

GUÍA DE LA OCDE SOBRE LAS IMPLICACIONES EN LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA DERIVADOS DEL COVID-19

David Cañabate Clau

Miembro del Grupo de Expertos en Fiscalidad Internacional y Precios de Transferencia

María Teresa Ruiz de Azúa Basarrate

Miembro del Grupo de Expertos en Fiscalidad Internacional y Precios de Transferencia

1. INTRODUCCIÓN

El pasado 18 de diciembre de 2020 salió por fin publicado el [informe de la OCDE sobre la incidencia de la pandemia COVID-19 en las políticas de Precios de Transferencia](#) (“PT”) de los grupos multinacionales (en adelante, “el Informe” o “la Guía”), planteándose el documento a modo de guía práctica para la toma de decisiones de estas últimas, pero también como relación de recomendaciones o criterios a seguir por las administraciones tributarias en su ejercicio de comprobación.

El Informe representa el consenso logrado por los 137 miembros del denominado *Inclusive Framework on BEPS* en cuatro puntos:

- 1) Análisis de Comparabilidad
- 2) Pérdidas y reparto de costes generados por el COVID-19
- 3) Programas de asistencia gubernamentales
- 4) Acuerdos Previos de Valoración

Otras cuestiones relevantes como son el potencial impacto en la estructura, movimientos de tesorería y políticas de financiación intragrupo, no han sido tratados, así como tampoco lo relativo a los intangibles o a la existencia de posibles reestructuraciones de negocio a resultas del COVID-19¹; todo ello probablemente por lo complejo de estas temáticas y las premuras de tiempo que exigían centrarse en los puntos que a más corto plazo preocupaban a la comunidad empresarial internacional y posibilitaban un acuerdo rápido.

¹ Si bien en algunos apartados si se indican o identifican impactos o situaciones que de darse deberían ser analizadas y validadas como una reestructuración a efectos de PT conforme al Capítulo IX de las Directrices de PT de la OCDE para empresas multinacionales y administraciones tributarias (Julio 2017), en adelante como “Directrices de PT de la OCDE”

Antes de entrar a resumir cada uno de los cuatro apartados del Informe, es importante resaltar los pilares sobre los que se sustenta el mismo y que son los siguientes:

- a) El Principio de Libre Competencia o *arm's length* ("PLC") sigue siendo válido en estas circunstancias, puede y se debe aplicar si bien va a requerir el buen juicio y dosis de flexibilidad y razonabilidad tanto de empresas como de administraciones tributarias para no perder de vista el objetivo final de hallar una estimación razonable de lo que debería ser un resultado acorde al PLC en estas circunstancias tan excepcionales, evitando además el aumento de la litigiosidad.
- b) La identificación y recopilación de toda la información y datos a nivel macro y micro sobre el impacto del COVID-19 en la empresa son esenciales para cualquier análisis en materia de PT, información que debe ser contemporánea y que se tiene que documentar adecuadamente.
- c) El impacto del COVID-19 se califica claramente como *hazard risk*, es decir, como un riesgo provocado por circunstancias externas extraordinarias, ajenas e inesperadas como puedan ser eventos naturales, accidentes, etc.² Además, se considera el mismo como disruptivo por el único y sin precedentes impacto que ha supuesto en la economía global.
- d) Ligado con lo anterior y precisamente por su naturaleza, la cuestión no es tanto en qué medida una empresa puede o no incidir en dicho riesgo y, por tanto, debe o no asumir su impacto, pues lo ocurrido escapa al control de cualquiera, sino la incidencia que el COVID-19 tiene en otros riesgos que sí venía asumiendo la empresa antes de la pandemia y que como consecuencia de la misma, se han visto exacerbados o lo contrario (ej. Riesgo de mercado, de inventario, financiero, etc.).

2. CAPÍTULO I. GUÍA SOBRE ANÁLISIS DE COMPARABILIDAD

Una de las grandes preguntas este año pasado ha sido ¿con qué comparo 2020 a efectos de PT?, y lo cierto es que no hay respuesta fácil ni única, por ello la OCDE le dedica extensamente su primer apartado del Informe, partiendo de las siguientes premisas:

- Los análisis habituales basados "sólo" en datos/promedios históricos y de ejercicios anteriores no van a ser fiables, habiendo probablemente también problemas para la obtención de datos de 2020 por cuanto no toda la información suele estar disponible de forma contemporánea y menos durante este año tan excepcional.³
- Por tanto, el análisis con base a datos de varios años va a seguir siendo un criterio válido, pero de utilizarse datos de ejercicios anteriores, va a ser preciso completar el análisis con información de 2020 y realizar los ajustes que sean necesarios.⁴

² Definido en el apartado 1.72, letra e) de las Directrices de PT de la OCDE.

³ Vid ap. 16 y 19 Informe.

⁴ Como excepción, en aquellos casos en los que se está ante contratos de larga duración (ej. contrato de préstamo a largo plazo, de obra civil, etc.) en el que el precio se fijó en un ejercicio anterior al de la pandemia, no sería necesario realizar un análisis de comparabilidad y económico para 2020, salvo que hubiesen cambiado las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se fijó la política de PT.

- Ligado con lo anterior, la OCDE sugiere a las administraciones tributarias que permitan un *outcome testing approach* para este ejercicio 2020, es decir, que faciliten a las empresas la posibilidad de que, con posterioridad al cierre fiscal e incluso a la declaración del IS y ya con datos de ese año, si es necesario se puedan realizar los ajustes pertinentes tanto a los precios como a la declaración del impuesto realizada, ajustes que deberían estar debidamente informados en la documentación de PT.⁵
- En un ejercicio tan excepcional como es este, la existencia de operaciones comparables internas se presenta como la opción más fiable posible.⁶
- Considerando las excepcionales circunstancias del COVID-19, se abre la puerta claramente a que se puedan utilizar varios métodos de valoración para finalmente lograr validar razonablemente la política de PT del ejercicio 2020.⁷
- Por las diferencias existentes, no se considera fiable el hacer comparativas con la información y datos de la anterior gran crisis (2008/2009).⁸

A partir de ahí, el informe profundiza en dos aspectos diferenciados.

2.1.- La importancia de los datos e información

En primer lugar y partiendo de la premisa indicada al final del apartado anterior, dado que la mera identificación de los efectos de la pandemia en la industria o el grupo no va a ser suficiente para justificar que una empresa deba asumir los mismos, el Informe hace hincapié en toda aquella información, datos y análisis que serían necesarios obtener o realizar en aras a que las empresas puedan justificar cómo se materializa el impacto de la pandemia en los riesgos económicos que ya venían asumiendo con anterioridad. A modo de ejemplo, entre otros se mencionan las siguientes⁹:

- La variación en las cifras de ventas respecto a períodos previos a la pandemia o respecto al mismo mes de años anteriores.
- Los cambios en la capacidad de utilización o productiva.
- El aumento de costes o a la aparición de gastos extraordinarios vinculados al COVID-19.
- Cuantificación de las ayudas gubernamentales recibidas.
- Identificación de las medidas gubernamentales con incidencia directa en los precios o las operaciones (ej. obligación de cese de actividades, cierre de locales, teletrabajo, etc.)
- Información macro y sectorial sobre el impacto en la industria de la empresa.

⁵ Ajustes de precios de transferencia que incluso plantea la OCDE se realicen ya con la emisión de facturas o pagos durante 2021, es decir, sin necesidad de reabrir la contabilidad de 2020. Vid ap. 23 Informe.

⁶ Vid ap. 14 Informe.

⁷ Vid ap. 24 Informe.

⁸ Vid ap. 25 Informe.

⁹ Vid ap. 11 Informe.

Otro de los ejemplos que cita el Informe es la comparativa de ventas, costes, resultados y rentabilidades según presupuesto inicial pre-COVID-19 con los finalmente obtenidos (en 2020 por ejemplo). Este análisis va a ser uno de los más relevantes a realizar por las empresas, por cuanto no sólo va a servir para justificar y medir el impacto de la pandemia en los riesgos económicos que éstas ya venían asumiendo, así como la identificación de costes adicionales incurridos, sino que además y de ser necesario, como veremos acabará siendo de utilidad a los efectos de ajustar los datos del análisis económico y de comparabilidad realizados.¹⁰

2.2 Pautas a seguir a efectos de análisis

El segundo aspecto que desarrolla este apartado pretende ser ya una guía práctica sobre cómo afrontar un análisis de comparabilidad de una operativa entre empresas vinculadas cuando estas han sido impactadas por la pandemia.¹¹ A este respecto, la OCDE plantea varias posibilidades de análisis, por esta vez no por su habitual ambigüedad, sino porque no hay un único análisis posible y además va a ser necesario ir caso a caso.

Una opción que se plantea es la de la diferenciación de distintos períodos dentro del mismo ejercicio 2020, en aquellos casos en los que “claramente” pueda circunscribirse a un momento temporal concreto el impacto del COVID-19 en los riesgos económicos de la empresa, siendo aquél y estos también identificables en sede de los potenciales comparables a seleccionar llegado el momento.¹² Por ejemplo, sería el caso de una filial comercializadora del sector *retail* que asumiera el riesgo de mercado en su jurisdicción y que hubiese tenido las tiendas cerradas dos meses por orden gubernamental; o la fabricante con riesgo de materia prima que hubiese tenido que interrumpir su actividad por las restricciones que hubo al transporte de mercancías. En estos casos, se podría plantear el realizar un análisis específico para el período más directamente afectado por el impacto de la pandemia, siguiendo los criterios fijados en esta Guía, y otro más al uso para el período restante.

La utilización de datos de varios ejercicios sigue siendo válida según la OCDE,¹³ tal y como indicábamos al inicio de este apartado, pero con la exigencia de que se incluya también el 2020, con lo que resultaría un set combinado de comparables reportando resultados y cifras normales, junto con las excepcionales de la pandemia. La mayor o menor fiabilidad dependerá del caso concreto,¹⁴ pero es importante resaltar que la utilización de datos de varios ejercicios en un estudio de benchmarking, por ejemplo, no significa que forzosamente se deban calcular rangos promedios, sino que probablemente sería más recomendable considerar los datos (y rangos) anualmente.¹⁵

Precisamente relacionado con los estudios de benchmarking y más concretamente con su actualización anual, el set de comparables que se vaya arrastrando de un año a otro

¹⁰ Vid ap. 12 y 13 Informe.

¹¹ Huelga decir que también ha habido empresas y sectores que han tenido un impacto mínimo, nulo o positivo, para quienes obviamente el análisis a realizar será el habitual de otros ejercicios, sin perjuicio de verificar debidamente que los comparables seleccionados estén igualmente en su misma situación.

¹² Vid ap. 27 y 28 Informe.

¹³ Vid ap. 26 Informe.

¹⁴ Igual en el supuesto de una empresa y/o sector con un impacto leve del COVID-19 puede ser factible y fiable. Además, el contraste de rangos de años anteriores y del afectado por la pandemia, es también un buen indicativo o medida del impacto sufrido en el sector donde opera la empresa.

¹⁵ En este sentido, apartado 3.79 de las Directrices de PT de la OCDE.

se deberá revisar cuidadosamente durante el 2020 e incluso plantearse la fiabilidad del estudio o la necesidad de flexibilizar algunos criterios.¹⁶

Finalmente, el informe indica que la utilización de comparables con pérdidas durante los ejercicios impactados por el COVID-19 no debe rechazarse, en la medida en que, más allá de la situación de pérdidas, el comparable sea válido.¹⁷

En definitiva, la OCDE fija los criterios básicos de análisis y relaciona las diversas alternativas posibles, debiendo ir caso por caso, pero siendo claro que va a ser necesaria información y datos de 2020, con lo que la documentación de PT de este ejercicio exigirá una revisión y en su caso actualización a posteriori, probablemente a finales de 2021 o principios de 2022.

3. CAPÍTULO II. GUÍA SOBRE EL REPARTO DE LAS PÉRDIDAS Y COSTES DEL COVID-19

El cómo se van a repartir las pérdidas y costes asociados al impacto COVID-19 es uno de los temas que más preocupado tiene a las direcciones financieras y fiscales de los grupos multinacionales, en especial en todo lo relativo al tratamiento a dar a las filiales de riesgo limitado, pero también hay otros como son la necesidad o no de modificar los contratos firmados.

La OCDE aborda estos temas en su Informe con mayor claridad que en el apartado anterior, y lo hace de nuevo fijando un principio básico de salida. En concreto, se hace hincapié en que es necesario realizar una correcta delimitación de la operativa vinculada identificando las funciones y riesgos que asume cada parte, por cuanto la asignación de las pérdidas y costes debidas al impacto COVID-19 no depende de la tipología o importancia de aquéllos, sino que deben ir ineludiblemente ligada a la previa asignación de riesgos existente y a cómo se ha materializado dicho impacto tanto en los riesgos económicos que venía asumiendo cada empresa como en la política de PT aplicada.¹⁸

A partir de ahí, el Informe aborda ya los temas anunciados y que las empresas se están preguntando, en concreto:

3.1.- ¿Pueden incurrir en pérdidas las empresas operando bajo acuerdos de riesgo limitado?

La OCDE reconoce que no ha dado una definición concreta al término “riesgo limitado”, si bien considera que una entidad calificada como tal es aquella que ostenta un nivel bajo de funciones y riesgos.¹⁹ Precisamente el que no exista tal definición, hace que el mero hecho de calificar, formal o contractualmente, como tal a una empresa o de que tenga acordada una remuneración fija como política de precios de transferencia, suponga de por sí que realmente sea una entidad de riesgo limitado como en ocasiones se piensa, sino que es necesario atender a las funciones que hace, riesgos que asume y activos que involucra en la operación.²⁰ En el mismo sentido, se afirma que no hay un único tipo de entidad de riesgo limitado, sino que pueden darse varios niveles en función del grado de funciones y riesgos que se ostente en cada caso.

¹⁶ Vid ap. 31 Informe.

¹⁷ Esto es, del análisis funcional y de riesgos de la entidad u operación seleccionada, se concluye que es comparable. Vid ap. 33 Informe.

¹⁸ Vid ap. 35 y 36 Informe.

¹⁹ Y lo hace siguiendo el apartado 9.2 de las Directrices de PT de la OCDE.

²⁰ Vid ap. 38 Informe.

Dicho esto, la OCDE afirma con rotundidad en el apartado 39 de esta Guía que la realización de funciones y riesgos limitados no supone que no se pueda incurrir en pérdidas en el corto plazo. Y es que tal y como establece el apartado 3.64 de sus Directrices sobre PT, lo que no se justifica es la existencia de pérdidas recurrentes en perfiles de riesgo limitado, lo que no obsta a que sí lo pueda haber en períodos concretos.

Por tanto, partiendo de una correcta delimitación de la operación e identificación de las funciones y de los riesgos que antes del COVID-19 asumía la empresa, así como del análisis y justificación de la materialización de la pandemia en los riesgos económicos que ya soportaba la empresa, es perfectamente posible que una empresa de riesgo limitado acabe reportando pérdidas como consecuencia del COVID-19. Es ilustrativo el ejemplo del distribuidor de riesgo limitado, que ha visto como la pandemia ha supuesto una bajada importante de pedidos, por lo que, si bien no asumía prácticamente riesgo de inventario pudiendo devolver a fábrica el exceso de producto, al asumir el riesgo de mercado a nivel local, la disminución de ingresos no le ha permitido cubrir a nivel neto los costes de estructura que tiene, incurriendo en pérdidas.²¹ Como se intuye, el importe de las mismas o su extensión dependerá del nivel de riesgos asumido, ejercicio este que se nos antoja altamente subjetivo y que por tanto debe hacerse con las mayores cautelas y sentido común posibles.

Finalmente, el Informe llama la atención sobre una cuestión que no es baladí, como es la supuesta asunción (sobrevvenida, añadiríamos) de riesgos por parte de estas entidades a lo largo de 2020. En este sentido, se lanza un aviso a navegantes sobre la tentación de asignar *ad hoc* nuevos riesgos justo en 2020, riesgos que no ostentaba la entidad de riesgo limitado con base a la documentación de PT de ejercicios anteriores, que será clave a estos efectos.²²

3.2.- ¿Cómo se deberían repartir entre las diversas empresas vinculadas los costes operativos o extraordinarios surgidos como consecuencia del COVID-19?

A resultas de la pandemia las empresas han debido hacer frente a costes adicionales, sobre todo en materia de equipos de protección, equipos informáticos, herramientas para el teletrabajo o sistemas de control, entre otros. De nuevo y como no podía ser de otro modo, la clave sobre cómo repartir dichos costes dependerá de dos factores a considerar. De una parte, el analizar quién asumiría dichos costes de tratarse de empresas independientes y, de otra, el considerar qué empresa está realizando las funciones y asumiendo los riesgos vinculados a dichos costes. A modo de ejemplo, si se trata de equipos informáticos para los empleados, lo lógico sería que cada empresa asumiera los de sus propios trabajadores.

Más claro es el supuesto en el que determinados costes dejan de considerarse como excepcionales para devenir ordinarios, o aquellos en los que surgen nuevos costes en sustitución de otros que dejan de existir, todo ello como consecuencia de cambios en la forma de trabajar o en el modelo de negocio. Sería el caso, por ejemplo, de las herramientas de teletrabajo cuando una empresa decide ya pasar a trabajar mayormente de esta manera de forma permanente, eliminando o reduciendo incluso el coste de alquiler de las oficinas que antes ostentaba. Como indica el Informe en sus

²¹ Recomendamos la lectura detenida de los diversos ejemplos que se incluyen en el apartado 40 del Informe.

²² Lo anterior no quita que a resultas de la pandemia se haya producido un cambio en la operativa y/o cadena de valor que haya supuesto un cambio también en el perfil o grado de asunción de riesgo de la empresa, pero se entiende que dicho cambio se mantendrá también en ejercicios próximos y que, por tanto, se puede estar ante una reestructuración a efectos de PT que debe analizarse y justificarse conforme a los criterios del Capítulo IX de las Directrices de PT de la OCDE. Vid ap. 41 Informe.

apartados 48 y 49, en estos casos no hay duda de que la empresa que gestionaba esta función y asumía los costes y riesgos antes de la pandemia, es la que debe asumir ahora los nuevos.

Sin perjuicio de lo anterior y como comentario relevante, la OCDE deja claro que en estos casos es muy habitual que determinados costes se centralicen en una empresa (de servicios o la que principalmente utiliza el servicio o lo gestiona) por razones de eficacia en la gestión y costes del servicio, lo que no obsta para que dicho coste igualmente se pueda repartir entre otras empresas del grupo en la medida que también se benefician del mismo.²³

3.3.- ¿En qué circunstancias los contratos podrían modificarse como consecuencia del COVID-19?

La necesidad o no de renegociar las condiciones de los contratos intragrupo e incluso cancelarlos o dejarlos en suspenso a resultas del impacto de la pandemia, es otro de los debates que han ido surgiendo a lo largo de 2020, cuestión esta que, como deja claro la OCDE, también se plantean las empresas con relación a los contratos que mantienen con terceros.²⁴

La renegociación o modificación de los contratos es uno de los puntos en los que más patente es la incidencia del Capítulo IX de las Directrices de PT de la OCDE, por cuanto en la medida que sea relevante el cambio (no digamos si se resuelve el contrato), puede dar lugar a una *business restructuring* a efectos de PT. Por tanto, es a la luz del indicado capítulo que debe analizarse esta cuestión, lo que nos lleva esencialmente a valorar cuatro aspectos:²⁵

- a) Alternativas a la modificación, en el sentido de que se podrían dar otras soluciones que permitieran mantener las condiciones originales del contrato e igualmente sortear el impacto de la pandemia en la operativa. Aquí entra en juego lo que entre independientes vendría a ser la ponderación entre el interés en seguir la relación contractual, aunque sea bajo otras condiciones (por ejemplo, por tratarse de un cliente o proveedor estratégico difícil de sustituir), frente a la alternativa de no seguir o de identificar otras posibles soluciones viables.
- b) El impacto a largo plazo en la rentabilidad de la compañía que pueda tener el escoger una opción u otra. A modo de ejemplo, el alargar las condiciones de cobro con un cliente puede suponer el garantizar una facturación en años siguientes que de otro modo sería difícil obtener.
- c) La necesidad o no de compensar a la parte perjudicada por la renegociación de las condiciones.
- d) La recomendación de documentar debidamente no sólo la modificación contractual sino su justificación a efectos de PT, siguiendo los criterios del citado Capítulo IX de las Directrices de PT de la OCDE.

²³ El comentario de la OCDE es de agradecer y no es baladí, dada la tendencia de algunas administraciones tributarias a considerar la centralización de los servicios como un indicativo más de la existencia de costes de accionista o a servicios en beneficio de la holding o el "grupo".

²⁴ Vid ap. 43 Informe.

²⁵ Vid ap. 45 y 46 Informe.

3.4.- ¿La alusión a causas de “fuerza mayor” puede variar la asignación de las pérdidas derivadas del COVID-19?

La Guía plantea en qué medida la invocación de la cláusula de fuerza mayor puede ser utilizada por las partes para suspender, diferir o relevar a una empresa de sus obligaciones contractuales, en este caso en el marco de una operativa vinculada, todo ello sin responsabilidad alguna (lo que para el caso que nos ocupa, la pregunta se plantea como la posibilidad de no asumir los costes derivados de la pandemia). Obviamente la OCDE no define “fuerza mayor” por cuanto la misma es una institución propia del Derecho Civil Común, a la que se remite, pero sí pone de relieve a efectos de PT su principal característica como es que se refiere a circunstancias que se escapan del control de las partes.²⁶

La Guía da importancia a que este tipo de cláusula ya venga recogida en los contratos, si bien considera que lo anterior no supone que automáticamente sea invocable, ni lo contrario, esto es, que la ausencia de aquella no permita su invocación, máxime en territorios de Derecho Civil Común. Sea como fuere, habrá que estar a las condiciones de la operación en su contexto global, términos de la cláusula y su interrelación con el resto de las condiciones fijadas.

En nuestra opinión la inclusión de este punto en la Guía es algo confusa e igual innecesaria cuando la propia OCDE considera el riesgo COVID-19 como *hazard risk*, estableciendo unos criterios para lograr una asignación de costes y pérdidas derivadas de la pandemia acorde al PLC y, en cualquier caso, abogando siempre a valorar lo que harían partes independientes en situación similar.²⁷

4. CAPÍTULO III. GUÍA PRÁCTICA DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA SOBRE PROGRAMAS DE AYUDA GUBERNAMENTAL

4.1.- Introducción

Durante la pandemia Covid-19, los gobiernos han establecido diversos programas de ayuda con el objetivo de mantener el empleo en las empresas que han experimentado una reducción temporal de actividad u ofrecer ayuda económica o financiera para que las empresas pudieran continuar operando.

Estos programas pueden potencialmente tener implicaciones de precios de transferencia, si las ayudas se conceden a una entidad miembro de un grupo multinacional o están disponibles para entidades independientes en el mercado en el que opera un grupo multinacional.

En el Informe, la OCDE, insiste en la importancia de llevar a cabo un análisis detallado, considerando las características específicas de las ayudas concedidas y las circunstancias particulares de cada caso.

Por ello, a la hora de analizar el impacto de los programas de ayuda gubernamental relativos al COVID-19 en las operaciones vinculadas y para comparar sus efectos con

²⁶ En este sentido, equivaldría al *hazard risk*, puesto que se está ante circunstancias excepcionales, externas y ajenas a las empresas que obviamente escapan a su control. Vid ap. 55 y 56 Informe.

²⁷ A lo sumo cabría entender su invocación para evitar la responsabilidad o penalización por el incumplimiento de los hitos o compromisos adquiridos, pero entendemos que mayormente las empresas no van a exigir compensación o indemnización alguna en este caso.

los de otros programas de ayuda preexistentes, se deben tener en cuenta los términos y condiciones de cada uno de ellos.

Por otra parte, el análisis requerido sobre las características específicas de la ayuda gubernamental debe considerar el impacto económico de esta en la operación vinculada, así como en los potenciales comparables seleccionados. Por lo tanto, no sería necesario un análisis exhaustivo de las características específicas de la ayuda gubernamental, si es improbable que esta tenga un impacto material en la operación vinculada.

El Informe, da respuesta a algunas de las cuestiones que pueden plantearse en relación con las ayudas gubernamentales al llevar a cabo el análisis de PT, confirmando que las Directrices de PT de la OCDE son plenamente aplicables.

4.2.- ¿Es la recepción de ayuda gubernamental una característica con relevancia económica?

Partiendo de que el análisis de las características con relevancia económica de una operación vinculada es esencial tanto para definir y delimitar adecuadamente la misma como para el posterior análisis de comparabilidad, la medida en la que la recepción de ayuda gubernamental sea una característica con relevancia económica a tener en cuenta puede variar en cada caso. La ayuda gubernamental puede ser más relevante desde el punto de vista económico, por ejemplo, si se concede un subsidio salarial, una garantía de deuda pública o apoyo de liquidez a corto plazo. En tales circunstancias, la recepción de ayuda gubernamental puede tener un impacto directo en las transacciones comparables entre partes independientes, inclusive en sus precios.

En otras situaciones la recepción de ayuda gubernamental puede ser menos relevante desde el punto de vista económico, al impactar, a lo sumo, indirectamente a la operación vinculada y a su compensación. Además, puede haber otras situaciones en las que las empresas que participan en una operación vinculada no reciban ayuda gubernamental, sino que sea otra empresa la que la reciba, pudiendo esto influir en las características con relevancia económica de la transacción.

Por lo demás y como no podía ser de otro modo, si la ayuda gubernamental es una característica con relevancia económica a efectos de la operación vinculada y de análisis de comparabilidad, esta información debe incluirse como una parte de la documentación para apoyar el análisis de los precios de transferencia.

4.3.- ¿Son las recomendaciones en relación con otras características del mercado local relevantes para analizar las implicaciones de las ayudas gubernamentales?

La sección D.4 del Capítulo I de las Directrices de PT de la OCDE establece que, por regla general, las intervenciones gubernamentales deben tratarse como condiciones de mercado del país. Por lo tanto, la recepción de ayuda gubernamental puede formar parte de las circunstancias económicas y ser una característica del mercado en el que operan las partes. A este respecto, las disposiciones de la sección D.6.2 del mismo capítulo sobre “otras características del mercado local”, pueden orientar sobre las implicaciones de la ayuda gubernamental en los precios de transferencia de las empresas.

En particular, y por analogía con dicha sección, el análisis de las implicaciones de la recepción de ayuda gubernamental debería tener en cuenta los siguientes factores:

- si la ayuda gubernamental proporciona una ventaja de mercado al destinatario;
- el importe de cualquier aumento de los ingresos o la disminución de los costes con respecto a los de empresas comparables, que sea atribuibles a la ayuda gubernamental recibida, y la duración de la asistencia;
- el grado en que los beneficios de la ayuda gubernamental, en condiciones de libre competencia, se transmiten a clientes o proveedores independientes; y
- cuando existan beneficios atribuibles a la ayuda gubernamental y no se transmitan a clientes o proveedores independientes, la forma en que las empresas independientes asignarían tales beneficios entre ellas. en circunstancias similares.

Sin perjuicio de lo anterior, entiende la OCDE en su Informe que la naturaleza específica de la ayuda gubernamental siempre debe ser revisada en el análisis de PT, ya que en ciertas circunstancias puede no ser una característica general del mercado, y / o puede no generar beneficios para ninguna de las partes.

4.4.- ¿Afecta la recepción de ayuda gubernamental al precio de las operaciones vinculadas?

En su Informe la OCDE parte de la premisa de que el efecto potencial de la recepción de ayuda gubernamental en la fijación de precios de una operación dependerá de las características con relevancia económica de la transacción, la definición de la operación vinculada de forma precisa y la realización de un análisis de comparabilidad. Por lo tanto, sería contrario al PLC suponer que la mera recepción de ayuda gubernamental afectaría al precio de la operación vinculada, sin realizar un análisis cuidadoso de comparabilidad.

Las características con relevancia económica de la operación definida de forma precisa ayudarán a determinar el impacto potencial, si lo hubiera, de la recepción de ayuda gubernamental en la fijación de precios de la operación vinculada. Para ello, el Informe identifica, a modo de ejemplo, los aspectos más relevantes que cabe considerar al analizar dicho impacto como la disponibilidad, el propósito, la duración y otras condiciones impuestas por el gobierno en la concesión de la ayuda; la asignación de los riesgos económicamente significativos; y el nivel de competencia y demanda dentro de los mercados pertinentes.²⁸

El efecto de la ayuda gubernamental sobre el precio de transferencia tendrá en cuenta (i) la asignación de los riesgos económicamente relevantes de la operación, (ii) el impacto de la pandemia en la materialización de dichos riesgos, en el sentido que se indica en el capítulo I de la Guía y que hemos comentado y (iii) el vínculo entre la ayuda gubernamental y esos riesgos, todo ello considerando una correcta delimitación de la operación, por supuesto.²⁹ A partir de ahí, el impacto de la ayuda gubernamental en el precio de una operación vinculada, si lo hubiera, dependerá, entre otras cosas, de qué entidad asume los riesgos económicamente significativos afectados por la pandemia.

La OCDE advierte también en su apartado 78 del Informe del riesgo de adoptar soluciones o enfoques de análisis de forma mecánica sin profundizar suficientemente, en aquellos casos en los que, con base al Capítulo II de las Directrices de PT de la

²⁸ Recomendamos la lectura de los apartados 75 y 76 del Informe en el que se recogen varios ejemplos de los diversos factores de análisis a considerar que cita la OCDE.

²⁹ Vid ap. 77 Informe.

OCDE, se fijan los precios utilizando métodos de valoración unilaterales (“*one-side approach*”). Serían supuestos en los que, a efectos de análisis, se descuentan los ahorros de costes obtenidos a través de la ayuda gubernamental de la base de costes relevante para la transacción, se reconoce la ayuda gubernamental como ingreso o también como resultado extraordinario, lo que podría conducir a precios entre las partes asociadas que no cumplan el PLC.³⁰

Finalmente, se indica que en ausencia de información fiable en relación a la forma en que partes independientes asignarían la ayuda gubernamental, se debe tener precaución al evaluar si una supuesta distribución de la misma representa un resultado de libre competencia.

4.5.- ¿Modifica la recepción de ayuda gubernamental la atribución de riesgo en una operación vinculada?

En el apartado 81 del Informe se afirma taxativamente que, de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo I de las Directrices de PT de la OCDE, la prestación de ayuda gubernamental a una empresa vinculada no cambiará la asignación de riesgos en una operación vinculada a efectos de PT. En este sentido, la recepción de ayuda gubernamental puede reducir el impacto negativo cuantitativo de un riesgo, pero esto debe distinguirse de la propia asignación de dicho riesgo, que no varía. Por ejemplo, una entidad que asume el riesgo crediticio podría esperar incurrir en pérdidas en una transacción debido a dificultades financieras de su contraparte. Sin embargo, la contraparte puede, de hecho, cumplir con sus obligaciones si se beneficia de ayuda gubernamental. Este aspecto (es decir, la reducción del impacto negativo del riesgo) debe distinguirse de la asignación del riesgo en virtud de lo dispuesto en la sección D.1.2.1 del Capítulo I de las Directrices de PT de la OCDE.

4.6.- ¿Afecta la recepción de ayuda gubernamental al estudio de comparabilidad?

Las ayudas gubernamentales pueden afectar tanto a la forma en que las empresas establecen sus relaciones comerciales o financieras como al modo en que fijan sus precios. Por lo tanto, será necesario tener en cuenta el impacto de la recepción de ayuda gubernamental como un aspecto relevante en el análisis de comparabilidad.³¹

La diversidad de programas de ayuda y las circunstancias específicas de la pandemia COVID-19 en los diferentes países pueden afectar a los comparables y a los precios de las transacciones en el mercado.³² A modo de ejemplo,³³ el Informe describe como en el caso de empresas que operan de manera similar, pero en mercados, distintos y por tanto teniendo acceso a programas de ayuda gubernamental diferentes, las operaciones no serían comparables, a menos que se pudieran realizar ajustes de comparabilidad fiables para tener en cuenta esas diferencias.

La OCDE concluye que el enfoque más fiable para identificar comparables en estas circunstancias será utilizar, cuando sea posible, datos relativos a transacciones comparables en el mismo mercado geográfico o mercados comparables entre empresas independientes con funciones, activos y riesgos similares. En la práctica esto supone

³⁰ Vid ap. 78 Informe

³¹ La descripción detallada de las recomendaciones incluidas en el Capítulo II del Informe en relación con el análisis de comparabilidad se recoge en la sección 2 de este documento.

³² El Informe hace referencia al apartado 1.112 del Capítulo I del Directrices de TP de la OCDE en relación con la importancia del mercado (“El mercado geográfico es una circunstancia económica que debe identificarse”).

³³ Vid ap. 83 Informe

una limitación a la posibilidad de llevar a cabo análisis regionales de comparabilidad cuando los programas de ayuda gubernamental difieran en los distintos mercados en la región.

El Informe menciona además otras características de la ayuda gubernamental que podrían afectar a la comparabilidad, como la duración de un programa de ayuda y la relación entre la ayuda prestada y los costes o la pérdida de ingresos relacionados con la pandemia.

En consecuencia, la disponibilidad de ayudas gubernamentales puede añadir complejidad al análisis de comparabilidad al dificultar la aplicación de un método de Precios de Transferencia determinado y la búsqueda de comparables. El Informe clarifica en este punto que la imposibilidad de encontrar comparables no es motivo suficiente para utilizar el método de la distribución del resultado.³⁴ También sugiere que ante estas dificultades podría ser necesario revisar la estrategia del análisis de comparabilidad y considerar la utilización de una metodología de PT corroborativa³⁵.

Por último, al aplicar un método unilateral habría que tener en cuenta el tratamiento contable de la ayuda gubernamental tanto en la empresa objeto de análisis como en las empresas consideradas comparables. Cuando los tratamientos contables para el mismo tipo de ayuda difieran, puede ser necesario un ajuste de comparabilidad. Además, el tratamiento contable puede diferir en función del tipo de ayuda gubernamental, por ejemplo, el tratamiento contable de un préstamo condicional difiere del de una subvención directa. Tal diferencia podría afectar a la comparabilidad y ser más difícil de ajustar que una simple diferencia contable.

Aunque el Informe no lo menciona expresamente, en relación con las ayudas gubernamentales existe una dificultad añadida derivada de la posible falta de información disponible sobre el importe y tipo de ayuda que otras empresas hayan podido recibir y aplicar.

En definitiva, son muchos los aspectos a tener en cuenta en relación con las posibles implicaciones de las ayudas gubernamentales, por lo que recomendamos prestar especial atención a los detalles y a las características y circunstancias particulares de cada caso.

5. CAPÍTULO IV. ACUERDOS PREVIOS DE VALORACIÓN

5.1.- Introducción

La pandemia del COVID-19 ha dado lugar a cambios importantes en las condiciones económicas que no se preveían cuando se suscribieron muchos acuerdos previos de valoración (APV) que abarcaban el ejercicio 2020 y los ejercicios futuros potencialmente afectados por el COVID-19.

Dada esta situación, es importante determinar en qué medida, estos cambios en las condiciones económicas pueden afectar a la aplicación de los APVs existentes y como tenerlos en cuenta en las negociaciones actuales de APVs que se puedan ver afectados por ellos.

³⁴ Como indica lo dispuesto en el apartado 2.143 de las Directrices de PT de la OCDE (revisión de junio de 2018 de la aplicación del Método de la Distribución del resultado).

³⁵ En este caso habría que tener en cuenta lo dispuesto en el ap. 2.12 de las Directrices de PT de la OCDE.

Algunos contribuyentes pueden enfrentarse a dificultades para aplicar los APVs existentes en las condiciones económicas consecuencia de la pandemia COVID-19. En esos casos, la OCDE recomienda a los contribuyentes que planteen estas cuestiones a las administraciones tributarias correspondientes, y les insta a no tratar de resolverlos unilateralmente sin consultar con las administraciones tributarias.

El Informe aborda las distintas cuestiones que se suscitan en relación con la gestión de los APVs afectados por las consecuencias de la pandemia, animando a las autoridades fiscales y a los contribuyentes a colaborar de manera constructiva y transparente en relación con los APVs.

5.2.- ¿Qué impacto tiene COVID-19 en los APVs existentes?³⁶

5.2.1.- ¿Los contribuyentes y las administraciones tributarias siguen vinculados por los APVs existentes a la luz de los cambios en las condiciones económicas?

La OCDE confirma que los APVs existentes y sus términos deben ser respetados a menos que ocurra una condición que conduzca a la cancelación o revisión del APV (por ejemplo, el incumplimiento de una hipótesis crítica). Los contribuyentes y las administraciones tributarias no pueden ignorar o alterar de manera automática los términos de los APVs debido al cambio en las circunstancias económicas.

En general, el propio APV describirá explícitamente lo que constituye una situación de incumplimiento de una hipótesis crítica, así como las consecuencias que se derivan del mismo. Además, el derecho interno o las disposiciones procesales también pueden imponer consecuencias u obligaciones al contribuyente y a las administraciones tributarias. Todo ello debe ser considerado para determinar el impacto de la pandemia COVID-19 en los APVs existentes.

5.2.2.- ¿Constituye el cambio en las condiciones económicas el incumplimiento de una hipótesis crítica?

La mayoría de los APVs incluyen hipótesis críticas sobre las condiciones operativas y económicas que pueden afectar a las transacciones cubiertas por el APV. La pandemia COVID-19 y la respuesta de los gobiernos han afectado dramáticamente a las condiciones económicas y de mercado y por lo que es probable que estos cambios se puedan considerar como un incumplimiento de las hipótesis críticas³⁷ Sin embargo, un mero cambio en los resultados de negocio durante el período afectado por la pandemia COVID-19 no daría lugar a un incumplimiento de una hipótesis crítica (a menos que el APV tuviera una hipótesis crítica específica en relación con los cambios en los resultados).

La OCDE establece que las administraciones tributarias deben analizar caso por caso si se ha producido un incumplimiento de una hipótesis crítica, teniendo en cuenta las circunstancias individuales del contribuyente y el entorno en el que opera, por cuanto la pandemia COVID-19 no ha tenido el mismo impacto en todas las empresas.³⁸

Cuando las administraciones tributarias consideren que no se ha producido un incumplimiento de las hipótesis críticas de un APV, este debe seguir siendo respetado

³⁶ La guía recogida en el Anexo II del Capítulo IV de las Directrices de PT de la OCDE en relación con los procedimientos amistosos es relevante en relación con cómo responder al impacto del COVID-10 en los APVs.

³⁷ Vid párrafos 44 b) y c) del anexo II del capítulo IV de las Directrices de precios de PT de la OCDE.

³⁸ Vid ap. 93 del Informe.

como se acordó. Si un contribuyente cree que los términos del APV ya no son apropiados, no debe tratar de incumplir las hipótesis críticas y debe evitar hacer ajustes de precios no justificados o tomar otras medidas que no sean consistentes con los términos del APV. En su lugar, la OCDE recomienda que contacte con la administración tributaria correspondiente de manera transparente para comentar su situación.

5.2.3.- ¿Cómo deben responder las administraciones tributarias al incumplimiento de las hipótesis críticas?

El Informe establece que, al considerar las consecuencias del incumplimiento de las hipótesis críticas, las administraciones tributarias y los contribuyentes deben considerar (i) los términos del APV; (ii) cualquier acuerdo entre las administraciones tributarias relevantes sobre cómo hacer frente al incumplimiento; y (iii) las disposiciones de derecho interno o normas de procedimiento aplicables.³⁹

En caso de que el efecto del incumplimiento no sea importante⁴⁰, el contribuyente y la administración tributaria pueden acordar continuar aplicando el APV. En el caso de APVs bilaterales o multilaterales, una práctica habitual (prevista en algunos APVs) es que las administraciones tributarias consulten antes de imponer cambios unilaterales.

Es importante resaltar que el Informe describe cuales pueden ser las consecuencias del incumplimiento de una hipótesis crítica (a falta de otras normas y procedimientos prescritos en el derecho interno) y cuando cada una de ellas será la respuesta adecuada:⁴¹:

- Revisión:

En caso de una revisión, el APV se mantiene en vigor durante todo el período previsto, aunque se apliquen términos diferentes antes y después de la fecha de revisión.

La revisión sería apropiada cuando se produzca un cambio importante en las condiciones de una hipótesis crítica en el APV y la administración tributaria y el contribuyente acuerden revisar el APV. La revisión de un APV existente tendría por efecto modificar los términos del mismo.⁴²

En algunas circunstancias, puede ser posible mantener algunos de los términos establecidos en un APV, pero revisar disposiciones específicas que se vean afectadas por el incumplimiento de las hipótesis críticas o pueden ser necesarias revisiones más generales (cuando lo permita la normativa interna) en función de los hechos y las circunstancias de cada caso. El Informe recoge ejemplos de posibles revisiones de un APV.⁴³

En definitiva, considerando que los APVs son un mecanismo muy efectivo a la hora de obtener seguridad en relación con los precios de transferencia, y a pesar de las

³⁹ Esta sección sigue las directrices del capítulo IV, sección F y anexo II del capítulo IV de las Directrices de PT de la OCDE.

⁴⁰ Vid par.75 del anexo II del capítulo IV de las Directrices de PT de la OCDE.

⁴¹ Definido en la sección E.3 del Anexo II del capítulo IV de las Directrices de PT de la OCDE.

⁴² Bajo este enfoque, es probable que los términos originales del APV permanezcan en vigor hasta el ejercicio 2019, con términos revisados aplicables para el ejercicio 2020 y cualquier año o años subsiguientes sujetos a las circunstancias económicas derivadas de la pandemia COVID-19.

⁴³ Recomendamos la lectura del apartado 99 del Informe donde se recogen posibles ejemplos de revisiones de un APV.

dificultades generadas por la pandemia, recomendamos en la medida de lo posible revisar el APV y evitar su cancelación.

- Cancelación:

En este caso el APV es efectivo y está en vigor, pero sólo hasta la fecha de cancelación y no durante todo el período previsto inicialmente.

En el contexto de la pandemia COVID-19, un APV podría ser cancelado, cuando se establezca que: en el ejercicio 2020 (i) hay un incumplimiento importante de una hipótesis crítica de un APV como resultado de un cambio en las circunstancias económicas; o, (ii) el contribuyente no cumplió con algún término o condición del APV.

Sin embargo, la cancelación no sería automática y la administración tributaria puede renunciar a ella bajo ciertas circunstancias⁴⁴.

- Revocación:

La revocación tiene el efecto de que el contribuyente es tratado como si el APV nunca se hubiera acordado.

La revocación podrá considerarse cuando: i) exista una tergiversación, error u omisión atribuible a la negligencia, descuido o incumplimiento doloso de un contribuyente al presentar una solicitud de APV, los informes anuales u otra documentación justificativa o en el suministro de cualquier información; o (ii) el contribuyente no cumple con un término o condición importante del APV.⁴⁵

En consecuencia, las revocaciones de los APVs cuyos términos se extienden en el período de la pandemia COVID-19 deberían limitarse a situaciones en las que, según lo dispuesto anteriormente, se cumpla el estándar de revocación independientemente de si tales acciones surgieron debido a la pandemia.

5.2.4.- ¿Cuándo deben los contribuyentes notificar a las administraciones tributarias el incumplimiento de hipótesis críticas?

Cuando se produzcan cambios materiales en las condiciones económicas que conduzcan al incumplimiento de una o más hipótesis críticas, los contribuyentes deben notificarlo a las administraciones tributarias pertinentes tan pronto como sea posible después de que se produzca el cambio, o el contribuyente sea consciente del mismo. La OCDE insta a la notificación temprana con el fin de dar a los afectados más tiempo para tratar de llegar a un acuerdo sobre la revisión del APV, reduciendo así la probabilidad de cancelación.

Dado que las condiciones económicas seguirán siendo inciertas al menos en los próximos meses, cuando los contribuyentes notifiquen el incumplimiento de las hipótesis críticas a las administraciones tributarias, estas pueden considerar esperar un plazo razonable hasta que los datos y la información sobre la magnitud y la duración del impacto del COVID-19 estén disponibles antes de determinar cómo responder al incumplimiento.

⁴⁴ Vid par. 81 del anexo II del Capítulo IV de las Directrices de PT de la OCDE.

⁴⁵ Vid par. 77 del anexo II del Capítulo IV de las Directrices de PT de la OCDE.

5.2.5.- ¿Cómo deben documentar los contribuyentes el incumplimiento de las hipótesis críticas?

El Informe resalta la importancia de que los contribuyentes proporcionen a las administraciones tributarias la documentación justificativa pertinente, cuando se incumplan las hipótesis críticas de un APV. Además, incluye una lista detallada de información que sería recomendable aportar, siempre teniendo en cuenta que la información dependerá de las hipótesis críticas que se haya incumplido y de las circunstancias específicas del contribuyente. En concreto, la Guía relaciona la siguiente información:

1. Una descripción del segmento de negocio del contribuyente relevante que abarque las entidades y las transacciones cubiertas por el APV.
2. Pronóstico y beneficios reales del segmento de negocio para los ejercicios que terminan con o dentro de los años afectados por el COVID-19.
3. Copias que muestren cualquier modificación de los acuerdos preexistentes o de nuevos contratos con entidades vinculadas que afecten a las transacciones cubiertas.
4. Una descripción de los efectos que previsiblemente tendrán, durante los ejercicios afectados por el COVID-19, las condiciones económicas actuales en la metodología de precios de transferencia acordada, incluyendo si han supuesto la reestructuración de las operaciones y/o cambios en los riesgos y responsabilidades, y el impacto que hayan podido tener de las ayudas gubernamentales u otros mecanismos para mitigar los efectos negativos.⁴⁶
5. Detalle de la cuenta de pérdidas y ganancias con un desglose del coste de los bienes vendidos y gastos generales y administrativos y otros gastos no financieros para los ejercicios afectados por COVID-19 que incluya las transacciones cubiertas por el APV. La cuenta de pérdidas y ganancias pueden incluir costes operativos excepcionales derivados de COVID-19 o ayudas gubernamentales incluida la explicación sobre el tratamiento contable de costes o ingresos.
6. Información sobre el comportamiento de terceros.

Aprovechamos para hacer hincapié en la importancia de preparar siempre buena documentación en relación con los precios de transferencia, y más si cabe en situaciones especiales como las que se han generado como consecuencia de la pandemia.

5.2.6.- ¿Cómo deben responder las administraciones tributarias al incumplimiento de un APV existente?

Al considerar las consecuencias del incumplimiento de los términos y condiciones de un APV, las administraciones tributarias deben adoptar un enfoque similar al que se ha

⁴⁶ La descripción debe demostrar adecuadamente que el impacto es atribuible a la condición económica durante la pandemia COVID-19, ya que un mero cambio en los resultados empresariales puede ser causado por otros factores y, en consecuencia, puede no constituir un incumplimiento de una hipótesis crítica.

comentado anteriormente en relación con el incumplimiento de las hipótesis críticas. Por tanto, al determinar su respuesta, las administraciones tributarias deben considerar: (i) los términos del APV; (ii) cualquier acuerdo entre las administraciones tributarias relevantes sobre cómo tratar el incumplimiento; y (iii) las disposiciones de derecho interno o normas de procedimiento aplicable.

Sin embargo, es probable que las administraciones tributarias respondan de manera diferente al incumplimiento de los términos y las condiciones de un APV existente, que a la falta de cumplimiento de las hipótesis críticas.⁴⁷

5.3.- ¿Qué impacto tiene la pandemia COVID-19 en los APVs que están en negociación?

Cuando los contribuyentes y las administraciones tributarias estén negociando APVs con efecto en el ejercicio 2020, la OCDE insta a todas las partes a que adopten un enfoque flexible y colaborador para determinar cómo tener en cuenta las condiciones económicas actuales, y las diversas opciones discutidas anteriormente en relación con la revisión de los APVs existentes.

La pandemia COVID-19 también presenta dificultades prácticas para las administraciones tributarias y los contribuyentes negociando un APV. Por ello y con el fin de minimizar los retrasos en la conclusión de los APVs que se negocian, la OCDE recomienda sustituir y/o complementar los métodos tradicionales de comunicación e intercambio de documentación física, con soluciones tecnológicas como las reuniones virtuales y el uso compartido de información electrónica

En definitiva y como comentario final, siendo cierto que no se abarcan todos los temas dada la premura de tiempo existente, sí recoge los más acuciantes, por lo que, en nuestra opinión, se trata de una buena guía que además sigue la senda de mayor claridad y practicidad de los últimos informes publicados por la OCDE (como es el de operaciones de financiación intragrupo publicado en febrero de 2020), lo que siempre es de agradecer.

La reproducción, copia, uso, distribución, comercialización, comunicación pública o cualquier otra actividad que se pueda realizar con el contenido de este documento, incluida su publicación en redes sociales, queda condicionada a previa autorización de la AEDAF.

⁴⁷ Sección E3 del Anexo II al Capítulo IV de las Directrices de PT de la OCDE.