that directly signifies the existence of tax fraud or an event from which it could necessarily be inferred that there is a concealment of the transaction’s real price. Of course, a false transaction price with a view to committing fraud cannot be ruled out amongst such motives. But there are also many others, which are unexceptional, aside from the failure to comply with the duty of paying taxes, such as a discrepancy in the value of the transferred good or right, the current market situation, the peremptory need for liquidity and, lastly, the simple ignorance of market prices”.

Therefore, the Tax Administration, when applying the secondary adjustment, must take into close account the doctrine set forth by the CC in the aforementioned ruling, without disregarding the



causes that led the Court to declare the unconstitutionality of the Fourth Additional Provision of the Fees Act, since whether Section 16.8 is a legal fiction or absolute presumption with regard to being able to tax fictitious or non-existent economic capacities, it can finally be considered contrary to the demands of tax-paying capacity and be declared unconstitutional.

Lastly, it is worth considering that expressly providing for the secondary adjustment in our legal system would not have even been necessary, since the existence of fund transfers in a related-party transaction and their reclassification in certain cases could have been perfectly resolved through the application of current general tax legislation, from the general recharacterisation clause of Section 13 of the General Tax Act to the anti-misrepresentation clause of Section 16 of the same Act, and including the application of the fraud of law notion of Section 15. Thus, we believe that its incorporation into our positive law can be considered unfortunate and inappropriate.

In turn, and with regard to transnational transactions within the Community, this regulation, which has a high potential for creating cases of double taxation, does not seem to correspond either to the ECJ's case law principles, according to which tax regulations that could impose restrictions on the freedom of the movement of companies, services or capital are only justified by the general interest of preventing tax fraud when they attack wholly artificial arrangements, and provided they are proportionate and adapted to the aim sought, and give the taxpayer the opportunity to defend itself through the provision of evidence or justification of its actions, with the burden of proving the fraudulent or artificial nature of the transaction falling on the Tax Administration.

## Based on the foregoing, the AEDAF presents the following PROPOSALS:

1. **Elimination of paragraph 8 of Section 16 (secondary adjustment) and its regulatory implementation**, since the existence of financial transfers that can, as the case may be, occur in a related-party transaction and their reclassification in certain cases could be perfectly resolved through the application of the current general tax legislation, from the general *recharacterisation* clause of Section 13 of the General Tax Act to the *anti-misrepresentation* clause of Section 16 of the same Act, and including the application of the *fraud of law* notion of Section 15.
2. In any case, modification of the Regulations, indicating that the classification as a secondary adjustment will only be applicable *in the proportion that corresponds to the percentage of the partner's interest in the entity*.
3. In any case, as proposed by the OECD Guidelines, **to empower the taxpayers affected by the secondary adjustment so that they may avoid it through the possibility of a refund** of the differences revealed in the transactions.
4. Acknowledgment on the part of the Tax Administration that, in the cases where a secondary adjustment occurs in a transnational related-party transaction that could give rise to a case of international double taxation, **the mutual agreement procedure set forth in the respective bilateral convention will be carried out to eliminate the double taxation** or, as the case may be, the process set forth in the Arbitration Convention signed on 23 July 1990 by the EU Member States.







## **Junta Directiva de la AEDAF** **AEDAF'executive board**

### **Presidente**

Juan Carlos López-Hermoso Agius

### **Vicepresidente**

Murli Kessomal Kaknani

### **Secretario General**

Pablo Arrieta Villareal

### **Vocal de Relaciones Internacionales**

José Lius Guinot Almela

### **Vocal de Delegaciones Autonómicas**

Carlos Hernández López

### **Vocal de Asuntos Económicos**

Lourdes Alegría Grijelmo

### **Vocal de Estudios e Investigación**

José Ildefonso Espinosa Ibáñez

## Delegaciones autonómicas Regional Delegations

**Madrid  
y Castilla La Mancha**  
Abel García Rodríguez  
Claudio Coello, 106  
28006 Madrid  
Tel: 915 32 51 54  
sedecentral@aedaf.es

**Aragón**  
Dulce María Villalba Sáinz de Aja  
Pº de Pamplona, 2  
50004 Zaragoza  
Tel: 976 23 27 79  
dmvillalba@aedaf.es

**Cataluña**  
Leonardo Cárdenas Armesto  
Provença, 281  
08037 Barcelona  
Tel: 933 17 68 78  
catalunya@aedaf.es

**País Vasco**  
José Marcos Rodríguez  
Rodríguez Arias, 23-4º-Dpto. 2  
48011 Bilbao  
Tel: 944 22 20 45  
jmr@tecnitax.com

**Principado de Asturias**  
Enrique Fernández Muñiz  
Manuel Llana, 25 - 1º Ext.  
33600 Mieres  
Tel: 985 46 80 72  
fermenasesores@hotmail.com

**Valencia  
(Castellón - Valencia)**  
Jaime Bacete Segura  
Avda. Marqués de Sotelo, 11 - 3º  
46002 Valencia  
Tel: 963 51 76 76  
jbcacete@carba.es

**Andalucía  
(Málaga)**  
José Luque Velasco  
Avda. Ronda de Los Tejares, 16P3-4ºB 14001  
Córdoba  
Tel: 957 47 29 09  
jluque@luquevelasco.com

**Andalucía (Sevilla)  
y Extremadura**  
Miguel Angel Gómez Martínez  
Zaragoza, 4 - 2ºB  
41001 Sevilla  
Tel: 954 22 19 15  
administracion@miangoma.com

**Canarias**  
Orlando Luján Mascareño  
Venegas, 41.  
35003 Las Palmas de G. C.  
Tel: 928 36 84 70  
canarias@aedaf.es

**Galicia**  
Alberto Fernández García  
Juana de Vega, 12  
15003 A Coruña  
Tel: 981 21 71 39  
afernandez@carroconsultores.com

**Valencia (Alicante)**  
Manuel Herrero Cano  
Pintor Cabrera, 22-5º  
03003 Alicante  
Tel: 965 98 65 22  
alicante@aedaf.es

**Navarra**  
María Teresa Azcona Sanjulián  
Etxepea, 5  
31190 Zizur Menor (Navarra)  
Tel: 948 26 51 50  
goldwyns@goldwyns.com

**Murcia**  
José María Leal Periago  
Lorenzo Pausa, 3 - Entlo.  
30005 Murcia  
Tel: 968 27 48 00  
josemaria.leal@leal-asociados.es

**La Rioja**  
Ignacio Fernández Ruiz  
Daniel Trevijano, 2  
26001 Logroño (La Rioja)  
Tel: 941 20 13 29  
ifernandez@economistas.org

**Castilla y León**  
Jesús Puertas Ibáñez  
Becerro de Bengoa, 7  
34002 Palencia  
Tel: 979 75 17 00  
jesuspuertas@interforabogados.com

**Baleares**  
Irma Riera Marquina  
Jesús, 18  
07003 Palma de Mallorca  
Tel: 971 76 42 42  
iriera@joancerda.com

**Cantabria**  
Miguel Rivero Fernández  
C/ Calvo Sotelo, 6 - 2º  
39002 - Santander (Cantabria)  
Tel: 942 21 46 50  
miguelrivero@tecnisa-campos.com

