

**¿ES OBLIGATORIO INTERPRETAR LA NORMATIVA ESPAÑOLA DE ORIGEN INTERNO SOBRE PRECIOS DE TRANSFERENCIA SEGÚN LAS *DIRECTRICES* DE LA OCDE?\***



**Alberto Vega García\*\***

Universitat Pompeu Fabra

### **1. Introducción**

Es frecuente que los instrumentos jurídicamente no vinculantes (también conocidos como *soft law*) elaborados por organizaciones internacionales como la OCDE se empleen como criterio para interpretar los tratados para evitar la doble imposición. Muestra de ello es la relevancia de los Comentarios al Modelo de la OCDE a la hora de interpretar los tratados en vigor. Sin embargo, en este artículo no centraremos nuestra atención en el uso del *soft law* para interpretar tratados, sino en su relevancia respecto a la interpretación de la normativa española de origen interno. En concreto, trataremos el papel de las *Directrices* de la OCDE sobre precios de transferencia como criterio de interpretación de la normativa española en la materia, contenida fundamentalmente en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, TRLIS).

Tras una breve presentación de la normativa española de origen interno sobre operaciones entre entidades vinculadas y de los criterios generales previstos para interpretarla, a continuación analizaremos hasta qué punto resulta obligatorio que tal interpretación se efectúe a la luz de las *Directrices*, tal y como indica la exposición de motivos de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal. Para ello nuestro análisis se efectuará tanto desde la perspectiva del Derecho Internacional como desde un punto de vista interno. Seguidamente analizaremos el uso que se ha hecho tanto en la jurisprudencia como en la doctrina administrativa de las *Directrices* a la hora de interpretar la normativa de origen interno y por último presentaremos de forma sintética las principales conclusiones.

### **2. La normativa española sobre precios de transferencia y su interpretación: cuestiones generales**

La normativa española de origen interno sobre precios de transferencia, esto es, sobre la valoración de operaciones entre entidades vinculadas, se encuentra contenida básicamente en los preceptos que regulan el Impuesto sobre Sociedades y ha ido evolucionando progresivamente. Como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2000 (RJ 2000/2786), la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, “se encaró por primera vez, con carácter general, con el fenómeno de la “vinculación” entre sociedades o de éstas con personas físicas (socios, consejeros y su familiares), que tipificó en el artículo 16”. Posteriormente, el art. 16 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, y el art. 16 TRLIS, contenido en el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, en la versión actual dada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude

---

\* Comunicación presentada a la VII Jornada Metodológica de Derecho Financiero y Tributario Jaime García Añoveros, celebrada en la sede del Instituto de Estudios Fiscales el 18 y 19 de noviembre de 2010.

\*\* Este trabajo cuenta con financiación del Ministerio de Ciencia e Innovación y del Fondo Social Europeo (ayuda BES-2008-003252) y forma parte de las actividades del “Grupo de Investigación en Derecho Financiero y Tributario” (2009 SGR 886) reconocido por la Generalitat de Catalunya. Su elaboración tuvo lugar durante una estancia de investigación en el Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht..

fiscal, regularon también esta cuestión, cada vez de forma más precisa. Igualmente, hay que señalar que los anteriores preceptos se encuentran desarrollados por el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado mediante el Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, cuya modificación más reciente tuvo lugar mediante el Real Decreto 897/2010, de 9 de julio. En concreto, en relación al régimen tributario de las operaciones vinculadas resultan especialmente relevantes los artículos 16 a 29 *nonies* del Reglamento.

Por otra parte, la normativa tributaria española también incluye los tratados internacionales para evitar la doble imposición, que según el art. 96.1 de la Constitución se integran en el ordenamiento jurídico español tras su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. Sin embargo, como indica López Espadafor, “aunque las normas de los tratados internacionales se convierten en Derecho interno, su origen es internacional”<sup>1</sup>. Por lo tanto, siguiendo la distinción que el anterior autor efectúa atendiendo al origen de las normas, en este artículo centraremos nuestra atención únicamente en la interpretación de la normativa de origen interno, esto es, fundamentalmente en la legislación citada previamente, y analizaremos el papel de las *Directrices* de la OCDE en este ámbito en particular. En concreto, nos centraremos en el caso español, ya que la posición de las *Directrices* como criterio interpretativo de la normativa de origen interno variará en función de lo previsto por cada ordenamiento jurídico estatal.

Así pues, no trataremos la relevancia de las *Directrices* de la OCDE para la interpretación de los tratados para evitar la doble imposición. Ello se debe a que la cuestión de la interpretación de los tratados y, en particular, la relevancia al respecto de instrumentos como los Comentarios al Modelo de la OCDE, que se encuentran estrechamente relacionados con las *Directrices* sobre precios de transferencia, ya ha recibido una notable atención por parte de la doctrina. Así, podemos destacar las siguientes obras: *Interpretation and Application of Tax Treaties in North America*, de Becerra<sup>2</sup>, *The Legal Status of the OECD Commentaries*, editada por Douma y Engelen<sup>3</sup> (la cual incluye aportaciones de destacados académicos como Avery Jones, Thirlway o Tillinghast), *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, de Engelen<sup>4</sup>, *Interpretation and Application of Tax Treaties*, de Shelton<sup>5</sup> y, en la doctrina española, *Convenios para evitar la doble imposición internacional: interpretación, procedimiento amistoso y arbitraje*, de Ribes Ribes<sup>6</sup>.

Sin embargo, es evidente que la interpretación de la normativa de origen interno está estrechamente relacionada con la interpretación de la de origen internacional. En principio, como Bullen indica, a la hora de analizar la tributación de las operaciones entre entidades vinculadas de diferentes Estados habría que proceder siguiendo tres

---

<sup>1</sup> López Espadafor, C. M., “La estructuración del Derecho Financiero y Tributario Internacional y Comunitario”, *Crónica Tributaria*, núm. 125, 2007, pág. 44.

<sup>2</sup> Becerra, J. A., *Interpretation and Application of Tax Treaties in North America*, IBFD, Ámsterdam, 2007. Por ejemplo, Becerra trata la cuestión de la interpretación ambulatoria o dinámica, esto es, la posibilidad de interpretar un tratado según los comentarios publicados tras su entrada en vigor.

<sup>3</sup> Douma, S.; Engelen, F. (eds.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, IBFD, Ámsterdam, 2008.

<sup>4</sup> Engelen, F., *Interpretation of Tax Treaties under International Law: A Study of Articles 31, 32 and 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and their Application to Tax Treaties*, IBFD, Ámsterdam, 2004.

<sup>5</sup> Shelton, N., *Interpretation and Application of Tax Treaties*, Lexis Nexis Tolley, Londres, 2004. A pesar de que, como el propio autor reconoce, no se trata de una obra propiamente académica, sino principalmente dirigida a profesionales de la práctica jurídica, el capítulo 4 se dedica a analizar en detalle las principales cuestiones relativas a la interpretación de los tratados.

<sup>6</sup> Ribes Ribes, A., *Convenios para evitar la doble imposición internacional: interpretación, procedimiento amistoso y arbitraje*, Edersa, Madrid, 2003.

pasos. En primer lugar habría que interpretar los tratados para evitar la doble imposición según lo previsto en las *Directrices*; en segundo lugar, la normativa de origen interno según los criterios interpretativos del propio Estado; y, por último, determinar si el tratado (interpretado según las *Directrices*) restringe la aplicación de la normativa interna (interpretada según los criterios internos). Sin embargo, el propio Bullen reconoce que en la práctica lo habitual es que las *Directrices* de la OCDE sobre precios de transferencia se empleen directamente para interpretar la normativa de origen interno<sup>7</sup>. Es más, según el anterior autor, el hecho de que las propias *Directrices* inviten a los Estados a seguir su contenido en sus prácticas internas sobre precios de transferencia fomenta que sean aplicadas directamente a la hora de interpretar la normativa de origen interno, esto es, incluso en aquellos casos sin elementos internacionales<sup>8</sup>.

En nuestra opinión, el estudio del papel de las *Directrices* como criterio interpretativo de la normativa de origen interno sobre precios de transferencia se justifica por el hecho de que puede plantear más inconvenientes que su uso para interpretar los tratados para evitar la doble imposición. Ello se debe a que, dado que la mayoría de tratados se basan en el Modelo de Convenio aprobado por la propia OCDE, en cierto modo resulta lógico que para su interpretación se tengan en cuenta el resto de trabajos elaborados por esta institución respecto a cuestiones de fiscalidad internacional. En concreto, el Comentario al art. 9 del Modelo de Convenio de la OCDE se refiere directamente a las *Directrices* sobre precios de transferencia<sup>9</sup>, de forma que la doctrina entiende que ambos trabajos pueden considerarse parte del contexto de los tratados y, por lo tanto, ser tenidos en cuenta como criterio interpretativo de acuerdo con lo establecido en los art. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>10</sup>. Sin embargo, esta conexión entre la normativa de origen interno y las recomendaciones de la OCDE no es tan clara y directa.

En relación con la interpretación de las normas tributarias de origen interno sobre precios de transferencia, empezaremos señalando que esta actividad consiste en explicar o declarar el sentido de tal texto, esto es, en averiguar el sentido o alcance de tal normativa<sup>11</sup>. La regulación de esta cuestión se encuentra en el art. 12 de la Ley General Tributaria (en adelante, LGT). En concreto, de acuerdo con el criterio general previsto

---

<sup>7</sup> Cfr. Bullen, A., *Arm's length transaction structures: Recognising and restructuring controlled transactions in transfer pricing*, Universitetet i Oslo, 2010, pág. 32. BULLEN se refiere en concreto a la situación en Noruega pero la práctica de interpretar la normativa interna según las propias *Directrices* es habitual en muchos otros Estados (entre ellos España).

<sup>8</sup> Cfr. Bullen, *op. cit.*, pág. 33. En concreto, las *Directrices* establecen: "OECD member countries are encouraged to follow these Guidelines in their domestic transfer pricing practices, and taxpayers are encouraged to follow these Guidelines in evaluating for tax purposes whether their transfer pricing complies with the arm's length standard" (OCDE, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, París, 2009, Prefacio, párrafo 16).

<sup>9</sup> OCDE, *OECD Model Tax Convention on Income and on Capital*, Condensed version, París, 2008, Comentario al art. 9, párrafo 1.

<sup>10</sup> Aunque existe unanimidad en la doctrina sobre la relevancia de los Comentarios como criterio interpretativo, no existe acuerdo sobre el precepto concreto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, CVDT) que justifica tal uso. Para algunos autores los Comentarios al Modelo establecen el significado ordinario de los términos del tratado (art. 31.1 CVDT), otros consideran que constituyen el contexto del tratado (art. 31.2 CVDT) e incluso hay quien sostiene que se trata de trabajos preparatorios (art. 32 CVDT). Para un análisis más detallado de esta cuestión, véase Ward, D. A. (autor principal), *The Interpretation of Income Tax Treaties with Particular Reference to the Commentaries on the OECD Model*, IFA, IBFD, Ámsterdam, 2005, pág. 18-27.

<sup>11</sup> Cfr. Pérez Royo, F., *Derecho Financiero y Tributario, Parte General*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 119.

en el art. 12.1 LGT, la interpretación se efectuará según el art. 3.1 del Código Civil, si bien se puntualiza que los términos que la normativa tributaria emplee pero no defina se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda (art. 12.2 LGT). Como es conocido, el art. 3.1 del Código Civil establece: “Las normas se interpretarán según el sentido de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

Así pues, puede destacarse que en el ámbito tributario no se aplican criterios interpretativos distintos de los empleados en general en el resto de ramas del Derecho ya que, como apunta Ferreiro, ello iría contra la unidad del ordenamiento jurídico<sup>12</sup>. Por lo tanto, actualmente se considera superada la discusión doctrinal acerca de la conveniencia de que en el ámbito tributario rijan criterios interpretativos particulares, como la noción de “interpretación económica”, según la cual se primaba la interpretación de los términos de acuerdo con su trasfondo económico frente al significado jurídico<sup>13</sup>.

En relación a la interpretación de la normativa de origen interno sobre operaciones vinculadas, hay que destacar que la exposición de motivos de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, indica que la legislación española en materia de precios de transferencia “debe interpretarse” a la luz de las *Directrices* de la OCDE. El alcance de esta referencia a los trabajos de la OCDE en este ámbito será tratado con más detenimiento en la siguiente sección.

De hecho, no es infrecuente encontrar referencias a las *Directrices* de la OCDE sobre precios de transferencia en la normativa de origen interno de los Estados miembros de la OCDE e incluso en la de muchos Estados que no forman parte de esta organización. Por ejemplo, según un estudio elaborado por PricewaterhouseCoopers, algunos de los países miembros de la OCDE que han incluido referencias a las *Directrices* en su legislación, en reglamentos o en circulares u otros tipos de instrumentos publicados por la Administración Tributaria son Alemania, Australia, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Finlandia, Francia, Hungría, México, Noruega, Nueva Zelanda, los Países Bajos, Portugal, Suecia, Turquía y el Reino Unido. Igualmente, entre los Estados no miembros de la OCDE que han incluido este tipo de referencias destacan Ecuador, Kenia, Letonia, Namibia, Rumanía, Sudáfrica y Zambia. De todos modos, el contenido de la referencia no es siempre el mismo. Por ejemplo, en algunos casos se indica que la normativa de origen interno se interpretará según las *Directrices* de la OCDE mientras que en otros se añade que las *Directrices* tendrán carácter supletorio (Portugal, Nueva Zelanda) o que se tendrán en cuenta a la hora de seleccionar el método más adecuado para aplicar el principio de valoración en condiciones de libre competencia (Letonia)<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Cfr. Ferreiro Lapatza, J. J., *La nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre)*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 37.

<sup>13</sup> El hecho de que tal controversia se encuentre superada se debe a que la Ley General Tributaria de 1963 ya estableció que la interpretación de las normas tributarias seguía los criterios generales. En relación a la posición de la doctrina sobre esta cuestión, véase Martín Queralt, J.; Lozano Serrano, C.; Tejerizo López, J. M.; Casado Ollero, G., *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 180; Cazorla Prieto, L. M., *Derecho Financiero y Tributario, Parte General*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pág. 169; Pérez Royo, *op. cit.*, págs. 120-121; Ferreiro Lapatza, *op. cit.*, págs. 37-38. Esta discusión se encuentra tan superada que Palao Taboada incluso considera que el art. 12 LGT se ha convertido en cierto modo en superfluo (Palao Taboada, C., *Comentario sistemático a la nueva Ley General Tributaria*, CEF, Madrid, 2004, pág. 64).

<sup>14</sup> Para más detalles, véase PricewaterhouseCoopers, *International Transfer Pricing 2009*, 2009, (<http://www.pwc.com/gx/en/international-transfer-pricing/assets/itp-2009.pdf>).



### 3. ¿Es obligatorio interpretar la normativa española de origen interno de acuerdo con las *Directrices*?

#### 3.1. Análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional Público

Las *Directrices* de la OCDE sobre precios de transferencia han sido objeto de la Recomendación del Consejo de la OCDE C(95)126/FINAL, que está dirigida a los gobiernos de los Estados miembros, en particular, a sus Administraciones Tributarias<sup>15</sup>. Así pues, resulta necesario determinar cuáles son los efectos jurídicos de este tipo de recomendaciones. En general, Virally define este tipo de instrumento habitual en la práctica de las organizaciones internacionales como una invitación a comportarse de una forma determinada, pero sin especificar las consecuencias legales que puede generar<sup>16</sup>. El motivo es que según el citado autor, definir las recomendaciones como meros instrumentos no vinculantes sería insuficiente, ya que pueden producir una multiplicidad de efectos en función de la regulación de cada organización internacional<sup>17</sup>.

En relación al estatus jurídico de los instrumentos aprobados por la OCDE, de acuerdo con el art. 5 de su tratado constitutivo<sup>18</sup>, la OCDE puede dictar decisiones, que serán vinculantes para todos los Estados miembros excepto si se acuerda lo contrario, efectuar recomendaciones y celebrar acuerdos con Estados miembros, con Estados no miembros y con organizaciones internacionales. Así pues, puede observarse que no existe ningún inconveniente para que la OCDE dicte normas jurídicas que creen obligaciones para sus Estados miembros. Sin embargo, en el ámbito de la fiscalidad internacional la OCDE ha preferido actuar mediante recomendaciones.

Dado que las recomendaciones de la OCDE no generan obligaciones jurídicas para los Estados miembros, puede afirmarse que las *Directrices* de la OCDE no son jurídicamente vinculantes y por lo tanto, los Estados no están obligados a seguirlas<sup>19</sup>. Sin embargo, el hecho de que en principio las recomendaciones de las organizaciones internacionales no sean jurídicamente vinculantes no quiere decir necesariamente que no puedan tener ningún efecto con relevancia jurídica<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> En concreto, se recomienda a las Administraciones Tributarias que sigan las *Directrices* a la hora de determinar los precios en condiciones de libre competencia que corresponden a operaciones entre entidades vinculadas y que promuevan el seguimiento de las *Directrices* por parte de los contribuyentes dándoles la suficiente publicidad y traduciéndolas cuando sea necesario.

<sup>16</sup> En concreto, Virally indica: “La recommandation est une invitation à observer un comportement déterminé, adressée par un organe international à un destinataire qui lui est extérieur” (Virally, M., “La valeur juridique des recommandations des organisations internationales”, *Annuaire Français de Droit International*, 1956, pág. 94).

<sup>17</sup> Virally se expresa en los siguientes términos: “Le véritable problème ne se réduit pas à une simple alternative entre l’existence et l’absence d’une force obligatoire: c’est celui, plus vaste et plus difficile, de la signification juridique de l’invitation portée par la recommandation, des effets de droit qu’elle peut produire, à défaut même d’obligation directement et immédiatement créée” (Virally, *op. cit.*, pág. 69).

<sup>18</sup> El texto de la Convención de la OCDE puede consultarse en <http://www.oecd.org>.

<sup>19</sup> Para más detalles, véase Blokker, N., “Skating on thin ice? On the law of international organizations and the legal nature of the Commentaries on the OECD Model Tax Convention”, en Douma, S.; Engelen, F. (eds.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, IBFD, Ámsterdam, 2008, págs. 17-22. Por lo tanto, las *Directrices* son un ejemplo del denominado *soft law*. Para más detalles, véase Alarcón García, G., “El *soft law* y nuestro sistema de fuentes”, en Arrieta y Martínez de Pisón, J.; Collado Yurrita, M. A.; Zornoza Pérez, J. J. (dirs.), *Tratado sobre la Ley General Tributaria: Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, Tomo 1, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, págs. 271-298.

<sup>20</sup> Esta postura es compartida por autores como Schachter, quien afirma: “The conclusion that nonbinding agreements are not governed by international law does not however remove them entirely from having legal implications” (Schachter, O., “The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements”, *The American Journal of International Law*, vol. 71, núm. 2, 1977, pág., 301).

Al contrario, las recomendaciones de las organizaciones internacionales pueden generar diversos efectos desde el punto de vista del Derecho Internacional. En primer lugar, es posible que tales recomendaciones influyan en las normas consuetudinarias de Derecho Internacional. Como es conocido, para que surja una norma de este tipo la doctrina suele requerir la concurrencia de un elemento objetivo (la práctica estatal) y de un elemento subjetivo (*opinio iuris* o convicción sobre su carácter obligatorio). En este sentido, Hillgenberg considera que, a pesar de que una recomendación no pueda crear directamente una norma consuetudinaria, sí que puede contribuir al surgimiento de la *opinio iuris*<sup>21</sup>. Más aún, una recomendación también puede promover el surgimiento de una práctica estatal uniforme ya que, como recuerda Schreuer, las recomendaciones permiten coordinar las prácticas desorganizadas de los Estados<sup>22</sup>.

En relación a la posibilidad de que las *Directrices* de la OCDE hayan dado lugar al surgimiento de una norma consuetudinaria de Derecho Internacional, tal postura ha sido defendida por autores como Thomas, quien considera que se dan todos los requisitos para entender que el principio de *arm's length* (valoración de las operaciones vinculadas según el precio que correspondería en circunstancias de libre competencia) constituye una norma consuetudinaria de Derecho Internacional. En concreto, Thomas entiende que existe una práctica estatal suficientemente coherente, continuada y general<sup>23</sup>. Igualmente, la citada autora también considera que se da el elemento subjetivo u *opinio iuris*, ya que, por ejemplo, la introducción del método de *formulary apportionment* (consistente en determinar primero el beneficio total de una empresa multinacional para distribuirlo posteriormente entre sus filiales mediante una fórmula preestablecida que tenga en cuenta criterios como el número de trabajadores o las ventas efectuadas en cada país) por algunos Estados de los Estados Unidos comportó una reacción negativa de otros países, lo que muestra que entendían que era necesario seguir el principio de *arm's length*<sup>24</sup>. En consecuencia, los Estados estarían obligados a aplicar este principio y no otras alternativas, como el método conocido como *formulary apportionment*.

Sin embargo, la postura de Thomas es criticada por Lepard, quien admite la existencia de una práctica estatal uniforme pero no comparte la concepción de Thomas en relación al elemento subjetivo u *opinio iuris*. Para Lepard, existen suficientes indicios para considerar que los Estados no consideran conveniente que exista una norma que obligue con carácter general a emplear el principio de *arm's length*. Muestra de ello es el rechazo persistente de los Estados a adoptar un tratado multilateral que incorpore el principio de *arm's length*. En consecuencia, habría que entender que, en realidad, las normas consuetudinarias internacionales otorgan una amplia libertad a los Estados en cuestiones fiscales, de forma que no sólo son libres para establecer en sus tratados los mecanismos que prefieran para evitar la doble imposición, sino que incluso pueden elegir no evitarla si es eso lo que prefieren<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> Hillgenberg, H., "A Fresh Look at *Soft Law*", *European Journal of International Law*, vol. 10, núm. 3, 1999, pág. 514.

<sup>22</sup> Schreuer, C., "Recommendations and Traditional Sources of International Law", *German Yearbook of International Law*, 1970, pág. 108.

<sup>23</sup> Cfr. Thomas, C., "Customary International Law and State Taxation of Corporate Income: The Case for the Separate Accounting Method", *Berkeley Journal of International Law*, vol. 14, núm. 1, 1996, pág. 130.

<sup>24</sup> Cfr. Thomas, *op. cit.*, pág. 130-132.

<sup>25</sup> Cfr. Lepard, B. D., "Is the United States Obligated to Drive on the Right? A Multidisciplinary Inquiry into the Normative Authority of Contemporary International Law Using the Arm's Length Standard as a Case Study", *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 10, núm. 1, 1999, págs. 167-175.

Igualmente, hay que tener en cuenta que, por su propia naturaleza, las normas consuetudinarias no son adecuadas para establecer obligaciones muy precisas. Por lo tanto, incluso si se aceptara que las operaciones entre entidades vinculadas deben valorarse aplicando el precio que hubiera correspondido en condiciones de libre competencia, ello no implica que las *Directrices* de la OCDE que regulan esta materia de forma detallada tengan también la condición de norma consuetudinaria<sup>26</sup>.

En segundo lugar, las recomendaciones de organizaciones internacionales también ejercen una notable influencia en la que actualmente es probablemente la principal fuente del Derecho Internacional: los tratados internacionales. Por una parte, las recomendaciones pueden promover la celebración de tratados con un determinado contenido, tal y como sucede claramente con la recomendación de la OCDE de seguir su Modelo de Convenio. Por otra parte, las recomendaciones pueden ser particularmente importantes a la hora de interpretar los tratados en vigor. A pesar de que, como expusimos previamente, en este artículo centramos nuestra atención en la influencia de las *Directrices* de la OCDE en la interpretación de la normativa española de origen interno, es evidente que las *Directrices* también influyen en la interpretación de los tratados para evitar la doble imposición, que suelen establecer en su art. 9 el principio de *arm's length*. Ello se debe a que desde 1992 los Comentarios al art. 9 del Modelo de la OCDE se refieren expresamente a las *Directrices*, de forma que la relevancia de estas a la hora de interpretar los tratados es similar a la del propio Comentario al Modelo<sup>27</sup>.

En tercer lugar, las recomendaciones de las organizaciones internacionales también pueden influir en los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas, que constituyen otra fuente de Derecho Internacional de acuerdo con lo previsto en el art. 38.1.c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, en la práctica la relevancia de estos principios es muy limitada y no parece que entre ellos se incluyan principios propios del ámbito de la fiscalidad internacional<sup>28</sup>.

En cuarto lugar, las recomendaciones de las organizaciones internacionales, a pesar de no ser jurídicamente vinculantes, pueden comportar efectos jurídicos como consecuencia de la aplicación de la doctrina del *estoppel* o de la noción de aquiescencia. Según esta doctrina, ligada frecuentemente a consideraciones de buena fe, el comportamiento de los Estados debe ser coherente. Ello comporta, por ejemplo, que un Estado no pueda reconocer la existencia de otro Estado y posteriormente negar su

---

<sup>26</sup> Esta posición es compartida por Bullen, *op. cit.*, p. 26. Igualmente, Ward apunta en relación a los Comentarios al Modelo de la OCDE que no puede entenderse que hayan dado lugar al surgimiento de una norma de derecho internacional consuetudinario ya que no se cumple el requisito de la existencia de *opinio iuris* y, además, el hecho de que los Comentarios se revisen periódicamente plantea dificultades a la hora de determinar cuál es el contenido de la hipotética norma consuetudinaria que podrían contribuir a generar (Ward, 2005, *op. cit.*, pág. 42). Tal consideración puede extenderse también a las *Directrices* de la OCDE sobre precios de transferencia, que son actualizadas periódicamente.

<sup>27</sup> Para más detalles sobre esta cuestión, véase Calderón Carrero, J. M., "The OECD Transfer Pricing Guidelines as a Source of Tax Law: Is Globalization Reaching the Tax Law?", *Intertax*, vol. 35, núm. 1, 2007, pág. 11. Más aún, el Grupo de Expertos de Naciones Unidas sobre Cooperación Internacional en Asuntos Fiscales también ha recomendado el empleo de las *Directrices* de la OCDE sobre precios de transferencia en relación a la aplicación del principio *arm's length* establecido igualmente en el art. 9 del Modelo de Convenio de las Naciones Unidas, de forma que la influencia de las *Directrices* de la OCDE se extiende más allá de los Estados miembros de esta organización (Calderón Carrero, *op. cit.*, pág. 14).

<sup>28</sup> Como Van Hoof apunta, la Corte Internacional de Justicia prácticamente nunca ha basado sus decisiones en esta fuente, ya que dada la diversidad de ordenamientos jurídicos resulta difícil determinar la existencia de principios generales (van Hoof, G.H.J., *Rethinking the Sources of International Law*, Kluwer, Deventer, 1983, pág. 146).

existencia<sup>29</sup>. En consecuencia, incluso si no se ha aceptado una obligación, las circunstancias del caso pueden comportar que ésta no pueda negarse. El concepto de aquiescencia es similar, pero se diferencia de la noción de *estoppel* por el hecho de que en este caso se considera que sí se ha aceptado tal obligación, aunque sea de forma tácita, por no haberla negado cuando las circunstancias lo requerían<sup>30</sup>. Así pues, algunos autores han sugerido que, como consecuencia de la aplicación esta doctrina, instrumentos que propiamente no son jurídicamente vinculantes pueden generar efectos jurídicos incluso si esta no era la intención inicial de las partes<sup>31</sup>. En el ámbito que ahora nos ocupa, ello podría comportar que un Estado no pueda votar en el Consejo de la OCDE a favor de recomendar el seguimiento de unas determinadas directrices y posteriormente no seguirlas, ya que el hecho de haberse manifestado a favor de tal recomendación puede generar en los otros Estados una expectativa legítima sobre su comportamiento digna de ser protegida.

De hecho, tal situación se plantea también en relación a la aplicación de los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE a la hora de interpretar los tratados en vigor. En este sentido, Engelen concluye que en el caso de dos Estados miembros de la OCDE que celebran un tratado sin indicar de ningún modo durante el curso de las negociaciones su intención de no seguir el Comentario al Modelo de Convenio debe entenderse que tales Estados han aceptado esta interpretación y posteriormente, en virtud de la doctrina del *estoppel*, no pueden negar su aplicación, de forma que quedan obligados por el Derecho Internacional a interpretar el tratado según el Comentario de la OCDE<sup>32</sup>.

Sin embargo, la anterior opinión no es compartida por Ward, quien considera que, dado que en principio todos los Estados miembros de la OCDE entienden que los Comentarios de la OCDE no son legalmente vinculantes, no existe ninguna razón por la que deban indicar a la hora de concluir un tratado si seguirán o no tales Comentarios. Así pues, si un Estado no indica expresamente su voluntad de no aplicar los Comentarios, simplemente hay que entender que el carácter no vinculante de los Comentarios continua inalterado<sup>33</sup>. En el mismo sentido, Pijl discrepa de la opinión de Engelen y entiende que, a pesar de que su posición es interesante desde el punto de vista teórico, en la práctica no se dan las circunstancias para que las nociones de *estoppel* y aquiescencia operen en relación a los Comentarios al Modelo de

---

<sup>29</sup> Cfr. Klabbbers, J., *The Concept of Treaty in International Law*, Kluwer Law International, La Haya, 1996, p. 94. Para un análisis detallado de la doctrina del *estoppel*, véase MacGibbon, I. C., "Estoppel in International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 7, núm. 3, 1958, págs. 468-513.

<sup>30</sup> Para una breve presentación de la noción de aquiescencia y de su relación con el concepto de *estoppel*, véase Engelen, F., "How "acquiescence" and "estoppel" can operate to the effect that the States parties to a tax treaty are legally bound to interpret the treaty in accordance with the commentaries on the OECD Model Tax Convention", en Douma, S.; Engelen, F. (eds.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, IBFD, Ámsterdam, 2008, págs. 53-57.

<sup>31</sup> Tal posibilidad ha sido defendida, por ejemplo, por Aust (Aust, A., *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 45-46) y Schwarzenberger (Schwarzenberger, G., *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Stevens & Sons Ltd., Londres, 1976, pág. 258).

<sup>32</sup> Cfr. Engelen, 2008, *op. cit.*, p. 71. En el mismo sentido, Engelen, 2004, *op. cit.*, pág. 465-469.

<sup>33</sup> Cfr. Ward, D. A., "Is there an Obligation in International Law of OECD Member Countries to follow the Commentaries on the Model?", en Douma, S.; Engelen, F. (eds.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, IBFD, Ámsterdam, 2008, págs. 92-93. En el mismo sentido, Ward, 2005, *op. cit.*, págs. 48-51. Lógicamente, el hecho de que un Estado no esté obligado a seguir los Comentarios no quiere decir que tal instrumento no sea especialmente útil a la hora de interpretar los tratados en vigor.



Convenio<sup>34</sup>, opinión que es compartida por Avery Jones<sup>35</sup>. Igualmente, Weiss considera que la aplicación de estos principios tradicionales para establecer la obligatoriedad de interpretar los tratados según los Comentarios es en cierto modo artificial<sup>36</sup> y Tillinghast añade que tampoco sería conveniente desde un punto de vista práctico<sup>37</sup>.

Por lo tanto, puede observarse que la mayoría de la doctrina es reacia a considerar que un Estado pueda quedar obligado a interpretar un tratado según los Comentarios de la OCDE en virtud de la doctrina del *estoppel*. Si intentamos trasladar los anteriores argumentos al ámbito que centra nuestra atención, el uso de las *Directrices* de la OCDE sobre precios de transferencia como criterio para interpretar la normativa interna (no en relación a la interpretación del art. 9 de los tratados basados en el Modelo de Convenio de la OCDE), puede observarse que la aplicación de instituciones propias del Derecho Internacional como la aquiescencia o el *estoppel* todavía resulta más problemática. Ello se debe a que la normativa de origen interno sobre la valoración de las operaciones entre entidades vinculadas afecta tanto a operaciones de carácter nacional como internacional.

Así pues, es evidente que en el caso de operaciones entre entidades españolas carece de sentido la aplicación de la doctrina del *estoppel* y de la noción de aquiescencia, ya que no existe ningún otro Estado que pueda considerarse perjudicado. Por otra parte, en el caso de las operaciones entre entidades de diferentes Estados, especialmente si ambos son Estados miembros de la OCDE, la aplicación de tales principios de Derecho Internacional puede tener más sentido. La razón es que, por consideraciones de buena fe, el hecho de haber votado a favor de la recomendación de seguir las *Directrices* puede comportar la necesidad de seguirlas para no perjudicar las expectativas que los otros Estados se hayan podido formar. De todos modos, entendemos que en los supuestos con elementos de internacionalidad es necesario distinguir entre dos tipos de casos: aquellos en que resulta aplicable un tratado para evitar la doble imposición y aquellos en los que no.

En el primer tipo de casos, la existencia de un tratado incluyendo el principio de valoración de las operaciones entre entidades vinculadas según el precio de libre competencia comporta que las *Directrices* de la OCDE sobre precios de transferencia en propiedad no interpreten la normativa interna (o por lo menos no únicamente), sino fundamentalmente el art. 9 del tratado estableciendo tal principio. Como ha destacado la doctrina, en este tipo de casos puede entenderse que las *Directrices* constituyen una parte integrante de los Comentarios al Modelo de Convenio de OCDE, de forma que la cuestión sobre la obligatoriedad de interpretar el tratado según las *Directrices* equivale a plantearse el carácter obligatorio de los Comentarios al Modelo a la hora de interpretar el tratado. Como ya hemos señalado anteriormente, esta cuestión ya ha sido ampliamente discutida por la doctrina, por lo que nos remitimos a lo expuesto previamente.

---

<sup>34</sup> En concreto, Pijl considera que “the position defended by Engelen is an interesting theoretical possibility but it ignores the realities and details of the case considered”, esto es, ignora que en principio no existen dudas sobre el carácter no vinculante de los Comentarios (Pijl, H., “Beyond Legal Bindingness”, en Douma, S.; Engelen, F. (eds.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, IBFD, Ámsterdam, 2008, pág. 126).

<sup>35</sup> Cfr. Avery Jones, J., “The binding nature of the OECD Commentaries from the UK point of view”, en Douma, S.; Engelen, F. (eds.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, IBFD, Ámsterdam, 2008, pág. 160.

<sup>36</sup> Cfr. Weiss, F., “Interpretation of Tax Treaties in Accordance with the Commentaries on the OECD Model Tax Convention under the Vienna Convention on the Law of Treaties”, en Douma, S.; Engelen, F. (eds.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, IBFD, Ámsterdam, 2008, págs. 146-147 y 152.

<sup>37</sup> Cfr. Tillinghast, D. R., “A practitioner’s commentary on the why Commentaries on the OECD Model Convention should not be treated as legally binding”, en Douma, S.; Engelen, F. (eds.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, IBFD, Ámsterdam, 2008, pág. 156.

En el segundo tipo de casos no hay que descartar la posibilidad de aplicar las nociones de aquiescencia y *estoppel*. Siguiendo el razonamiento de Engelen presentado previamente, podría considerarse que aquellos Estados que votaron a favor de la recomendación de seguir las *Directrices* de la OCDE (a pesar de poderse haber abstenido) posteriormente pueden verse obligados a seguir tales *Directrices* para no perjudicar las expectativas legítimas de otros Estados. Sin embargo, entendemos que, como sostiene la mayoría de la doctrina en relación al uso de los Comentarios a la hora de interpretar los tratados en vigor, el hecho de que en principio deba entenderse que las recomendaciones de la OCDE no son vinculantes comporta que si no se indica lo contrario deba continuarse presumiendo tal carácter. En consecuencia, no hay que presuponer que por el mero hecho de que un Estado haya votado a favor de la recomendación de emplear las *Directrices* las vaya a seguir en todos sus aspectos ya que, al fin y al cabo, se trata de una mera recomendación. Por lo tanto, entendemos que sería muy improbable que la Corte Internacional de Justicia, si se planteara el caso, llegara a considerar que un Estado puede tener la legítima expectativa de que los Estados que han votado a favor de la recomendación de seguir las *Directrices* sobre precios de transferencia las aplicarán a la hora de configurar o interpretar su normativa interna sobre la materia, de forma que para evitar un perjuicio al Estado con tal expectativa, el otro deba seguir las *Directrices* de la OCDE a pesar de que en principio no sean jurídicamente vinculantes.

En suma, desde la perspectiva del Derecho Internacional, las recomendaciones de la OCDE no son vinculantes jurídicamente para los Gobiernos a los que se dirigen. Más aún, la mayoría de la doctrina entiende que no han dado lugar al surgimiento de una norma consuetudinaria ya que no existe el elemento subjetivo u *opinio iuris* necesario para ello. Igualmente, tampoco pueden incluirse dentro de las otras fuentes tradicionales del Derecho Internacional, como los tratados o los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Por último, hemos visto que de acuerdo con la doctrina mayoritaria, la aplicación de las nociones de aquiescencia y *estoppel* a este ámbito, de forma que un Estado pueda verse obligado a aplicar las *Directrices* a pesar de no ser propiamente vinculantes, no resulta convincente.

De todos modos, el hecho de que los Estados miembros de la OCDE no estén jurídicamente obligados a seguir las *Directrices* de la OCDE sobre precios de transferencia no significa que no pueda existir tal obligación en otros planos distintos del jurídico, como por ejemplo el moral o el político<sup>38</sup>. Como Calderón Carrero indica, puede entenderse que de las recomendaciones del Consejo de la OCDE se deriva una suerte de “obligación *soft*”, en el sentido de que los Estados miembros deben seguirlas excepto si han introducido reservas o existen razones, como la singularidad de su sistema tributario, que lo impiden<sup>39</sup>.

### 3.2. Análisis desde la perspectiva del Derecho español de origen interno

En principio, el tenor literal de la exposición de motivos de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal parece establecer la obligatoriedad de interpretar la normativa española de origen interno sobre precios de transferencia de acuerdo con las *Directrices* de la OCDE sobre esta materia. En concreto,

<sup>38</sup> Algunos autores consideran que es posible que los Estados queden vinculados en el plano político pero no en el jurídico, mientras que otros rechazan esta posibilidad. Por ejemplo, Klabbbers considera que el Derecho es el orden normativo que gobierna la política, por lo que no tiene sentido entender que puedan existir acuerdos que sean únicamente vinculantes políticamente (Klabbbers, *op. cit.*, págs. 155-156).

<sup>39</sup> *Cfr.* Calderón Carrero, *op. cit.*, pág. 11.

se indica claramente que la legislación española sobre precios de transferencia “debe interpretarse” a la luz de las *Directrices*.

A pesar de lo anterior, no hay que olvidar que los preámbulos<sup>40</sup> no forman propiamente parte del texto normativo, esto es, no generan derechos y obligaciones por sí mismos. De todos modos, es cierto, como afirma el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en la sentencia 31/2010, de 28 de junio de 2010, que “la carencia de valor normativo no equivale a carencia de valor jurídico”. Según el TC, la naturaleza jurídica de los preámbulos y exposiciones de las leyes se caracteriza por el hecho de que no prescriben efectos jurídicamente obligados y carecen, por lo tanto, del valor preceptivo propio de las normas de Derecho, si bien tienen un valor jurídicamente cualificado como pauta de interpretación de tales normas. Por ello el TC considera que el destinatario de los preámbulos es “el intérprete del Derecho antes que el obligado a una conducta que, por definición, el preámbulo no puede imponer”. A lo anterior, el TC añade: “El valor jurídico de los preámbulos de las leyes se agota, por tanto, en su cualificada condición como criterio hermenéutico. Toda vez que, por tratarse de la expresión de las razones en que el propio legislador fundamenta el sentido de su acción legislativa y expone los objetivos a los que pretende que dicha acción se ordene, constituye un elemento singularmente relevante para la determinación del sentido de la voluntad legislativa, y, por ello para la adecuada interpretación de la norma legislada” –fundamento jurídico (en adelante, FJ) séptimo–.

Sin embargo, una cuestión es que los preámbulos sirvan para interpretar el texto normativo al que anteceden y otra distinta, que el preámbulo pueda establecer la obligatoriedad de emplear otro texto (aunque tampoco sea vinculante jurídicamente) para efectuar tal interpretación. Al fin y al cabo, el preámbulo es sólo uno de los diferentes elementos que pueden ser tenidos en cuenta para conocer la voluntad del legislador y así poder proceder a una interpretación teleológica (otro instrumento útil para descubrir tal voluntad lo constituyen, por ejemplo, los diarios de sesiones parlamentarias). Igualmente, aunque el criterio teleológico es especialmente importante a la hora de interpretar las normas, no es el único posible.

Por otra parte, hay que destacar que la exposición de motivos de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal se refiere únicamente a la necesidad de interpretar la legislación española sobre precios de transferencia según lo dispuesto en las *Directrices* de la OCDE, sin indicar en ningún momento que las *Directrices* deban emplearse con carácter supletorio, a diferencia de lo que sucede en otros países. Así pues, en principio el uso de las *Directrices* debería limitarse a aclarar el significado de expresiones como “método del precio libre comparable”, “método del coste incrementado” o “método del precio de reventa”, sin que ello incluya, por ejemplo, el uso de las *Directrices* para justificar la preferencia por uno de los métodos en un caso determinado.

#### **4. Las *Directrices* de la OCDE como criterio interpretativo en la jurisprudencia y en la doctrina administrativa españolas**

En esta sección analizaremos el uso hecho por la jurisprudencia y la doctrina administrativa españolas de las *Directrices* de la OCDE sobre precios de transferencia como criterio para interpretar la normativa de origen interno sobre esta materia. Por lo tanto, no trataremos las cuestiones problemáticas asociadas a la interpretación de los

---

<sup>40</sup> En propiedad, la expresión “exposición de motivos” es propia de los proyectos de ley, mientras que en las leyes se debería emplear el término “preámbulo”.

tratados para evitar la doble imposición, entre las que destaca el peso que deben tener los Comentarios al Modelo y otros trabajos preparados por la OCDE, como las *Directrices*, en su interpretación<sup>41</sup>.

Es habitual que la jurisprudencia sobre precios de transferencia tenga en cuenta, además de los preceptos del Impuesto sobre Sociedades al respecto, los trabajos publicados por la OCDE sobre esta materia. Así, la STS de 11 de febrero de 2000 (RJ 2000/2786) efectúa un *excursus* sobre las operaciones vinculadas (FJ cuarto) y menciona los trabajos de la OCDE al respecto, como las recomendaciones sobre precios de transferencia y empresas multinacionales publicadas en 1979. Tal *excursus* general ha sido citado frecuentemente por la jurisprudencia posterior, como las Sentencias de la Audiencia Nacional (en adelante, SAN) de 27 de septiembre de 2007 (JUR 2007/306677), de 27 de noviembre de 2008 (JUR 2008/380752), de 11 de diciembre de 2008 (JUR 2009/3142) y de 4 de febrero de 2010 (JUR 2010/67538).

Un ejemplo de la relevancia de las *Directrices* de la OCDE sobre precios de transferencia lo encontramos en la SAN de 27 de septiembre de 2007 (JUR 2007/306677). El litigio se origina como consecuencia de la regularización por parte de la Administración Tributaria de las liquidaciones correspondientes al Impuesto sobre Sociedades relativas a los ejercicios de 1992, 1993, 1994, 1995 y 1996 como resultado de la valoración diferente que reciben determinados trabajos de colaboración prestados entre dos entidades vinculadas. Para efectuar tal valoración, la Administración sigue el método del coste incrementado, que se encuentra previsto tanto en el art. 16 de la actual regulación del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo) como en el mismo artículo de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, si bien no se recogía en el art. 16 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, que sólo indicaba que la valoración de las operaciones vinculadas se efectuaría de acuerdo con los precios acordados en condiciones normales de mercado entre sociedades independientes.

Sin embargo, la Audiencia Nacional tiene también en cuenta las indicaciones de las *Directrices* de la OCDE para entender que la aplicación del método del coste incrementado (y no otro) resulta justificada en el caso objeto de la controversia (FJ cuarto). Por lo tanto, puede observarse que las *Directrices* de la OCDE son empleadas como complemento a la normativa española también respecto a ejercicios fiscales previos a la introducción de cualquier referencia a ellas en la legislación (como la exposición de motivos de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal).

Un caso similar lo encontramos en la SAN de 11 de diciembre de 2008 (JUR 2009/3142), en que también se plantea una controversia relativa a la aplicación del método del coste incrementado para valorar una transacción entre entidades vinculadas.

---

<sup>41</sup> En la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) de 29 de julio de 2000 (RJ 2001/919), el magistrado Gota Losada indica en su voto particular: “La Administración española está incuestionablemente obligada a respetar la interpretación auténtica, acordada en el seno de la OCDE, puesto que no ha formulado reserva alguna”. Sin embargo, en otras sentencias se indica claramente el carácter no vinculante de los Comentarios al afirmar que las interpretaciones formuladas por la OCDE en relación con el Modelo de Convenio no son “normas del ordenamiento jurídico” (STS de 12 de febrero de 2003, RJ 2003/2492; STS de 15 de abril de 2003, RJ 2003/4583; STS de 16 de septiembre de 2008, RJ 2008/4527). Como Zornoza Pérez opina, es necesaria una reflexión en profundidad sobre el valor que hay que asignar a los Comentarios a la hora de interpretar los tratados en vigor (Zornoza Pérez, J., “Interpretación y aplicación de las normas en el contexto del Derecho Tributario Internacional”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 800, 2010).



Como en el supuesto anterior, la Audiencia Nacional tiene en cuenta el contenido de las *Directrices* de la OCDE sobre precios de transferencia para considerar que el empleo de tal método por la Administración estaba justificado<sup>42</sup>.

Igualmente, otro ejemplo de la atención que muestran los órganos jurisdiccionales a las *Directrices* de la OCDE sobre precios de transferencia es el de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 15 de septiembre de 2009 (JUR 2009/453778). En el caso en litigio, la parte demandante alega falta de transparencia en relación a las entidades que la Administración Tributaria tuvo en cuenta para efectuar la comparación necesaria para determinar la valoración que hubiera correspondido a una determinada operación vinculada en condiciones de libre competencia, pero se concluye que la actividad de la Administración fue acorde con la normativa y con las *Directrices*.

En relación a la doctrina administrativa, también existen varias resoluciones particularmente relevantes. La Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (en adelante, TEAC) (Vocalía 10), de 25 de julio de 2007 (JUR 2007/345263) analiza un caso en que la Administración Tributaria pone en duda la deducibilidad de determinados gastos en que había incurrido la filial española de una multinacional por recibir ciertos servicios (formación de personal, suministro de manuales, asistencia legal...) por parte de la filial suiza de la misma multinacional. En concreto, se trata de gastos que afectan a los ejercicios de 1999, 2000, 2001 y 2002 del Impuesto sobre Sociedades. Para determinar si tales gastos son fiscalmente deducibles, el TEAC tiene en cuenta la normativa del Impuesto sobre Sociedades aplicable a aquellos ejercicios. En este sentido, además de los requisitos generales para determinar si un gasto es deducible, la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades añade en su art. 16.5: “La deducción de los gastos en concepto de servicios de apoyo a la gestión prestados entre entidades vinculadas estará condicionada a que su importe se establezca en base a un contrato escrito, celebrado con carácter previo, a través del cual se fijen los criterios de distribución de los gastos incurridos a tal efecto por la entidad que los presta”. En el caso en litigio se cumplía el anterior requisito formal pero la Administración Tributaria considera que tales servicios no son deducibles por dos motivos. En primer lugar, no se justifica de forma suficiente la prestación real del servicio, ya que las expresiones de las facturas son vagas. En segundo lugar, los servicios que se alega haber prestado no respondían a las necesidades de la filial, sino a las de la propia matriz, esto es, si la filial hubiera sido una empresa independiente no hubiera incurrido en tales gastos. Según el TEAC, aunque la normativa no exige que los gastos sean necesarios para que se puedan deducir, sí se ha de acreditar su relevancia para la actividad de la empresa.

Dada la parquedad de la normativa del Impuesto sobre Sociedades en relación a la prestación de servicios entre entidades vinculadas, el TEAC recurre a las *Directrices* de la OCDE para reforzar su postura, a las que califica como “una de las principales fuentes de interpretación en la materia” (FJ quinto). En concreto, el TEAC cita las *Directrices* publicadas en 1979, cuyo séptimo capítulo se dedica al ámbito específico de los servicios intragrupo y en el que se destaca que los dos principales problemas de este tipo de situaciones consisten en determinar si el servicio ha sido efectivamente prestado y si supone un interés económico o comercial para quien lo recibe, esto es, si en circunstancias comparables dos empresas independientes hubieran efectuado la misma

---

<sup>42</sup> El razonamiento es muy similar en ambas sentencias, hasta el punto de que numerosos párrafos son idénticos.

transacción. En concreto, el TEAC cita varios párrafos que tratan de forma precisa este tipo de situaciones. Según el párrafo 1.53, no serán deducibles fiscalmente los pagos por servicios que sólo comporten un provecho indirecto o lejano. Más aún, según el párrafo 1.54, los gastos realizados por la matriz para dirigir sus inversiones (como los gastos relativos a la verificación de las cuentas de sus filiales) serán soportados por ella y no se facturarán a los miembros del grupo. Igualmente, el TEAC también cita las *Directrices* de 1995, en particular, los párrafos 7.9, 7.10, 7.11 y 7.13, que establecen que en el caso de las actividades que la empresa matriz o sociedad *holding* ejerce a causa de sus intereses habrá que determinar si una empresa independiente, en circunstancias comparables, hubiese estado dispuesta a pagar o habría ejercido por sí misma esa actividad. Por lo tanto, hay que determinar si los costes de gestión y control de la matriz comportan una ventaja directa para la filial como resultado del ejercicio de una actividad específica, no siendo suficiente con las ventajas indirectas que comporta el hecho de pertenecer a una organización más amplia.

Así pues, puede observarse que en este caso la normativa del Impuesto sobre Sociedades es interpretada a la luz de las *Directrices* de la OCDE sobre precios de transferencia. De hecho, en realidad incluso podría decirse que las *Directrices* son empleadas para cubrir las lagunas que deja la normativa del Impuesto sobre Sociedades.

Por otra parte, las *Directrices* de la OCDE también son empleadas por la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT) a la hora de interpretar la normativa del Impuesto sobre Sociedades para responder a las consultas vinculantes planteadas por los contribuyentes. En el caso tratado en la consulta núm. V1384-07 se plantea la posibilidad de efectuar una reestructuración empresarial y crear una sociedad *holding* que controle el 100 por 100 del capital de otras sociedades para facilitar su percepción externa como una unidad y centralizar su planificación y la toma de decisiones de forma que mejore la actividad del conjunto del grupo. Dado que el consejo de administración de la entidad *holding* se encargará de impartir instrucciones a sus filiales, el consultante plantea si es posible que el coste de las retribuciones que reciba el consejo de administración de la sociedad *holding* sea repercutido a las sociedades filiales, esto es, si tal gasto sería deducible fiscalmente en el Impuesto sobre Sociedades de las filiales. Puede observarse que el supuesto de hecho no incluye ningún elemento de internacionalidad ya que tanto la sociedad *holding* como las filiales serían españolas.

La respuesta de la Administración, contenida en la Resolución de la Dirección General de Tributos núm. 1384/2007, de 26 de junio (JUR 2007/246109), parte de la regulación del Impuesto sobre Sociedades. Así, en primer lugar se destaca que se trataría de un supuesto de vinculación (art. 16.3.d) TRLIS), por lo que tal operación estará sujeta a la regulación del art. 16.1.1º TRLIS, que indica: “Las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor normal de mercado. Se entenderá por valor normal de mercado aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia”.

Como puede observarse, este precepto tiene un carácter muy general. Por ello, en segundo lugar, la DGT recurre a las *Directrices* para aportar una respuesta más precisa, lo cual justifica por lo dispuesto en la exposición de motivos de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, que establece que la interpretación del régimen de operaciones vinculadas deberá realizarse a la luz de las *Directrices*. En este sentido, las *Directrices* de la OCDE indican de forma clara que los gastos del consejo de administración de una entidad *holding* corresponden a una actividad que redunde en beneficio de la propia entidad *holding* y no constituyen una actividad que comporte una prestación de un servicio que beneficie a las sociedades filiales. En

consecuencia, los gastos correspondientes al consejo de administración de la entidad *holding* serán deducibles únicamente por tal entidad pero no por las sociedades filiales.

Por lo tanto, en este caso las *Directrices* de la OCDE sobre precios de transferencia también son fundamentales a la hora de interpretar la regulación del Impuesto sobre Sociedades sobre operaciones vinculadas. Incluso podría afirmarse que en vez de un instrumento interpretativo en realidad su función es la de colmar las lagunas de la normativa española.

En resumen, puede observarse que las *Directrices* de la OCDE sobre precios de transferencia no sólo son empleadas para interpretar o aclarar el significado de la normativa española sobre operaciones vinculadas, sino que se puede considerar que actúan como un verdadero complemento especialmente en relación a cuestiones que no están previstas directamente por la regulación interna. Más aún, lo anterior puede predicarse tanto en relación a supuestos de hecho con elementos internacionales como respecto a situaciones en que la vinculación se da entre entidades españolas. En nuestra opinión, nada hay de reprochable al uso de las *Directrices* como criterio interpretativo, pero su empleo, en la práctica, con carácter supletorio, plantea más problemas. Por ejemplo, a pesar de lo recomendado por el propio Consejo de la OCDE para promover su uso por los contribuyentes, no existen traducciones actualizadas de las *Directrices* a las lenguas oficiales de España ni se les ha dado la suficiente publicidad<sup>43</sup>. Tal situación en que instrumentos que son simplemente *soft law* acaban teniendo efectos similares a los del *hard law* gracias a su uso por la jurisprudencia ha sido calificada por Rose y Page como “deslizamiento judicial” (*judicial creep*) y constituye un ejemplo de la denominada “legislación por la puerta de atrás” (*backdoor legislation*), ya que no cuenta con suficiente control público. En consecuencia, los citados autores consideran que los jueces deberían emplear con prudencia tales instrumentos no vinculantes en sus sentencias y que debería reformarse la legislación en aquellos casos en que existen ambigüedades que propician que se dé este fenómeno<sup>44</sup>.

## 5. Conclusiones

En este artículo nos hemos centrado en la relevancia de las *Directrices* de la OCDE sobre precios de transferencia en la interpretación de la normativa española de origen interno sobre operaciones vinculadas, dejando de lado su influencia en la interpretación de otras fuentes normativas como los tratados para evitar la doble imposición. En síntesis, podemos concluir que el empleo de las *Directrices* como criterio interpretativo no es obligatorio, a pesar de lo indicado en la exposición de motivos de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal. Ello se debe fundamentalmente a dos razones. Por una parte, desde la perspectiva del Derecho Internacional Público, las *Directrices* no son jurídicamente vinculantes y, a pesar de lo defendido por algunos autores, el uso de las nociones de *aquiescencia* y *estoppel* tampoco resulta convincente para sostener que en ciertos casos los Estados puedan verse obligados a aplicar las *Directrices*. Por otra parte, desde la perspectiva interna hay que recordar que las exposiciones de motivos no pueden imponer obligaciones, de forma que hay que entender que en propiedad las *Directrices* son sólo un elemento más (aunque especialmente relevante) a tener en cuenta a la hora de interpretar la normativa de origen interno sobre precios de transferencia.

<sup>43</sup> Hay que tener en cuenta que las *Directrices* son un material propiedad de la OCDE y no son accesibles de forma gratuita.

<sup>44</sup> Cfr. Rose, R.; Page, E.C., *Lawmaking through the Back Door*, European Policy Forum, Londres, 2001, págs. 19-20.

De hecho, tal relevancia es clara a partir del análisis de la jurisprudencia y de la doctrina administrativa en este ámbito, ya que es habitual que las *Directrices* se empleen para reforzar la argumentación de los tribunales o de la Administración Tributaria a la hora de interpretar la normativa propia. Es más, en algunos casos incluso parece que las *Directrices* se emplean no sólo para interpretar o aclarar términos controvertidos, sino también para complementar la legislación española, como si tuvieran carácter supletorio, especialmente cuando tratan de forma directa cuestiones no resueltas por la normativa interna. Así pues, entendemos que si el legislador considera conveniente que las *Directrices* también se empleen de este otro modo, para lograr una mayor seguridad jurídica lo conveniente sería que ello se explicitara y, además, que se les diera una mayor publicidad.

### **Bibliografía**

- Alarcón García, G., “El *soft law* y nuestro sistema de fuentes”, en Arrieta y Martínez de Pisón, J.; Collado Yurrita, M. A.; Zornoza Pérez, J. J. (dirs.), *Tratado sobre la Ley General Tributaria: Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, Tomo 1, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, págs. 271-298.
- Aust, A., *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.
- Avery Jones, J., “The binding nature of the OECD Commentaries from the UK point of view”, en Douma, S.; Engelen, F. (eds.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, IBFD, Ámsterdam, 2008, págs. 157-162.
- Becerra, J. A., *Interpretation and Application of Tax Treaties in North America*, IBFD, Ámsterdam, 2007.
- Blokker, N., “Skating on thin ice? On the law of international organizations and the legal nature of the Commentaries on the OECD Model Tax Convention”, en Douma, S.; Engelen, F. (eds.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, IBFD, Ámsterdam, 2008, págs. 13-27.
- Bullen, A., *Arm’s length transaction structures: Recognising and restructuring controlled transactions in transfer pricing*, Universitetet i Oslo, Oslo, 2010.
- Calderón Carrero, J. M., “The OECD Transfer Pricing Guidelines as a Source of Tax Law: Is Globalization Reaching the Tax Law?”, *Intertax*, vol. 35, núm. 1, 2007, págs. 4-29.
- Cazorla Prieto, L. M., *Derecho Financiero y Tributario, Parte General*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- Douma, S.; Engelen, F. (eds.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, IBFD, Ámsterdam, 2008.
- Engelen, F., *Interpretation of Tax Treaties under International Law: A Study of Articles 31, 32 and 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and their Application to Tax Treaties*, IBFD, Ámsterdam, 2004.
- “How “acquiescence” and “*estoppel*” can operate to the effect that the States parties to a tax treaty are legally bound to interpret the treaty in accordance with the commentaries on the OECD Model Tax Convention”, en Douma, S.; Engelen, F. (eds.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, IBFD, Ámsterdam, 2008, págs. 51-72.



- Ferreiro Lapatza, J. J., *La nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre)*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Hillgenberg, H., “A Fresh Look at *Soft Law*”, *European Journal of International Law*, vol. 10, núm. 3, 1999, págs. 499-515.
- Klabbers, J., *The Concept of Treaty in International Law*, Kluwer Law International, La Haya, 1996.
- Lepard, B. D., “Is the United States Obligated to Drive on the Right? A Multidisciplinary Inquiry into the Normative Authority of Contemporary International Law Using the Arm’s Length Standard as a Case Study”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 10, núm. 1, 1999, págs. 43-180.
- López Espadafor, C. M., “La estructuración del Derecho Financiero y Tributario Internacional y Comunitario”, *Crónica Tributaria*, núm. 125, 2007, págs. 39-47.
- MacGibbon, I. C., “*Estoppel* in International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 7, núm. 3, 1958, págs. 468-513.
- Martín Queralt, J.; Lozano Serrano, C.; Tejerizo López, J.M.; Casado Ollero, G., *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Tecnos, Madrid, 2005.
- OCDE, *OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed version*, París, 2008.
- *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, París, 2009.
- Palao Taboada, C., *Comentario sistemático a la nueva Ley General Tributaria*, CEF, Madrid, 2004.
- Pérez Royo, F., *Derecho Financiero y Tributario, Parte General*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- Pijl, H., “Beyond Legal Bindingness”, en Douma, S.; Engelen, F. (eds.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, IBFD, Ámsterdam, 2008, págs. 95-130.
- PricewaterhouseCoopers, *International Transfer Pricing 2009*, 2009, (<http://www.pwc.com/gx/en/international-transfer-pricing/assets/itp-2009.pdf>).
- Ribes Ribes, A., *Convenios para evitar la doble imposición internacional: interpretación, procedimiento amistoso y arbitraje*, Edersa, Madrid, 2003.
- Rose, R.; Page, E. C., *Lawmaking through the Back Door*, European Policy Forum, Londres, 2001.
- Schachter, O., “The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements”, *The American Journal of International Law*, vol. 71, núm. 2, 1977, págs. 296-304.
- Schreuer, C., “Recommendations and Traditional Sources of International Law”, *German Yearbook of International Law*, 1970, págs. 101-118.
- Schwarzenberger, G., *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Stevens & Sons Ltd., Londres, 1976.
- Shelton, N., *Interpretation and Application of Tax Treaties*, Lexis Nexis Tolley, Londres, 2004.
- Thomas, C., “Customary International Law and State Taxation of Corporate Income: The Case for the Separate Accounting Method”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 14, núm. 1, 1996, págs. 99-136.

- Tillinghast, D. R., “A practitioner’s commentary on why the Commentaries on the OECD Model Convention should not be treated as legally binding”, en Douma, S.; Engelen, F. (eds.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, IBFD, Ámsterdam, 2008, págs.153-156.
- Van Hoof, G. H. J., *Rethinking the Sources of International Law*, Kluwer, Deventer, 1983.
- Virally, M., “La valeur juridique des recommandations des organisations internationales”, *Annuaire Français de Droit International*, 1956, págs. 66-96.
- Ward, D. A. (autor principal), *The Interpretation of Income Tax Treaties with Particular Reference to the Commentaries on the OECD Model*, IFA, IBFD, Ámsterdam, 2005.
- “Is there an Obligation in International Law of OECD Member Countries to follow the Commentaries on the Model?”, en Douma, S.; Engelen, F. (eds.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, IBFD, Ámsterdam, 2008, págs. 73-93.
- Weiss, F., “Interpretation of Tax Treaties in Accordance with the Commentaries on the OECD Model Tax Convention under the Vienna Convention on the Law of Treaties”, en Douma, S.; Engelen, F. (eds.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, IBFD, Ámsterdam, 2008, págs. 131-152.
- Zornoza Pérez, J., “Interpretación y aplicación de las normas en el contexto del Derecho Tributario Internacional”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 800, 2010.