

TESIS DOCTORAL

**EL AJUSTE SECUNDARIO EN LAS OPERACIONES
VINCULADAS**

Dña. Diana Ferrer Vidal

ESADE — Facultad de Derecho —
Departamento de Derecho Público

Dirigida por el Prof. Dr. Eduardo Berché Moreno
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la
Universidad Ramon Llull

Barcelona, julio de 2014

EL AJUSTE SECUNDARIO EN LAS OPERACIONES VINCULADAS

Memoria que se presenta para la obtención del grado de Doctor en Derecho dirigida por el Prof. Dr. Eduardo Berché Moreno, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Ramon Llull.

DIANA FERRER VIDAL

A mi padre, que allí donde esté,
sigue siendo un ejemplo de fortaleza
para superar los retos diarios de la vida.

A mi marido, por su paciencia, apoyo
y amor infinito.

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	13
ABSTRACT	17
INTRODUCCIÓN. JUSTIFICACIÓN Y OBJETO DE ESTUDIO.....	19

CAPÍTULO I: ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LOS AJUSTES EN MATERIA DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN LAS LEYES ESPAÑOLAS

1.- El origen en la regulación española de los precios de transferencia. Normativa previa a Ley 61/1978 del IS.....	27
2.- Ley 61/1978 del IS	31
2.1.- REDACCIÓN ORIGINAL. TESIS DEL AJUSTE UNILATERAL <i>VERSUS</i> TESIS DEL AJUSTE BILATERAL. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.....	31
2.1.1.- Tesis del ajuste unilateral.....	32
2.1.2.- Tesis del ajuste bilateral.....	36
2.1.3.- Tesis mixtas	42
2.2.- REDACCIÓN OTORGADA POR LA DA 5ª DE LA LEY 18/1991 DEL IRPF	45
3.- Ley 43/1995 del IS	48
4.- Génesis del ajuste secundario en nuestra doctrina.....	54

CAPÍTULO II: REGULACIÓN FISCAL Y CONTABLE DE LOS AJUSTES EN LAS OPERACIONES VINCULADAS. ESPECIAL ATENCIÓN AL AJUSTE SECUNDARIO ¿REGULACIONES COMPLEMENTARIAS O EXCLUYENTES?

1.- Objeto y planteamiento del capítulo	63
2.- Puntos convergentes entre la regulación contable y la fiscal. Criterio de valoración y prevalencia del fondo sobre la forma	64
3.- Puntos divergentes entre la normativa contable y fiscal. NRV 21ª del PGC <i>versus</i> artículo 16 del TRLIS	69
3.1.- REGLA DE VALORACIÓN: VALOR RAZONABLE <i>VERSUS</i> VALOR DE MERCADO	69
3.2.- REGLA DE CALIFICACIÓN: REGISTRO CONTABLE DE LA OPERACIÓN HÍBRIDA <i>VERSUS</i> AJUSTE SECUNDARIO	80
3.2.1.- Determinación de las calificaciones: objetividad parcial de la norma fiscal <i>versus</i> la subjetividad de la norma contable.....	82
3.2.2.- Realidad económica de la norma contable <i>versus</i> naturaleza jurídica de la norma fiscal.....	86
3.2.3.- Legitimidad en el sujeto pasivo.....	90
3.3.- PERÍMETRO DE VINCULACIÓN	92

3.4.- CONSECUENCIAS DE LA DIVERGENCIA ENTRE LA NORMATIVA CONTABLE Y LA NORMATIVA FISCAL. AJUSTES EXTRACONTABLES DE CUANTIFICACIÓN Y DE CALIFICACIÓN. ¿TIENEN CABIDA ANTE EL FIEL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA CONTABLE? DISTINTOS SUPUESTOS DE TRATAMIENTO FISCAL EN FUNCIÓN DEL REGISTRO CONTABLE DE LA OPERACIÓN.....	96
3.4.1. Valor razonable coincide con el valor de mercado.....	98
3.4.2.- Valor razonable no coincide con el valor de mercado.....	101
3.4.3.- No coincidencia entre el grupo contable y el grupo fiscal.....	105
4.- El ajuste primario y el ajuste bilateral	107
4.1.- ESPECIAL ATENCIÓN AL EFECTO DE NEUTRALIDAD FISCAL PROMULGADO POR LA NORMATIVA. ALCANCE Y NATURALEZA DEL AJUSTE BILATERAL.....	107
4.2.- COMPATIBILIDAD Y COORDINACIÓN ENTRE EL AJUSTE BILATERAL Y EL AJUSTE SECUNDARIO	115
5.- El ajuste secundario	123
5.1.- NECESIDAD DE REGULACIÓN DEL AJUSTE SECUNDARIO. REGLAS GENERALES DE CALIFICACIÓN DE LA LGT <i>VERSUS</i> REGLA ESPECÍFICA DE CALIFICACIÓN DE LAS OPERACIONES VINCULADAS	123
5.2.- ALCANCE DEL AJUSTE SECUNDARIO.....	132
5.2.1.- Alcance geográfico. Nacionalidad e Internacionalidad del ajuste secundario. Diferencias procedimentales.....	132
5.2.2.- Alcance subjetivo del ajuste secundario.....	140
5.3.- AUTOMATICIDAD DEL AJUSTE SECUNDARIO Y SU NATURALEZA OBJETIVA.....	144
5.4.- ¿QUIÉN OSTENTA LA LEGITIMIDAD PARA EFECTUAR UN AJUSTE SECUNDARIO?.....	152
5.5.- ¿APLICA EL AJUSTE SECUNDARIO EN LAS OPERACIONES GRATUITAS?.....	156
5.6.- SANCIONABILIDAD DEL AJUSTE SECUNDARIO	158
5.7.- CONSTITUCIONALIDAD DEL AJUSTE SECUNDARIO	162
5.7.1.- Posible vulneración del principio de capacidad económica	162
5.7.2.- Posible vulneración del principio reserva de ley. Extralimitación reglamentaria	170
5.8.- LA DELICADA SITUACIÓN PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 16.8 DEL TRLIS Y 21BIS DEL RIS...	174

CAPÍTULO III: EFECTOS DIRECTOS E INDIRECTOS DEL AJUSTE SECUNDARIO

1.- Objeto y planteamiento del capítulo	179
2.- Transferencia de renta de la sociedad a favor del socio	181
2.1.- FUNDAMENTO ECONÓMICO-JURÍDICO DE LA NORMATIVA FISCAL EN CUANTO A LA CALIFICACIÓN DE RENTAS CON ESPECIAL ATENCIÓN AL PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN	182
2.2.- EFECTOS PARA EL SOCIO.....	191
2.2.1.- Calificación de renta como participación en beneficios y su relación con la eliminación de la doble imposición. Especial atención en cuanto a los efectos en el socio persona física y persona jurídica.....	192
2.2.2.- ¿Existe doble imposición en el caso de la renta calificada como “utilidad percibida de la entidad por la condición de socio”?	199
2.3.- EFECTOS PARA LA SOCIEDAD PARTICIPADA	205
2.3.1. Impacto sobre sus fondos propios.....	205
2.3.2.- Distribución de dividendos versus devolución de aportaciones.....	211
2.4.- EFECTOS EN LOS OTROS SOCIOS	216
2.5.- EFECTOS EN AMBAS PARTES VINCULADAS CUANDO UNA DE ELLAS ES NO RESIDENTE	218
2.5.1.- Filial española que distribuye un beneficio encubierto a favor de su socio no residente	219
2.5.2.- Filial extranjera que distribuye un beneficio encubierto a favor de su socio residente en territorio español.....	221
2.6.- IMPACTO RECAUDATORIO REAL DEL AJUSTE SECUNDARIO.....	223

3.- Transferencia de renta del socio a favor de la sociedad.....	226
3.1.- FUNDAMENTO ECONÓMICO-JURÍDICO DE LA NORMATIVA FISCAL EN CUANTO A LA CALIFICACIÓN DE RENTAS CON ESPECIAL ATENCIÓN AL PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN	227
3.2.- EFECTOS EN LA SOCIEDAD PARTICIPADA.....	235
3.2.1.- <i>Aportación de fondos a favor de la sociedad. ¿Se refiere a aportación de capital?</i>	235
3.2.2.- <i>Fondos propios contables versus fondos propios fiscales. ¿Puede distribuirse esa “aportación” al socio?</i>	239
3.2.3.- <i>Aportación de fondos propios (capital) y su posible sujeción a ITPAJD en su modalidad de operaciones societarias</i>	243
3.3.- EFECTOS EN EL SOCIO	247
3.3.1.- <i>Aumento del valor de la participación</i>	247
3.3.2.- <i>Liberalidad respecto la renta que excede del porcentaje de participación</i>	253
3.3.3.- <i>Transmisión de participaciones. Efectos sobre la deducción para evitar la doble imposición. Diferencia entre persona física y jurídica</i>	257
3.4.- EFECTOS EN LOS OTROS SOCIOS	263
3.5.- EFECTOS EN AMBAS PARTES VINCULADAS CUANDO UNA DE ELLAS ES NO RESIDENTE	265
3.5.1.- <i>Matriz española que transfiere fondos encubiertos a favor de su filial no residente</i>	265
3.5.2.- <i>Matriz no residente que transfiere fondos encubiertos a favor de su filial residente</i>	273
3.6.- IMPACTO RECAUDATORIO REAL DEL AJUSTE SECUNDARIO.....	274
4. Otros supuestos del artículo 16.3	276
4.1.- INTRODUCCIÓN	276
4.2.- UNA ENTIDAD Y SU ADMINISTRADOR O CONSEJERO	278
4.3.- UNA ENTIDAD Y LOS FAMILIARES DEL SOCIO O ADMINISTRADOR.....	285
4.4.- UNA ENTIDAD Y OTRA ENTIDAD DEL MISMO GRUPO. SOCIEDADES HERMANAS Y PARTICIPACIÓN INDIRECTA	289
4.5.- OTROS SUPUESTOS: EP Y SU CASA CENTRAL.....	294
5.- Consideraciones finales	295

CAPÍTULO IV: EL AJUSTE SECUNDARIO Y OTROS RÉGIMENES FISCALES: COMPATIBILIDADES, EXCLUSIONES Y PUNTOS DE FRICCIÓN

1.- Objeto y planteamiento del capítulo	307
2.- Artículo 16.8 versus artículo 15 del TRLIS. Análisis de las reglas de valoración.....	308
2.1.- COMPATIBILIDAD O EXCLUSIÓN DE AMBAS REGULACIONES. ÁMBITO DE APLICACIÓN	308
2.2.- ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE AMBAS REGULACIONES. EJEMPLO PRÁCTICO.....	309
2.3.- PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD <i>VERSUS</i> PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN	310
3.- El ajuste secundario y las retribuciones en especie.....	315
3.1.- NORMATIVA APLICABLE	315
3.2.- ÁMBITO DE APLICACIÓN Y PUNTOS DE FRICCIÓN	318
3.3.- RETRIBUCIÓN EN ESPECIE <i>VERSUS</i> RETRIBUCIÓN DINERARIA. DELIMITACIÓN DE SUPUESTOS CONCRETOS.....	321
3.4.- ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE AMBAS REGULACIONES. EJEMPLOS PRÁCTICOS.....	321
3.5.- CONSIDERACIONES FINALES	326
4.- El ajuste secundario y las sociedades profesionales	328

5.- El ajuste secundario y el régimen de TFI	326
5.1.- OPERACIONES VINCULADAS Y TFI: ¿REGÍMENES COMPATIBLES O EXCLUYENTES?	331
5.2.- EFECTOS DEL AJUSTE PRIMARIO Y BILATERAL EN EL RÉGIMEN DE TFI	337
5.3.- OPERACIÓN VINCULADA ENTRE LA SOCIEDAD INSTRUMENTAL Y SU SOCIO. APORTACIÓN ENCUBIERTA DE FONDOS.....	344
5.4.- OPERACIÓN VINCULADA ENTRE LA SOCIEDAD INSTRUMENTAL Y SU PARTICIPADA. DISTRIBUCIÓN ENCUBIERTA DE BENEFICIOS	348
5.4.1.- <i>Efectos en el socio residente al que se le aplica el régimen de TFI</i>	348
5.4.2.- <i>¿Cuándo procede la imputación al socio residente del dividendo o utilidad percibida por la sociedad instrumental?</i>	351
5.5.- ¿DEBERÍAN IGUALMENTE INCLUIRSE LAS RENTAS DEL AJUSTE SECUNDARIO DERIVADAS DE OPERACIONES VINCULADAS NO GENERADORAS DE RENTAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 107.2 DEL TRLIS?.....	358
5.6.- RÉGIMEN DE OPERACIONES VINCULADAS, DE TFI Y PRESTACIONES DE SERVICIOS A TÍTULO GRATUITO.....	359
5.7.- CONSIDERACIONES FINALES	363
6.- La conflictiva obligación de retener sobre la renta presunta	366
6.1.- EXIGIBILIDAD DE LA RETENCIÓN.....	366
6.2.- NATURALEZA DE LAS RENTAS SOBRE LAS QUE PRACTICAR LA RETENCIÓN	370
6.3.- LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y LA RETENCIÓN SOBRE EL AJUSTE SECUNDARIO	371
6.4.- ¿CABE APLICAR RETENCIÓN SOBRE LA OPERACIÓN PRINCIPAL TOMANDO EN CONSIDERACIÓN EL AJUSTE PRIMARIO?	372

CAPÍTULO V: LOS AJUSTES EN LAS OPERACIONES VINCULADAS EN EL DERECHO COMPARADO (ESPECIAL ATENCIÓN AL AJUSTE SECUNDARIO)

1.- Objeto y planteamiento del capítulo	377
2.- Los ajustes en operaciones vinculadas en Estados Unidos: una regulación con varias alternativas	378
2.1.- PRIMARY AND CORRELATIVE ADJUSTMENT	378
2.2.- ¿CÓMO SE CONCILIA LA CONTABILIDAD Y LA BASE TRIBUTABLE TRAS LA APLICACIÓN DEL AJUSTE PRIMARIO?.....	385
2.2.1.- <i>Ajustes a la base imponible</i>	386
2.2.2.- <i>Ajustes a la contabilidad. Rev. Proced. 99-32</i>	397
2.2.3.- <i>La técnica de la compensación; los llamados setoffs</i>	408
3.- Los ajustes en operaciones vinculadas en Francia: teoría subjetiva de la elusión fiscal	411
3.1.- PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD. ÁMBITO GEOGRÁFICO DE APLICACIÓN DEL AJUSTE SECUNDARIO	412
3.2.- TEORÍA SUBJETIVA DE LA ELUSIÓN FISCAL: EXCEPCIONALIDAD DE LA LEGISLACIÓN SOBRE OPERACIONES VINCULADAS	415
3.3.- AJUSTES. DISTRIBUCIÓN ENCUBIERTA DE BENEFICIOS	417
4.- Los ajustes en operaciones vinculadas en Alemania: teoría objetiva del hombre diligente de negocios	419
4.1.- ÁMBITO GEOGRÁFICO DE APLICACIÓN	419
4.2.- OBJETIVIDAD DE LOS AJUSTES. LA TEORÍA DEL HOMBRE DILIGENTE EN LOS NEGOCIOS Y SU RELACIÓN CON LA <i>SOCIETATIS CAUSA</i>	420
4.3.- EL SENTIDO POSITIVO O NEGATIVO DE LOS AJUSTES PRIMARIOS Y SECUNDARIOS.....	423
4.4.- AJUSTES SECUNDARIOS	425

4.4.1.- Distribución encubierta de dividendos.....	425
4.4.2.- Aportación de capital. Limitación de concepto.....	426
4.4.3.- Operaciones entre "sister companies".....	428
4.5.- SETOFFS	428
5.- Italia como ejemplo de soberanía jurídica que carece de regla de calificación.....	430
5.1.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA.....	430
5.2.- APLICACIÓN DE LOS AJUSTES PRIMARIO Y BILATERAL	433
5.3.- INEXISTENCIA DE REGLA DE CALIFICACIÓN	434
6.- Estudio comparativo basado en un ejemplo práctico relativo a los ajustes en operaciones vinculadas. Soluciones ofrecidas por Estados Unidos, Alemania y Francia	435
6.1.- DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS FÁCTICOS	435
6.2.- CUESTIONES A RESOLVER.....	436
6.3.- RESOLUCIÓN SEGÚN LA LEGISLACIÓN DE ESTADOS UNIDOS	437
6.3.1.- Opciones para la Hacienda estadounidense.....	438
6.3.2.- Opciones para la sociedad americana H (Host country).....	440
6.3.3.- ¿Qué sucedería si el país de residencia de la sociedad H (Host country) y el país de residencia de la sociedad F (Foreign country) tuvieran suscrito un CDI?	440
6.4.- RESOLUCIÓN SEGÚN LA LEGISLACIÓN FRANCESA.....	441
6.5.- RESOLUCIÓN SEGÚN LA LEGISLACIÓN ALEMANA	442
7.- Postura y recorrido de la OCDE respecto el ajuste secundario.....	443
7.1.- HISTORIA Y EVOLUCIÓN	443
7.2.- RECOMENDACIONES DE LA OCDE RESPECTO LA REGULACIÓN DEL AJUSTE SECUNDARIO: LA VOLUNTAD DE ELIMINACIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN	446
8.- Recomendaciones sobre el ajuste secundario efectuadas por el EU JTPF	450

CAPÍTULO VI: PROPUESTA CONCRETA DE REGULACIÓN DEL AJUSTE SECUNDARIO

1.- Objetivo y planteamiento del capítulo	457
2.- Aspectos críticos de la regulación española del ajuste secundario...458	
2.1.- CONFLICTO ENTRE LA NORMATIVA CONTABLE Y FISCAL	458
2.2.- INSEGURIDAD JURÍDICA EN RELACIÓN A DETERMINADAS CUESTIONES BÁSICAS QUE NO ESTÁN EXPRESAMENTE RESULTAS EN EL TEXTO LEGAL. SILENCIO NORMATIVO.....	461
2.2.1.- Inseguridad jurídica respecto el destinatario final del mandato fiscal	461
2.2.2.- Inseguridad jurídica respecto la posibilidad de sancionar la falta de aplicación o la aplicación incorrecta del ajuste secundario	462
2.2.3.- Inexistencia de un cauce procedimental expresamente definido para la aplicación del ajuste secundario	463
2.3.- EXCESIVA AUTOMATICIDAD DEL AJUSTE SECUNDARIO.....	464
2.4.- POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL AJUSTE SECUNDARIO	465
2.5.- MANIFIESTO INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO MERCANTIL	466
2.6.- AFÁN RECAUDATORIO DEL AJUSTE SECUNDARIO	468
2.7.- EL AJUSTE SECUNDARIO COMO GENERADOR DE SITUACIONES DE DOBLE IMPOSICIÓN. NOVEDAD ESPAÑOLA: TRATAMIENTO ESPECIAL PARA EL DIFERENCIAL ENTRE EL VALOR CONVENIDO Y EL VALOR DE MERCADO QUE NO SE CORRESPONDA CON EL PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN	470
2.8.- AFECTACIÓN DE TERCEROS ACCIONISTAS QUE NO HAN PARTICIPADO EN LA OPERACIÓN	471

2.9.- IMPOSIBILIDAD DE DAR SOLUCIÓN A LA CASUÍSTICA DE OPERACIONES VINCULADAS. REGULACIÓN INSUFICIENTE. INSEGURIDAD JURÍDICA	471
3.- ¿Qué soluciones entre las que nos ofrece el Derecho Comparado podrían funcionar en nuestra legislación? Análisis de las distintas alternativas ofrecidas en otras soberanías fiscales	472
3.1.- APLICACIÓN GEOGRÁFICA DE LOS AJUSTES EN LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA ¿DEBERÍAN PROCEDER ÚNICAMENTE EN OPERACIONES VINCULADAS TRANSFRONTERIZAS O TAMBIÉN EN AQUELLAS LLEVADAS A CABO DENTRO DE UNA MISMA SOBERANÍA FISCAL? DISTINTOS MODELOS EXTRANJEROS. APLICACIÓN A ESPAÑA	473
3.1.1.- <i>Posicionamiento jurisprudencial del TJUE</i>	473
3.1.2.- <i>Propuesta de solución jurídica para nuestra regulación</i>	476
3.2.- LEGITIMIDAD PARA EFECTUAR LOS AJUSTES EXTRACONTABLES INCLUSIVE CUANDO SE TRATA DE UN AJUSTE NEGATIVO. MODELO ALEMÁN Y ESTADOUNIDENSE. ¿PODRÍA APLICARSE ESTA FÓRMULA EN ESPAÑA? FUNDAMENTOS	482
3.3.- LA TÉCNICA DE LOS <i>SETOFFS</i> : VENTAJAS E INCONVENIENTES DE SU APLICACIÓN EN ESPAÑA	487
3.3.1.- <i>Distintos tipos de setoff: intentional setoffs vs. postaudit setoffs</i>	487
3.3.2.- <i>La técnica del setoff y su relación con el ajuste secundario</i>	489
3.3.3.- <i>Efectos sobre los impuestos indirectos. IVA y Aduanas</i>	490
3.3.4.- <i>¿Podría ser esta técnica importada a nuestra legislación?</i>	491
3.4.- NECESIDAD DE VOLUNTAD ELUSIVA Y EL AJUSTE SECUNDARIO. DISTINTOS MODELOS EXTRANJEROS. PROPUESTA DE MODELO PARA LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.....	492
3.5.- IMPACTO EN EL RESTO DE SOCIOS. FALTA DE SOLUCIÓN EN LOS DISTINTOS MODELOS EXTRANJEROS QUE APLICAN EL AJUSTE SECUNDARIO. TEORÍA DE LA PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS DE BUENA FE NO IMPLICADOS EN LA OPERACIÓN VINCULADA.....	499
3.6.- FALTA DE RESOLUCIÓN DE TODOS LOS SUPUESTOS DE VINCULACIÓN. SOLUCIONES EXTRANJERAS EN OPERACIONES TRIANGULARES. APLICACIÓN EN ESPAÑA.....	506
3.7.- <i>LOAN APPROACH</i> : LA TÉCNICA DEL PRÉSTAMO PRESUNTO: VENTAJAS E INCONVENIENTES DE SU APLICACIÓN EN ESPAÑA	509
3.7.1.- <i>Introducción</i>	509
3.7.2.- <i>Inconvenientes</i>	510
3.7.3.- <i>Ventajas</i>	515
4.- Propuesta concreta de regulación del ajuste secundario: devolución del exceso de fondos.....	523
4.1.- PROPUESTAS EFECTUADAS POR LA DOCTRINA	523
4.2.- POSICIONAMIENTO PERSONAL	525
CONCLUSIONES.....	541
CONCLUSIONS (English)	559
BIBLIOGRAFÍA.....	577
EPÍLOGO	599

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores Varios
AEAT	Agencia Estatal de la Administración Tributaria
AEDAF	Asociación Española de Asesores Fiscales
AN	Audiencia Nacional
APA	Acuerdo Previo de Valoración
BI	Base imponible
BIN	Base imponible negativa
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOICAC	Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
Cc	Código Civil
CCO	Código de Comercio
CDI	Convenio para evitar la Doble Imposición Internacional
CE	Constitución Española/Comunidad Europea, según contexto
CEE	Comunidad Económica Europea
CEF	Centro de Estudios Financieros
CFC	<i>Controlled Foreign Corporations</i>
CGI	<i>Code Générale des Impôts</i>
CI	Cuota Íntegra
C.M.	<i>Circolare Ministeriale</i>
Co. Inc. Tax	<i>Corporate Income Tax</i>
Comm. Trib. Prov.	<i>Comissione Tributaria Provinciale</i>
Commr.	<i>Commissioner</i>
Coord.	Coordinador (-es)

DA	Disposición Adicional
DGT	Dirección General de Tributos
D.P.R.	<i>Decreto Presidente della Repubblica</i>
ed.	Edición
Ed.	Editorial
EE. UU.	Estados Unidos
EP	Establecimiento Permanente
EU JTPF	<i>EU Joint Transfer Pricing Forum</i>
FFPP	Fondos Propios
FJ	Fundamento Jurídico
ICAC	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
ICE	Información Comercial Española
IEF	Instituto de Estudios Fiscales
IFA	<i>International Fiscal Association</i>
Inc.	<i>Income</i>
IRC	<i>Internal Revenue Code</i>
IRNR	Impuesto sobre la Renta de No Residentes
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IRS	<i>Internal Revenue Services</i>
IS	Impuesto sobre Sociedades
ISD	Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
ITPAJD	Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
LGT	Ley General Tributaria
LIRNR	Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes
LIRPF	Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
LIS	Ley del Impuesto sobre Sociedades

LIVA	Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
LSC	Ley de Sociedades de Capital
MC de la OCDE	Modelo de Convenio de la OCDE
MEMAP	<i>Manual on effective Mutual Agreement Procedures</i>
NIC	Normas Internacionales de Contabilidad
NIIF	Normas Internacionales de Información Financiera
NRV	Norma de Registro y Valoración del PGC
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OPA	Oferta Pública de Adquisición
PGC	Plan General de Contabilidad
RC	Resultado Contable
RDL	Real Decreto Ley o Legislativo, según corresponda
Reg. Sec.	<i>Regulation in Section</i>
Rev. Proced.	<i>Revenue Procedure</i>
RIRNR	Reglamento del Impuesto sobre la Renta de No Residentes
RIRPF	Reglamento sobre el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas
RIS	Reglamento del Impuesto sobre Sociedades
S.A.	Sociedad Anónima
Sez.	Sezione
S.R.L	Sociedad de Responsabilidad Limitada
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEAC	Tribunal Económico-Administrativo Central
TEAR	Tribunal Económico-Administrativo Regional

TFI	Transparencia Fiscal Internacional
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. <i>(Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, pasa a denominarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE)</i>
TP	<i>Transfer Pricing</i>
TRIRNR	Texto Refundido de la Ley del IRNR
TRLIS	Texto Refundido de la Ley del IS
TRLITPAJD	Texto Refundido de la Ley de ITPAJD
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUIR	<i>Testo Unico delle Imposte sui Redditi</i>
UE	Unión Europea
Vid.	Vide (véase)
Vol.	volumen
vs.	<i>versus</i>

ABSTRACT

In recent years, especially in the last decade, we have seen how the legislator was concerned and responsible for the transfer pricing regulation, which is no more than a logical response to the globalization prevailing in business relationships.

The Spanish legislation is relatively veteran in applying the arm's length principle, assuming that transactions carried out between related parties must comply with such arm's length principle. Notwithstanding, it is not so skilled in regards to a qualification regulation, as it does in other legal sovereignties. The Law 36/2006 of 29th November, about the rules set for the prevention of tax evasion, first introduced in Positive Law a specific qualification regulation. Specifically, Articles 16.8 of the CITL (Corporate Income Tax Law) and its regulations in Article 21 bis of the CITR (Corporate Income Tax Regulation), which regulate the so-called secondary adjustment, the function of which is simply to provide a solution for the discrepancy seen between the accounting basis and the tax basis after having marked to market the operation, so that one part has a funds excess to the detriment of the other.

Once agreed that the qualification adjustments do not solve the income excess that still has one of the related parties, and therefore assuming that it is necessary to provide a legal solution to this income excess, the truth is that the current regulation of the secondary adjustment suffers important and severe defects of legislative technique. This study deals with the detailed analysis of the effects that the application of the secondary adjustment mean for the related parties, as well as to other shareholders who were not involved in the operation, showing up situations not consistent at all with the recommendations of the OECD about this subject, such as the generation of double taxation situations or direct violations of the Commercial Law basic principles. Therefore, and after a Comparative Law research, the study proposes a legal solution involving an agile and quick refund of the funds excess.

INTRODUCCIÓN. JUSTIFICACIÓN Y OBJETO DE ESTUDIO

Constituye el objeto del presente trabajo el estudio en profundidad de la figura del ajuste secundario como regla de calificación. Varias son las razones que avalan la elección del tema, siendo principalmente dos las motivaciones que me han llevado, junto con mi Director de tesis, a dedicar el presente trabajo a esta cuestión.

La primera de ellas, no es exclusivamente predicable del ajuste secundario sino también de cualquier otro aspecto regulado en el artículo 16 del TRLIS, me refiero a la importancia creciente, en especial en la última década, que el legislador otorga al régimen de operaciones vinculadas. No en vano, con independencia de los defectos de los que adolece la actual normativa y de la dudosa consecución de los objetivos que se proponía la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, señalados en su exposición de motivos, el legislador ha priorizado la regulación de las operaciones vinculadas alcanzando una normativa de calado cuya pretensión no es otra que ofrecer una regulación extensa en la materia. En este sentido, matizar que la regulación de la materia en términos de extensión no es algo preocupante, al contrario, si así se consigue positivizar aspectos que nos alejan de la sombra que siempre planea sobre la inseguridad jurídica. Ahora bien, quizás el legislador ha confundido extensión con intensidad, de suerte que esas ansias reguladoras han llevado al vigente texto legal a una situación tan incómoda que le ha valido un recurso contra el desarrollo reglamentario del artículo 16 del TRLIS al plantearse la inconstitucionalidad de algunos preceptos.

Huelga decir la importancia que la materia ha ido alcanzado en los últimos años, de ahí la aparición de despachos de abogados y asesores especializados en *transfer pricing*, más desde la obligación de documentación que recae sobre las empresas que realizan transacciones en el seno de un grupo. Todo ello hace que estemos ante un tema que, lejos de perder fuerza, con el paso de los años todavía sea más atractivo su estudio; y es que la globalización en la que se desarrollan las relaciones comerciales es una constante que ha hecho de las operaciones vinculas una inevitable y necesaria manera de operar en los mercados.

A mayor abundamiento, y en coherencia con la importancia económica que se otorga a las políticas de *transfer pricing* pautadas por el legislador, el campo de estudio cada vez es más amplio y la doctrina, junto con la jurisprudencia, va avanzando en sus estudios e interpretaciones sobre dicha materia. Sin embargo, y ahí el segundo motivo que propició la elección del tema del presente trabajo, el ajuste secundario era una de las cuestiones que había regulado la ley por primera vez. Como se sabe, el artículo 16.8 del TRLIS, introducido por la Ley 36/2006, regula la entrada en el terreno de juego del ajuste secundario como regla de calificación independiente de las normas genéricas de interpretación y calificación dispuestas en la LGT. Se trata de un régimen específico que regula la calificación del exceso de renta que se pone de manifiesto tras la corrección valorativa en una operación vinculada cuyo valor convenido difiere del valor de mercado. Mi interés aumentó sobremanera cuando hice una lectura detenida del artículo 21bis del RIS, el cual, dicho sea de paso, tardó dos años en publicarse tras la entrada en vigor de la Ley 36/2006. El factor novedad siempre genera un reto en el estudio, pues se está ante un ámbito de análisis por explorar. A decir verdad la sola publicación del artículo 16.8 del TRLIS ya levantó severas críticas, las cuales se intensificaron con la entrada en vigor de su desarrollo reglamentario. Pero todavía hubo un factor que llamó más mi atención; y es la aprobación de una norma contable singular para las operaciones entre entidades de un mismo grupo.

Así pues, el hecho que la aprobación del desarrollo reglamentario de la normativa fiscal se hiciera esperar y que, durante este lapso de tiempo entrara en vigor la nueva normativa contable, hizo que la doctrina empezara a prestar atención a la cuestión, esperando ansiosa la culminación reglamentaria del artículo 16 del TRLIS, aunque a decir verdad, la publicación del anteproyecto de desarrollo reglamentario, así como una circular interna de la AEAT de 24 de abril de 2008, dejaban pocas dudas sobre la falta de acuerdo pacífico en determinados temas, siendo uno de ellos, sin duda, el relativo a la calificación fiscal y contable del diferencial de valor entre el precio acordado y el valor razonable o de mercado¹.

¹ En este mismo sentido se pronuncia LÓPEZ-HERMOSO AGIUS, J.C. en “El ajuste secundario” en la obra colectiva *Fiscalidad de los precios de transferencia – operaciones vinculadas*, (coord. Córdón Ezquerro, T.), CEF, Madrid, 2010, pp.729-730, quien concluye que “el tan ansiado y esperado desarrollo reglamentario del ajuste secundario vía reglamentaria contenido en el artículo

De la lectura del artículo 16.8 de TRLIS y del 21bis del RIS se intuía una generación de nuevos conflictos jurídicos que eran merecedores de un estudio con detenimiento. A mayor abundamiento, la nueva NRV 21^a del PGC no podía hacer otra cosa que avivar el debate y las ganas de focalizar el estudio sobre este tema. Muchos eran los flecos que esta regulación había dejado pendiente; tantos que, sin una interpretación oficial de los citados artículos, era fácil caer en contradicciones y navegar por el incierto universo de la inseguridad jurídica. Había un amplio abanico de efectos directos e indirectos que desplegaba la aplicación de ajuste secundario que era interesante estudiarlos.

El legislador español había querido ser de los pioneros en la regulación del ajuste secundario (piénsese que sólo nueve de los veintisiete Estados europeos miembros disponen en su legislación doméstica de una regulación expresa del ajuste secundario) y precisamente por ello creí adecuado prestarle atención. Además, tanto la OCDE como el Foro Conjunto Europeo Precios de Transferencia (EU JTPF), habían alertado de la cautela que deben tener los Estados al regular el ajuste secundario en tanto su aplicación es proclive a generar situaciones de doble imposición, las cuales debían ser, en la medida de lo posible, evitables. Curiosamente uno de los aspectos más criticables de la regulación española del ajuste secundario es precisamente la generación de situaciones de doble imposición.

Al tratarse de una materia reciente había pocos estudios académicos sobre la materia, algunos artículos y muy interesantes pero ninguna monografía y prácticamente nula jurisprudencia sobre el artículo 16.8 del TRLIS. Sí se ha contado con algunas, muy pocas, consultas de la DGT e interpretaciones de la norma contable a través de publicaciones del ICAC pero el material era realmente escaso. Sin embargo, lo que a primera vista hubiera podido parecer un escollo, no ha sido más que un aliciente para seguir avanzando en el trabajo. De hecho, este factor ha contribuido en el estudio de otras legislaciones extranjeras más avanzadas en la regulación de reglas de calificación específicas para transacciones vinculadas.

21 bis del RIS, según la nueva redacción aprobada por el Real Decreto 1793/2008, no sólo no ha clarificado en nada su regulación sino que, adicionalmente, va a provocar una fuerte litigiosidad, manteniéndose vivo y abierto el debate que había suscitado la regulación del ajuste secundario introducido en el artículo 16 de la LIS por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal”.

El objetivo del presente trabajo es claro: estudiar con profundidad todas las implicaciones que pueden derivarse del ajuste secundario, valorar la solución normativa destacando los aspectos criticables, y ofrecer, si cabe, una propuesta de regulación. Inevitablemente para la consecución de este cometido el estudio del Derecho comparado es decisivo, de suerte que debemos plantearnos si algunas de las soluciones allí ofrecidas podrían tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico y en qué medida; ello siempre con la intención de aportar un poco de luz a un tema tan nuevo como complejo. Digo complejo no tanto por la dificultad de su texto legal, sino más bien por las dimensiones que puede acarrear la aplicación del ajuste secundario.

Por lo que se refiere a la metodología empleada, se ha optado por un estudio valorativo y sistemático de las normas jurídicas, complementado con los artículos doctrinales sobre la materia, todos ellos relativamente recientes debido a la “juventud” de la norma objeto de análisis.

Por último merece la pena indicar cómo se ha llevado a cabo este estudio en cuanto a su estructura. El mismo se ha dividido en seis capítulos, todos ellos con un orden cronológico coherente con el cumplimiento del objetivo final.

- El primer capítulo es el más breve con diferencia, pero necesario para saber el punto de partida histórico de nuestra legislación en materia de ajustes en operaciones vinculadas.
- El segundo capítulo pretende centrarse en la relación entre la normativa contable y fiscal, pues es menester saber si se trata de dos regulaciones excluyentes o compatibles, y eso lo sabremos en la medida que se analicen sus esferas de aplicación.
- Una vez delimitada esta cuestión, el capítulo tercero estudia en profundidad los efectos directos e indirectos de la aplicación el ajuste secundario (cómo afecta al socio, a la sociedad, a los otros socios que no han intervenido en la transacción, las demás relaciones de vinculación detalladas en el apartado 3 del artículo 16 del TRLIS y la relación del ajuste secundario con el Derecho societario). En definitiva, se analizan

las implicaciones reales de la aplicación del ajuste secundario. Eso sí, siempre desde la perspectiva de la tributación directa.

- Una vez finalizada la afectación a las partes implicadas, siendo el socio minoritario también parte afectada, el capítulo cuarto pretende ir más allá en el estudio analizando las relaciones del ajuste secundario con otros regímenes fiscales que bien pudieran coincidir en determinados supuestos en cuanto a ámbito de aplicación (cómo interactúa el ajuste secundario con el régimen de valoración del artículo 15 del TRLIS, con el régimen retribución en especie y también con el de TFI).
- El quinto capítulo es uno de los más importantes, no en balde el estudio de cómo resuelven esta cuestión otras soberanías fiscales es imprescindible para efectuar un buen análisis de nuestra normativa. Se ha partido del estudio de uno de los países con más tradición en la regulación de precios de transferencia, Estados Unidos, quien ya en la década de los años sesenta su jurisprudencia se preguntaba acerca de la calificación del exceso de rentas. También el estudio se ha detenido en Europa; Francia y Alemania como países que regulan el ajuste secundario, teniendo en cuenta la inspiración que parece que nuestro legislador ha tomado de la normativa alemana. Por último, Italia como ejemplo de soberanía jurídica representativa de la mayoría de Estados europeos, al carecer de una norma de calificación.
- Como cierre del trabajo, se ha dedicado el capítulo sexto a proponer una solución jurídica que ofrezca mayores garantías de éxito que el actual modelo de ajuste secundario. Para sustentar dicha propuesta, el análisis tiene una doble vertiente. En primer lugar, se han resumido todas las críticas constructivas que han sido analizadas y estudiadas en los capítulos segundo, tercero y cuarto para poner de manifiesto la necesidad de plantearse una nueva regulación. Posteriormente se ha efectuado un estudio de Derecho comparado procurando analizar si las soluciones ofrecidas en las otras legislaciones extranjeras podrían ser introducidas en nuestro texto legal, para finalmente optar por una de ellas e implementarla en España pero con matices.

Finaliza el presente estudio con el obligado capítulo de conclusiones, algunas de ellas anticipadas ya desde el capítulo segundo, asumiendo que la situación procesal de la regulación del ajuste secundario está en una situación delicada, en tanto está a la espera que el TS dicte sentencia sobre si su regulación es o no contraria a nuestro ordenamiento jurídico. Se está pues ante un tema tan de actualidad como previsiblemente cambiante.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LOS AJUSTES EN MATERIA DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN LAS LEYES ESPAÑOLAS

1.- El origen en la regulación española de los precios de transferencia. Normativa previa a Ley 61/1978 del IS

Antes de abordar el estudio del ajuste secundario, introducido como novedad en nuestro Derecho positivo por la Ley 36/2006 de 29 de noviembre, de medidas de prevención del fraude fiscal, y aún a sabiendas que como ajuste autónomo carece de precedentes históricos en la legislación española, se sabe que el mismo se configura como un ajuste íntimamente ligado al ajuste primario (y también al ajuste bilateral), y precisamente por ello, se hace necesario un breve recorrido por nuestra legislación. En otras palabras, la finalidad de estas primeras líneas no es otra que la de situar al lector en el mapa de los ajustes extracontables mediante su evolución legislativa², de una manera no muy extensa, dada la ya nutrida existencia de monografías³ y artículos doctrinales cuyo objeto de estudio es precisamente la antigua regulación de los precios de transferencia. Sin embargo, se insistirá en aquellas posiciones doctrinales favorables a la recalificación del exceso de rentas ante una operación vinculada, como génesis de lo que a fecha de hoy es el ajuste secundario regulado en el artículo 16. 8 del TRLIS.

A su vez, es menester señalar que no es objeto de este primer capítulo elaborar un pensamiento crítico respecto los antiguos textos normativos o las posiciones doctrinales del momento, de suerte que los mismos ya han sido superados y sustituidos por una nueva regulación, la cual debe precisamente su existencia a la herencia de la normativa anterior. Por tanto, la finalidad de este primer capítulo no es otra que la puesta de manifiesto del pensamiento evolutivo que ha desembocado en la regulación vigente, la cual por supuesto, será ampliamente analizada en los capítulos posteriores.

² Por tanto, no es este un capítulo encaminado al análisis de otros aspectos fundamentales de la regulación de los precios de transferencia, tales como su evolución en cuanto a los métodos de valoración, supuestos de vinculación, las potestades de comprobación de la Administración, régimen sancionador, obligaciones de documentación, etc., sino exclusivamente orientado al estudio de la evolución de los ajustes extracontables.

³ Entre otras, cabe destacar la obra de la profesora ESTEVE PARDO, M. L. cuyo riguroso trabajo sobre el artículo 16.3 de la Ley 61/1978 del IS constituye una excelente fuente de estudio. (*Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996).

Para encontrar el primer antecedente normativo en relación a los precios de transferencia debemos remontarnos al año 1922, en concreto a la Disposición 5ª, regla 4ª, apartado b) de la Tarifa III de la Contribución sobre Utilidades de Riqueza Mobiliaria, en la que se señala que *“no se deducirán nunca de los beneficios los intereses exigidos por las empresas matrices extranjeras a sus filiales o sucursales establecidas en el Reino por razón de capitales invertidos por aquéllas en los negocios de éstas, ni por la contribución a los gastos de otro establecimiento, ni por ningún otro concepto análogo que permita reducir el beneficio obtenido en España”*⁴.

Como bien puede advertirse se trata básicamente de una norma de carácter antielusivo, no de valoración, con la única obsesión de que el Tesoro público no disminuyese recaudación como consecuencia de manipulaciones de precio entre sociedades extranjeras y sus filiales o establecimientos permanentes españoles. Obsérvese que en aquel entonces el único escenario posible era el de la inversión extranjera en territorio español, pero no al revés, de ahí que únicamente se contemplasen transacciones internacionales entre una matriz extranjera y una filial o sucursal española⁵. No será hasta la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del IS, en la que se toma en consideración, de una manera clara, las operaciones acaecidas entre dos partes vinculadas residentes en territorio español.

Hasta el año 1964, tal y como acertadamente señala GOTA LOSADA, la legislación durante ese período “se caracteriza por una agudización de las prevenciones fiscales respecto de las transacciones económicas entre las

⁴ Las palabras utilizadas por la profesora citada en la nota anterior para referirse a esta regulación serían, muy posiblemente, asumidas por la mayoría de la doctrina, en tanto surgen del sentido común. Así, la profesora ESTEVE PARDO considera esta regulación como “drástica” y “con formulaciones amplias y en absoluto matizadas”. De hecho, a mi entender, no podría decirse otra cosa, dado el impedimento general a la deducibilidad de dichos gastos. Poco importa si son o no justificables o su valor, por el mero hecho de ser pagados a una matriz extranjera, los mismos ya carecen de validez en tanto no se deducirán *nunca* de los beneficios. (*Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*, 1996, p. 63).

⁵ Interesantes datos aportan los autores ESCUDERO GUTIÉRREZ, E. y GUTIÉRREZ LOUSA, M. en relación al cambio de tendencia desde la entrada en vigor del Plan de Estabilización de 1959, a partir del cual se empezó a atraer importantes volúmenes de inversión extranjera. “Algunas consideraciones sobre la regulación de los precios de transferencia. Especial consideración de los métodos de valoración”, *IEF, Cuadernos de Formación. Colaboración* 30/10, vol. 11/2010, p. 91,

sociedades filiales españolas y sus matrices extranjeras”⁶, originada por una desconfianza absoluta en las operaciones en el seno de un mismo grupo⁷.

Sin movernos del terreno de la antielusión, y no siendo tampoco una norma de valoración, la Ley 41/1964, de 11 de junio, de Reforma del Sistema Tributario, supuso un tímido avance al racionalizar moderadamente la inflexibilidad de la antigua regulación, permitiendo la deducibilidad únicamente de aquellos gastos que fuesen “*absolutamente obligatorios y que su cuantía no pudiese considerarse anormal según los usos y costumbres comerciales*”. Tampoco en esta Ley se introdujo lo que en la actualidad se entiende como ajustes, pues, tal y como acertadamente comenta la profesora GARCÍA-HERRERA BLANCO, “se continuó con la tradicional política de negarles la condición de gasto deducible”⁸.

Con posterioridad, tres años más tarde, el Decreto 3359/1967, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto General sobre la Renta de Sociedades y demás Entidades Jurídicas, nos ofrece dos artículos directamente predecesores del artículo 16.3 de la Ley 61/1978 del IS, cuya redacción propició los primeros auténticos debates doctrinales acerca del régimen de operaciones vinculadas. En concreto, me refiero a los artículos 17.16 y 20.1 del citado Decreto, disponiendo el primero de ellos que “*las cantidades o intereses exigidos por las empresas matrices extranjeras a sus filiales españolas por razón de los capitales invertidos por aquéllas en los negocios de éstas o por contribución a los gastos de otro establecimiento, o por cualquier otro concepto análogo que permita reducir el beneficio de la filial, se considerarán como gastos deducibles, solamente cuando resulte justificada la causa de dichos pagos y las condiciones existentes pueden presumirse normales, habida cuenta de las especiales relaciones existentes entre el acreedor y el deudor. Tales condiciones habrán de ser, en su caso, acreditadas por el*

⁶ GOTA LOSADA, A., *Tratado del Impuesto sobre Sociedades*, Tomo II, Banco Exterior de España, Madrid, 1988, p. 353.

⁷ Véase la evolución legislativa acaecida en ese periodo brevemente comentada por el profesor GOTA LOSADA, en cuya monografía (*Tratado del Impuesto sobre Sociedades*, Tomo II, 1988, pp. 354-355) se reproduce el artículo 129 de la Ley de Reforma Tributaria de 26 de diciembre de 1957, la Orden Ministerial de 7 de febrero de 1958, así como el artículo 5 de la Ley 26 de diciembre de 1958; discurriendo toda esta normativa en la misma política antielusiva comentada, es decir, negando la deducibilidad de los pagos realizados en forma de participaciones en ingresos por las filiales españolas a sus matrices extranjeras.

⁸ GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, Ministerio de Hacienda, IEF, Madrid, 2001, p. 31.

contribuyente. También se considerará que existe dicha relación entre las entidades que según la norma anterior, sean filiales de una misma matriz”.

A su vez, se reproduce también el artículo 20.1 del citado Decreto 3359/1967, el cual negaba la deducibilidad *“de aquellas partidas que impliquen directa o indirectamente transferencia de beneficios al extranjero, sea valiéndose de aumento o disminución en los precios de compra o venta; de adeudos por participación o cánones sobre ingresos, gastos, producción o conceptos análogos en contraprestación de asistencia técnica, o de uso de patentes y marcas; de cargos por intereses o comisiones y de cualquier otro medio que conduzca a reducir el beneficio procedente de operaciones efectuadas en territorio español, ya a favor de la propia empresa en sus establecimientos permanentes situados fuera del citado territorio, de terceros con ella relacionados, de las filiales que se encuentren bajo su dependencia o de la matriz de la cual dependan”.*

Obsérvese dos aspectos de matiz no mencionados hasta este momento y por tanto, novedosos en cuanto a su terminología. Por primera vez se utiliza la palabra “normal” en contraposición con el término “anormal” empleado en la anterior normativa de 1964, pues no es lo mismo aceptar la deducibilidad de aquellos gastos que no pudiesen considerarse anormales, que aceptar la de aquéllos cuyas condiciones pactadas pueden presumirse normales. Por otro lado, también por primera vez, se introduce lo que será la “semilla” de la futura enumeración de supuestos de vinculación, dado que amplía la vinculación a aquellas filiales de una misma matriz.

A mi juicio, ambos artículos, aún en su estado incipiente y adoleciendo de severos defectos de concreción, marcan una clara tendencia de lo que será un aspecto clave en el desarrollo del régimen de operaciones vinculadas. Me refiero a la necesidad de aplicación de la normativa cuando las transacciones entre dos partes vinculadas supongan un perjuicio para las arcas del Tesoro en forma de reducción de la tributación. Como se sabe, este requisito ha sido ampliamente debatido a lo largo de la vigencia del mismo, el cual ha sido eliminado definitivamente en el actual artículo 16 del TRLIS, tras la redacción ofrecida por la Ley 36/2006 de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal. Sin embargo, a mi parecer, el matiz que nos ofrecen los artículos 17.16 y 20.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto General sobre la Renta de

Sociedades y demás Entidades Jurídicas de 1967, podría considerarse una suerte de génesis de lo que a futuro se plasmará de una manera más detallada en leyes ulteriores, tal y como se expresará posteriormente el artículo 16 de la Ley 43/1995, en virtud de la cual se entiende por perjuicio para la Administración Tributaria no sólo una tributación inferior la que hubiere correspondido de aplicar los valores normales de mercado sino también el diferimiento de impuestos.

Sea como fuere, antes de 1978 las normas reguladoras de las relaciones entre una matriz extranjera y su filial o sucursal española tenían un marcado carácter antielusivo, sin mención expresa a ningún ajuste extracontable de valoración, siendo la única vía aceptable la negación de gasto deducible.

2.- Ley 61/1978 del IS

2.1.- Redacción original. Tesis del ajuste unilateral *versus* tesis del ajuste bilateral. Análisis jurisprudencial

El panorama cambia radicalmente con la entrada en vigor de la Ley 61/1978, por cuanto se aprueba por vez primera, y aún con los innumerables defectos de técnica legislativa de los que adolece, una pretendida norma de valoración algo alejada de los tintes antielusivos tan pronunciados en la anterior etapa legislativa. Prueba de ello es la obligación de valorar a mercado las operaciones efectuadas entre partes vinculadas, aún cuando no exista perjuicio económico para la Hacienda Pública, dado que en ningún momento este extremo en concreto es mencionado a lo largo del articulado.

Fíjese cuánto interés había por parte del legislador en facilitar una auténtica norma de valoración, pues se incorpora una verdadera presunción *iuris et de iure* sin que los ajustes fiscales admitan prueba en contrario. En otras palabras, tal y como señala CORDÓN EZQUERRO, “no se discute la veracidad de las condiciones pactadas en las operaciones realizadas entre las partes vinculadas, sino que, simplemente se sustituyen los precios acordados por los precios teóricos de mercado”⁹. Si bien, precisamente por ello, cabe plantearse si, más

⁹ CORDÓN EZQUERRO, T., “El artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades: análisis crítico y alternativas de reforma”. *Cuadernos de Formación, IEF*, núm. 1/2006, pp. 7-8.

que una presunción *iuris et de iure*, acaso no se trate de una norma de valoración. En todo caso, como explica la profesora PITA GRANDAL¹⁰ las presunciones legales absolutas, las ficciones y las normas de valoración se integran dentro de la categoría genérica constituida por las técnicas de configuración jurídica de la realidad, es decir de las técnicas susceptibles de ser utilizadas por el legislador para crear su propia realidad jurídica.

Otro de los aspectos importantes que podrían destacarse de la Ley 61/1978 del IS, así como de su desarrollo reglamentario (artículo 39 del RD 2631/1982, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del IS) es su aplicación extensiva a operaciones realizadas entre dos partes¹¹ residentes, alejándose de la visión estrictamente internacional que se tenía del fenómeno de los precios de transferencia.

No obstante lo comentado en los expositivos anteriores, uno de los aspectos que más contribuyó a la generación de una interesante polémica fue precisamente el relativo al sentido de los ajustes. Conviene insistir que todavía en esa época el debate se centraba básicamente en la unilateralidad o bilateralidad de los ajustes, quedando todavía lejos la discusión entorno a la recalificación de rentas, cuya figura, como se sabe, está en la actualidad encuadrada bajo el ajuste secundario. Aún así, ya a principios de la década de los 80 hubo algún sector doctrinal que se pronunció acerca de la necesidad de recalificar los excesos de renta, tal y como se analizará a continuación.

2.1.1.- Tesis del ajuste unilateral

De la lectura del artículo 16.3 de la LIS de 1978 surge la duda acerca del sentido de los ajustes. Ciertamente, el apartado tres del citado artículo se configura como una excepción al cómputo de los ingresos y gastos por su valor

¹⁰ PITA GRANDAL, A., *La prueba en el procedimiento de gestión tributaria*. Ed. Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 1998, pp. 118-121.

¹¹ Es importante subrayar que el artículo 16.3 de la LIS de 1978 no precisaba si cuando se refería a socio-sociedad, su aplicación era extensiva a las personas físicas. No fue hasta la Ley 18/1991, de 6 de junio, de IRPF, en su artículo 8 que se zanjó la polémica doctrinal, dando entrada a las personas físicas como partes de una operación vinculada, enunciado la norma de valoración y remitiendo al contribuyente a la LIS. En concreto, el redactado del mencionado artículo señalaba lo siguiente: “*La valoración de las operaciones entre una sociedad y sus socios o consejeros o los de otra sociedad del mismo grupo, así como con los cónyuges, ascendientes o descendientes de cualquiera de ellos, se realizará por su valor normal en el mercado, en los términos previstos en el artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades*”.

contable, pues “cuando se trate de operaciones entre sociedades vinculadas, su valoración a efectos de este impuesto se realizará de conformidad con los precios que serían acordados en condiciones normales de mercado entre sociedades independientes”. Tal y como ya apuntó en aquella época la doctrina, en palabras de FALCÓN y TELLA, “del texto de la norma no resulta con claridad si esos ajustes fiscales producen efectos unilaterales o bilaterales”¹².

El ajuste unilateral supone efectuar la corrección valorativa a una sola de las partes intervinientes en la operación, aumentando así la base imponible de la sociedad cuya renta se ha visto reducida por haber pactado un precio que no se corresponde con el de mercado. A *sensu contrario*, el ajuste bilateral, tiene efectos sobre las dos partes intervinientes en la transacción, de suerte que la corrección al alza en una de las partes (aumentado sus ingresos o disminuyendo el gasto), supone la reducción de la base imponible de la otra sociedad (reduciendo el ingreso o incrementando su gasto).

En un principio, los defensores de la unilateralidad, tales como QUINTAS BERMÚDEZ¹³, sostenían el ajuste unilateral apoyándose en la naturaleza penalizadora del artículo 16.3 de la Ley 61/1978 del IS, entendiendo que, salvo en el caso de sociedades no residentes, el hecho de practicar un ajuste bilateral supondría dejar la base conjunta exactamente igual que resultaría de no practicar corrección alguna, lo cual no incentivaría a que las partes valorasen sus transacciones a valor de mercado, en tanto la comprobación administrativa no supondría ninguna consecuencia negativa.

Otros son los argumentos jurídicos que pretende avalar la tesis del ajuste unilateral, los cuales se sustentan en la literalidad de los artículos 99 y 120 del RIS de 1982 y su asimetría. A saber, mientras el artículo 99 del RIS, relativo a las “diferencias positivas de valoración” consideraba como ingresos computables aquellas diferencias positivas “*correspondientes a la aplicación de las reglas especiales de valoración en los casos de las operaciones vinculadas a la que se refiere el artículo 39 de este Reglamento*”, el artículo 120 del RIS

¹² FALCÓN y TELLA, R., “Comentario general de jurisprudencia. El carácter unilateral o bilateral de los ajustes fiscales en las operaciones vinculadas”, *Civitas Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 54, abril-junio 1987, p. 290.

¹³ QUINTAS BERMÚDEZ, J., “Las relaciones intergrupo en el Impuesto sobre Sociedades”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núms. 166-167, 1983, pp. 995-1.020.

regulador de las “diferencias negativas de valoración” no incluía ninguna partida resultante de la aplicación del ajuste por operaciones vinculadas; luego parece que no contemplaba la posibilidad de un menor ingreso o un aumento de gasto derivado de la aplicación del artículo 16.3 de la LIS de 1978. Así, y en palabras de PÉREZ ROYO, “del examen conjunto de estos preceptos, parece desprenderse que el criterio del Reglamento es favorable al ajuste unilateral: tomar en consideración las diferencias positivas de valoración, pero no las negativas”¹⁴.

A su vez, es interesante hacer mención a la visión más internacional de los precios de transferencia que se desprende del artículo de LAMOCA PÉREZ, en tanto asume la tesis del ajuste unilateral al considerar que la doble imposición que el mismo ajuste unilateral genera será meramente formal, debido a que la finalidad de los precios de transferencia no es otra que la de “traspasar beneficios de una sociedad con ganancias a otra con pérdidas”. Siendo ello así, este doble gravamen quedaría en palabras del autor “enjugado con la compensación de pérdidas preparada por la sociedad receptora”. Curiosa es la reflexión del autor que textualmente concibe de “ilógica e irresponsable” la idea de “transferir beneficios a una sociedad sin pérdidas dentro de una misma soberanía fiscal homogénea, pues entonces, operaría en toda su dureza el doble gravamen”¹⁵.

Superado este debate acerca de la naturaleza sancionadora implícita del ajuste unilateral, otro sector minoritario, encabezado básicamente por la profesora COMBARROS VILLANUEVA, y seguida más tarde por las profesoras AGULLÓ AGÜERO y ESTEVE PARDO, asume la misma tesis del ajuste unilateral pero se aleja de la finalidad penalizadora de la norma y sustenta su argumentación en la que, a juicio de la profesora, es la verdadera finalidad del artículo 16.3 de la LIS de 1978, que no es otra que la de “someter a tributación el beneficio de

¹⁴ PÉREZ ROYO, F., “Sobre los ajustes por operaciones vinculadas (Resolución del TEAC de 10 de septiembre de 1986)”, *Crónica Tributaria*, núm. 56, 1986, p. 271. Dos años antes, VÁZQUEZ CANALES en el análisis que realiza de los artículos 88 al 125 del RIS de 1982, también realizaba una afirmación parecida, pues de la lectura de ambos artículos no queda duda que se está “silenciando la posibilidad de disminuir tal base con correcciones negativas”, “Comentarios de los artículos 88 al 125 del RD 2631/1982 por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades”, en AA. VV. *Impuesto sobre Sociedades: Comentarios al Reglamento* (coord. Mantero Sáenz, A.), Escuela de Inspección Financiera y Tributaria, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1984, pp. 121-153.

¹⁵ LAMOCA PÉREZ, C., “Aportaciones no dinerarias entre sociedades vinculadas”, *Gaceta Fiscal*, núm. 58, 1988, pp. 191-192.

cada una de las sociedades, incluyendo también las transacciones realizadas entre las mismas”. Esta reflexión de la autora es profundamente interesante, de suerte que nos lleva al inicio del debate entorno a lo que hoy se conoce como ajuste secundario. La profesora COMBARROS VILLANUEVA va más allá al afirmar que “el objetivo del artículo 16 en sus apartados 3 a 5 no es otro que el de introducir claridad en las relaciones entre sociedad y socios con el objeto de calificarlas y someterlas a imposición de acuerdo con la verdadera *naturaleza* jurídica y económica de los hechos”. Obsérvese que precisamente el término “naturaleza” forma parte del vigente texto regulador del ajuste secundario en el artículo 16.8 del TRLIS, en virtud del cual nace la obligación de calificar las rentas transferidas según su verdadera naturaleza ¹⁶. También QUINTAS BERMÚDEZ¹⁷ apostó por entender la aplicación de la norma de operaciones vinculadas cuando el valor convenido difiere del de mercado con independencia de la voluntad elusiva del contribuyente.

También NAVAS VÁZQUEZ¹⁸, y a pesar de no ser partidario de la tesis del ajuste unilateral, sostiene que la cuestión determinante reside en averiguar cuál es la verdadera operación oculta y hacerla tributar según su naturaleza. Al igual que SIMÓN ACOSTA¹⁹, su percepción parte de una tesis subjetiva, de suerte que la aplicación de la normativa responde a supuestos de fraude de ley. Tal y como sugiere la profesora ESTEVE PARDO²⁰, ello supone un avance significativo, dado que se empieza a pensar en que el debate acerca de la unilateralidad o bilateralidad de los ajustes no resuelve el problema de los precios de transferencia, de suerte que siguen existiendo transferencias de rentas de una parte a favor de la otra que deben tributar conforme a su verdadera naturaleza.

¹⁶ COMBARROS VILLANUEVA, V. E., “Precios de transferencia y ajustes extracontables (comentarios a las resoluciones del TEAC de 10 de septiembre de 1986 y 3 de febrero de 1987)”, *CISS Comunicación*, núm. 58, mayo 1988, p. 62.

¹⁷ QUINTAS BERMÚDEZ, “Las relaciones intergrupo en el Impuesto sobre Sociedades”, 1983, pp. 995-1.020.

¹⁸ NAVAS VÁZQUEZ, R., “La valoración de operaciones entre sociedades vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades”, *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 55, 1987, p. 469.

¹⁹ SIMÓN ACOSTA, E., “Fraude de Ley y economías de opción” en AA. VV. *Cuestiones Tributarias prácticas*, Ed. La Ley, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 128-142.

²⁰ ESTEVE PARDO, *Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*, 1996, p. 99.

En este sentido, la profesora COMBARROS VILLANUEVA conecta la necesidad de gravar las verdaderas ventajas patrimoniales obtenidas por el socio con el ajuste unilateral. De hecho, la autora entiende que la única forma de gravar estas operaciones es mediante la imposición del ajuste unilateral, existiendo en caso contrario, es decir, en caso de aplicación del ajuste bilateral, “un trato de favor injustificado respecto los socios que perciben dividendos con arreglo al Derecho societario”²¹. Así pues, la mencionada profesora defiende que únicamente en sede de la sociedad (no el socio) debe practicarse el ajuste fiscal, aumentando su base imponible, sin perjuicio del tratamiento fiscal de debe recibir el socio por la ventaja patrimonial recibida, tal como un dividendo encubierto²². Exactamente en la misma línea se postula la profesora AGULLÓ AGÜERO quien de forma muy clarificadora argumenta que únicamente el ajuste unilateral es el mecanismo de corrección que evita la evasión fiscal; de lo contrario, es decir, si se reduce la base imponible de la otra parte afectada mediante un ajuste bilateral se estaría eliminando la ventaja fiscal que efectivamente el socio sí ha percibido²³.

2.1.2.- Tesis del ajuste bilateral

Los defensores del ajuste bilateral vieron como el TEAC no sólo lanzó una lanza a favor del doble sentido en el que debe discurrir el ajuste fiscal, sino que detalló una serie de argumentos sobre los que fundamentó su posición²⁴,

²¹ COMBARROS VILLANUEVA, “Precios de transferencia y ajustes extracontables (comentarios a las resoluciones del TEAC de 10 de septiembre de 1986 y 3 de febrero de 1987)”, 1988, p. 62. Véanse los mismos argumentos esgrimidos por la misma autora de forma más extensa en su monografía *Régimen tributario de las operaciones entre sociedades vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, pp. 19-49.

²² También ESTEVE PARDO comparte esta visión (*Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*, 1996, p. 99).

²³ Sigue la profesora AGULLÓ AGÜERO, A., (“Operaciones vinculadas” en *Estudios sobre el Impuesto de Sociedades*, dirigido por Yebra Martul – Ortega, P., García Novoa, C. y López Díaz, A. Ed. Comares, 1998, p. 173) sosteniendo que el socio no tuvo un gasto superior al contabilizado, sino un gasto real y contabilizado, a la vez que un beneficio. Así, en palabras de la autora, “si se rectifica su base imponible eliminando ese beneficio, se le está confiriendo una ventaja fiscal que carece absolutamente de justificación” (...) “Es la operación comercial, no la ficción legal, la que tiene carácter bilateral. La ficción legal, en la medida en que sólo pretende evitar la elusión fiscal, corrige exclusivamente el aspecto de la operación que implica una evasión defraudatoria. Y ello implica recalificar la totalidad de la operación –como distribución encubierta de beneficios– y realizar el correspondiente ajuste unilateral.”

²⁴ Muy gráfica y ocurrente me parece la expresión utilizada por el autor PLAZA VILLASANA, L. (“El ajuste de las operaciones vinculadas”, *Gaceta Fiscal*, núm. 56, junio 1988, p. 247) quien entiende que las resoluciones del TEAC constituyen “una especie de Evangelio de los bilateralistas.”

postura que fue rápidamente rebatida por el sector doctrinal favorable al ajuste unilateral.

Sin embargo, antes de entrar en los argumentos esgrimidos por la jurisprudencia administrativa, y en aras a seguir el orden cronológico de los hechos, el sector doctrinal que ya con la LIS de 1978 abogaba por entender el sentido bilateral de los ajustes en las operaciones vinculadas, encontró su apoyo en el Dictamen del Consejo de Estado al artículo 39 del RIS de 1982, en cuyo redactado original se establecía un precepto que señalaba que la valoración legalmente establecida entre partes vinculadas se realizará *“siempre que ello determine un mayor ingreso o menor gasto respecto de los reflejados en la Contabilidad”*. A su vez, y con la finalidad de que el texto reglamentario reflejase con más claridad la bilateralidad de los ajustes, el Consejo de Estado propuso en su informe que se incluyese un nuevo apartado cuya literalidad señalase que *“cuando en virtud de lo dispuesto en este artículo proceda rectificar la valoración reflejada en la contabilidad de una sociedad, se practicará al mismo tiempo en la vinculada la rectificación correspondiente”*. Obsérvese como ambos apartados, el existente en la redacción original y el propuesto por el Consejo de Estado, son tan claros como contradictorios, y quizás precisamente por ello, finalmente el Gobierno optó por no incluir ninguno de los dos, lo cual, a mi juicio, no hizo sino aumentar la inseguridad jurídica y propiciar más debate doctrinal. De hecho, los defensores del ajuste bilateral interpretaron la supresión del inciso que constaba en el redactado original como una puerta de entrada al ajuste bilateral, mientras que los unilateralistas siguieron defendiendo que la no alteración de los artículos 99.1 y 120 del RIS de 1982 antes comentados avalaban la postura del ajuste unilateral.

Sea como fuere, las resoluciones del TEAC de 10 de septiembre de 1986 y de 3 de febrero de 1987, de cuyos fundamentos jurídicos no puede negarse su contundencia, pudieron ser la antesala, a mi juicio, que propició un nuevo cambio legislativo en 1991 adoptando una tesis intermedia, como más adelante se expondrá. De hecho, hasta esa fecha, la ambigüedad del texto era tal que la Administración Tributaria interpretaba el artículo 16.3 de la LIS de 1978 en clave unilateralista, de conformidad con lo establecido en el artículo 99 del RIS, mientras que las mencionadas resoluciones discurrían en un sentido totalmente opuesto.

De los argumentos esgrimidos por el TEAC, tres han sido los que más ampliamente han sido comentados por la doctrina.

En primer lugar, el TEAC tiene en cuenta el redactado de la Memoria del proyecto de Ley del Impuesto sobre Sociedades, en cuyo texto se hace expresa mención a las “operaciones” acaecidas entre una sociedad y sus socios, las cuales deben ser valoradas de acuerdo con los precios que serían acordados en condiciones normales de mercado entre dos sociedades independientes, valorándose los ingresos y los gastos “en más o en menos”. Precisamente el hecho que con la anterior regulación únicamente se permitiese la no deducibilidad de los gastos y en cambio, la Memoria haga referencia a “ingresos y gastos” permite al Tribunal afirmar que las rectificaciones de los valores contables pueden afectar tanto a ingresos como a gastos, pues una “operación” es siempre una transacción llevada a cabo por dos partes, luego los ajustes deben afectar a las dos entidades contratantes.

En este sentido, existe una manifiesta incongruencia acaecida en el propio razonamiento del TEAC detectada por la doctrina, y muy especialmente bien enfocada por el profesor PÉREZ ROYO, quien, a mi juicio, acierta en poner de relieve que precisamente el texto de la Memoria, parcialmente reproducido, cuando señala que “los ingresos y los gastos se valorarán en más o en menos, respectivamente, sobre su registro contable”, lo único que puede inferirse de tal afirmación es que los ajustes fiscales sólo podrán ser positivos, aumentando los ingresos o disminuyendo los gastos.

A mayor abundamiento, sigue el autor su discurso realizando una apreciación muy cierta, y es que “el ajuste puede perfectamente ir referido a ingresos y gastos, y sin embargo, tener carácter unilateral”, de suerte que son dos conceptos no opuestos sino complementarios²⁵.

En segundo lugar, y como argumento estrella de los bilateralistas, sigue el TEAC, “*los ajustes unilaterales es cierto que eliminan el posible fraude o elusión fiscal, pero a costa de producir inexorablemente doble imposición*”, en tanto una parte ve incrementada su base imponible en aplicación del valor de mercado

²⁵ PÉREZ ROYO, “Sobre los ajustes por operaciones vinculadas (Resolución del TEAC de 10 de septiembre de 1986)”, 1986, p. 270.

pero la otra sigue tributando según el valor convenido sin poder disminuir el ingreso o aumentar el gasto ocasionado por la transacción vinculada.

Es precisamente en este punto en el que merece la pena hacer una reflexión, puesto que el argumento que sirve de base a una parte de la doctrina que defiende el ajuste unilateral para rebatir el argumento relacionado con la doble imposición, nace íntimamente ligado con la ventaja patrimonial obtenida por el socio. En concreto me estoy refiriendo de nuevo a la doctrina encabezada por la profesora COMBARROS VILLANUEVA²⁶ y a su vez, seguida también por las profesoras AGULLÓ AGÜERO²⁷ y ESTEVE PARDO²⁸. En este punto, las tres docentes asumen que el ajuste bilateral desvirtuaría el hecho que el socio deba tributar por la ventaja patrimonial obtenida. En otras palabras, el mayor ingreso que reside en manos del socio configura justamente la ventaja patrimonial que debe someterse a gravamen. De hecho, la profesora ESTEVE PARDO en su monografía del año 1996, en relación al análisis que efectúa de la LIS de 1978, utiliza el vocablo “ajuste secundario” prácticamente como sinónimo de lo que debería entenderse por ajuste bilateral, de hecho, la autora únicamente concibe la bilateralidad del ajuste como ajuste de recalificación, esto es, ajuste secundario. Es clarificador reproducir sus palabras, por cuanto señala que “si en alguna medida cabía en este ámbito hablar de ajuste *bilateral* era en relación a la calificación jurídica de la operación que, efectivamente, debía hacerse a ambas sociedades, ajuste también denominado *secundario*²⁹”.

Este argumento se sustenta sobre la base de equiparar el sobreprecio que ha satisfecho el socio con el dividendo obtenido, luego debe ser una renta tributable. En este sentido, la profesora COMBARROS VILLANUEVA contrapone la tributación que supone la recepción de un dividendo regular *versus* la obtención de una ventaja patrimonial a través de un sobreprecio convenido en una operación vinculada por razón de su relación societaria. Si el dividendo

²⁶ Véase COMBARROS VILLANUEVA, *Régimen tributario de las operaciones entre sociedades vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, 1988, pp. 33-40 y “Precios de transferencia y ajustes extracontables (comentarios a las resoluciones del TEAC de 10 de septiembre de 1986 y 3 de febrero de 1987)”, mayo 1988, pp. 58-67.

²⁷ AGULLÓ AGÜERO. “Operaciones vinculadas”, 1998, pp. 167-177.

²⁸ ESTEVE PARDO, *Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*, 1996, pp. 87 y ss.

²⁹ ESTEVE PARDO, *Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*, 1996, p. 104.

percibido se integra en la base imponible del socio, la ventaja patrimonial obtenida por el socio también, de lo contrario, señala la profesora, se estaría otorgando “un trato de favor injustificado respecto los socios que perciben dividendos con arreglo al Derecho societario y se integran en la base imponible^{30/31}”.

Por tanto, la doble imposición se concibe como una consecuencia, no sólo inevitable sino necesaria del ajuste unilateral^{32 / 33}, por cuanto no sólo la sociedad debe integrar en su base imponible la renta real percibida (aumentando sus ingresos o reduciendo sus gastos), sino que el socio que efectivamente ha recibido un beneficio extra también debe tributar por el mismo, y qué mejor forma de hacerlo que negarle la posibilidad de realizar un ajuste bilateral.

Por supuesto, estos planteamientos han quedado ampliamente superados en la actualidad, en tanto el ajuste bilateral forma parte de una norma de valoración, junto con el ajuste primario, y el ajuste secundario es una verdadera norma de calificación de rentas³⁴. Si bien es cierto que existe una conexión muy estrecha

³⁰ COMBARROS VILLANUEVA, “Precios de transferencia y ajustes extracontables (comentarios a las resoluciones del TEAC de 10 de septiembre de 1986 y 3 de febrero de 1987)”, mayo 1988, p. 64.

³¹ De hecho, la citada profesora va más allá afirmando que “la doble imposición no sólo es una consecuencia ineludible del ajuste unilateral sino, que además, podría decirse que es la finalidad del artículo 16.3 de la LIS, cuyo objetivo es gravar la renta “real” de la sociedad y el beneficio, también real del socio”. “Precios de transferencia y ajustes extracontables (comentarios a las resoluciones del TEAC de 10 de septiembre de 1986 y 3 de febrero de 1987)”, mayo 1988, p. 64.

³² Es más, las profesoras ESTEVE PARDO (*Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*, 1996, pp. 109-110) y AGULLÓ AGÜERO (“Operaciones vinculadas” 1998, pp. 173-174) conciben como un error la consideración del ajuste unilateral como el culpable de la doble imposición económica, cuando, de hecho, ésta tiene su origen en la estructura misma del Impuesto sobre Sociedades, de ahí la necesidad de entender que ante una distribución encubierta de beneficios también deberían ser aplicables los mecanismos para evitar la doble imposición previstos en nuestra normativa interna.

³³ En este sentido, merece la pena traer a colación las palabras del profesor QUINTAS BERMÚDEZ, quien ya en el año 1983 sostenía que “el argumento de la doble imposición no justifica, por sí solo, el ajuste bilateral, ya que, de ser así, también debiera aplicarse a las liberalidades”, “Las relaciones intergrupo en el Impuesto sobre Sociedades”, 1983, p. 1007.

³⁴ Así lo manifiesta el párrafo 4.66 de las Directrices de la OCDE aplicable en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias en su edición de julio 2010. Concretamente se señala que “los ajustes correlativos no son los únicos ajustes que pueden producirse como consecuencia de un ajuste primario de precios de transferencia. Los ajustes primarios de un precio de transferencia y sus ajustes correlativos modifican la atribución de beneficios imposables dentro de un grupo multinacional a efectos fiscales, pero no alteran el hecho de que el excedente de beneficios correspondiente al ajuste no es compatible con el resultado que se hubiera obtenido si las operaciones vinculadas se hubieran realizado en condiciones de plena

entre ambas normas, cada una tiene su marco de actuación, que es lo mismo que afirmar que no puede subsumirse el ajuste bilateral en el secundario o considerarlos sinónimos. Aún así, creo que no sería justo efectuar un análisis crítico sobre la postura unilateralista de hace más de tres décadas, por cuanto en ese momento sí tenía sentido su planteamiento.

Por último y como tercer argumento sustentado por la jurisprudencia administrativa, concretamente por la resolución del TEAC de 3 de febrero de 1987, se refiere al ajuste bilateral propugnado por el artículo 9.2 del MC OCDE. A este respecto, la doctrina crítica con el ajuste bilateral, como la profesora COMBARROS VILLANUEVA³⁵, entiende que no puede compararse el propósito del artículo 9.2 del MC OCDE de eliminar la doble imposición procurando que cada país tribute por su beneficio real, con el artículo 16.3 de la LIS de 1978, cuya eliminación de la doble imposición no siempre se consigue en operaciones internas, por cuanto cada sociedad puede tener pérdidas o deducciones pendientes de compensar, lo que negaría el efecto neutral del ajuste bilateral.

En la misma corriente doctrinal podemos encontrar a la profesora ESTEVE PARDO quien en su monografía de 1996 iba más allá al entender que de la lectura del MC OCDE no puede inferirse una clara apuesta por el ajuste bilateral, sino más bien un acuerdo no sólo respecto la corrección de valoración de la operación, sino también en relación a su calificación, sometiendo a gravamen la operación en virtud de su verdadera naturaleza jurídica. En otras palabras, la profesora ESTEVE PARDO³⁶, y aún sin contar hace dos décadas con una regulación interna en nuestro Derecho positivo del ajuste secundario, ya entendía que su aplicación era necesaria, en tanto concebía la corrección del beneficio como una cuestión “indisociable”, según sus propias palabras, de la calificación de la operación³⁷.

competencia”. De ahí, que algunas legislaciones prevean una regulación específica para esta cuestión.

³⁵ COMBARROS VILLANUEVA, “Precios de transferencia y ajustes extracontables (comentarios a las resoluciones del TEAC de 10 de septiembre de 1986 y 3 de febrero de 1987)”, 1988, pp. 64-67.

³⁶ ESTEVE PARDO, *Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*, 1996, pp. 118-120.

³⁷ Como nota complementaria para cerrar este epígrafe, señalar que el profesor FALCÓN y TELLA ya alertó por aquél entonces de cuestiones tan importantes como la imposibilidad de practicar el ajuste bilateral si ha transcurrido el plazo de prescripción. “Comentario general de

En suma, una vez expuestas ambas tesis³⁸, es menester señalar que la Administración Tributaria, así como el legislador, siempre optó por el ajuste unilateral. De hecho, no satisfechos del todo con que el RIS no se hubiese proclamado a favor del ajuste bilateral, se aprobaron otros textos legales³⁹ que insistían en la defensa a ultranza del ajuste unilateral. Sin embargo, tal y como se ha señalado, el TEAC, y más tarde la jurisprudencia ordinaria⁴⁰, se decantaron claramente por el ajuste bilateral.

2.1.3.- Tesis mixtas

A continuación, de manera muy breve y en orden cronológico, se apuntarán las tesis intermedias que surgieron tras la aprobación del RIS de 1982, las cuales delimitan supuestos de aplicación del ajuste unilateral o bilateral.

A) Tesis del ajuste bilateral como un derecho

El profesor DELGADO GÓMEZ en 1984 diferenció los ajustes bilaterales y unilaterales en función de su naturaleza como derecho u obligación. Así, mientras el ajuste unilateral (positivo) es una obligación exigible durante el período de prescripción del impuesto⁴¹, el ajuste bilateral (negativo) se configura

jurisprudencia. El carácter unilateral o bilateral de los ajustes fiscales en las operaciones vinculadas”, 1987, pp. 292-293.

³⁸ Inclusive, el profesor SANZ GADEA defendió la tesis del ajuste bilateral esgrimiendo un argumento jurídico sustentado sobre el artículo 31.1 de la CE, el cual prohíbe que el sistema tributario tenga alcance confiscatorio. Según el citado profesor, gravar bases impositivas inexistentes implica precisamente confiscación. Reproduciendo sus palabras, “en sentido general, el ajuste unilateral no provoca confiscación. Sin embargo, en la medida en que el ajuste unilateral determina, en el conjunto de las entidades que intervienen en el supuesto de vinculación, una base imponible artificial (igual al montante del ajuste aumentativo), tal vez se esté dando un cierto efecto confiscatorio”. “Operaciones entre sociedades vinculadas”, *Impuesto sobre Sociedades, Comentarios y casos prácticos*, Tomo I, CEF, 3ª ed., septiembre 1991, p. 341. (La edición más reciente de este manual es de septiembre de 2004, con el mismo título y editorial, 4ª ed., estudiándose el régimen de operaciones vinculadas en el Tomo II, pp. 901-1.050). En el caso que nos ocupa, y tomando en consideración que se trata de un capítulo histórico, era la edición de 1991 a la que en concreto me quería referir).

³⁹ Entre otros, cabe mencionar la Ley 9/1983, de 13 de julio, de PGE para 1983. En su artículo 31 se matizan los incentivos fiscales previstos en los artículos 15.8 y 26 de la LIS a los grupos de sociedades en régimen de tributación consolidada. Concretamente se establece que “*las correcciones resultantes de la regla anterior no podrán utilizarse para reducir la base imponible del grupo o de las empresas vinculadas*”.

⁴⁰ Véase STS de 23 de mayo de 1989 y STS de 30 de noviembre de 1989.

⁴¹ Son numerosos los autores que se han ocupado de estudiar la prescripción tributaria. Centrándonos en las monografías más conocidas, podemos citar en la doctrina española a FALCÓN y TELLA, R. *La prescripción en materia tributaria*, Ed. La Ley, Madrid, 1992; y en la doctrina italiana a COPPA, D. *La prescrizione del credito tributario*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2006.

como un derecho, el cual puede ser renunciable. Bajo esta premisa, el citado profesor concibió dos situaciones con soluciones jurídicas distintas.

Así, si las sociedades vinculadas, habiendo convenido un valor en la operación que difiere del valor de mercado y pudiendo efectuar un ajuste en sus declaraciones del impuesto no lo hicieron, ante una comprobación, la Administración únicamente tendrá la obligación de aumentar la base imponible de una sociedad, dado que la otra parte ya renunció a su derecho de disminuir su base tributable al no practicar ningún ajuste en la declaración que presentó, asumiendo en estos escenarios la tesis del ajuste unilateral. *A sensu contrario*, si las sociedades han practicado correctamente los ajustes y con posterioridad ante un procedimiento de comprobación surge una discrepancia en cuanto a la valoración de la transacción declarada, pueden ajustarse nuevamente las valoraciones en las sociedades intervinientes en la operación, de suerte que surge un nuevo derecho tanto para la Administración como para ambas sociedades, pudiendo por tanto practicar al ajuste bilateral⁴².

B) Tesis del artículo 16.3 de la LIS como protección a los intereses de la Hacienda Pública

La consecuencia de la postura del profesor PÉREZ ROYO, defendida y argumentada en un artículo de 1986, es muy parecida a la comentada por el profesor DELGADO GÓMEZ, aunque el razonamiento de base es distinto. Su discurso se basaba en entender que la única manera de proteger eficientemente los intereses de la Hacienda Pública era asumir que las sociedades afectadas por la transacción estaban obligadas a aplicar los criterios establecidos en el artículo 16.3 de la LIS. Siendo ello así, los sujetos pasivos debían incluir en sus declaraciones ajustes positivos y negativos.

Si ello no sucede así, el autor no da por buena la protección de la Hacienda Pública, de manera que, ante una posterior comprobación respecto una operación en la que las sociedades no han ajustado su valor, el ajuste aplicado por la Administración debe ser únicamente positivo, de lo contrario, la

⁴² DELGADO GÓMEZ, A., “Comentarios de los artículos 35 al 66 del RD 2631/1982 por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades”, en AA. VV. de *Impuesto sobre Sociedades: Comentarios al Reglamento* (coord. Mantero Sáenz, A.), Escuela de Inspección Financiera y Tributaria, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1984, p. 58.

normativa sería ineficaz para evitar comportamientos elusivos, impidiendo así al sujeto pasivo que inste a una rectificación de su propia autoliquidación⁴³.

Acertada me parece la reflexión que años más tarde hizo la profesora ESTEVE PARDO⁴⁴ sobre la postura doctrinal del profesor PÉREZ ROYO, por cuanto no es viable asumir la posición del citado autor sin antes concebir el ajuste unilateral como una suerte de penalización, de lo contrario, sí se permitiría la rectificación de la autoliquidación e instar un ajuste negativo a la Administración.

C) Tesis de la inversión de la carga de la prueba

En 1987 el profesor NAVAS VÁZQUEZ⁴⁵ se muestra de acuerdo con la consecuencia alcanzada por el profesor PÉREZ ROYO. Sin embargo, su razonamiento parte de una premisa diferente relacionada con el concepto de fraude de ley y la carga de la prueba.

De forma sucinta, la argumentación del autor se base en entender que existirá fraude de ley siempre que haya una valoración anormal en una operación vinculada y las partes no hayan actuado de una forma respecto la cual se deduzca la inexistencia de propósito elusivo. Así, según el autor, el mero hecho de presentar las declaraciones del impuesto habiendo practicado los correspondientes ajustes (positivo y negativo) debe considerarse una actuación excluyente de la voluntad de eludir. Por el contrario, si las partes no han realizado acto alguno que les aleje de posiciones elusivas, tales como presentar la declaración efectuando las correspondientes correcciones valorativas, ante una comprobación administrativa, únicamente sería aceptable la aplicación del ajuste unilateral, por cuanto la actitud de las partes (por omisión) ha puesto de manifiesto una voluntad elusiva.

⁴³ PÉREZ ROYO, "Sobre los ajustes por operaciones vinculadas (Resolución del TEAC de 10 de septiembre de 1986)", 1986, pp. 274-275. En este sentido, es interesante destacar que el citado autor concibe el ajuste de valoración en una doble vertiente, directamente en la contabilidad, tal y como preveía el artículo 41.3 del RIS de 1982 o extracontablemente, haciendo alusión a los artículos 99.2 y 120.2 del RIS 1982.

⁴⁴ ESTEVE PARDO, *Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*, 1996, pp. 97-98.

⁴⁵ NAVAS VÁZQUEZ, "La valoración de operaciones entre sociedades vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades", 1987, pp. 459-473.

Obsérvese como el razonamiento del autor era simple y llanamente una inversión de la carga de prueba a la que refería el artículo 24.2 de la LGT 230/1963, según el cual para aplicar la norma eludida debía demostrarse la intención de elusión. A juicio del mencionado profesor, el artículo 16.3 de la LIS 1978 se aplicaba cuando quedaba claro que había habido voluntad elusiva, siendo la Administración la única competente para aplicarlo en sentido unilateral.

De nuevo la profesora ESTEVE PARDO⁴⁶ acierta, a mi juicio, cuando se muestra crítica respecto la teoría del profesor NAVAZ VÁZQUEZ, argumentado que si precisamente es la normativa de operaciones vinculadas, como norma eludida, la que debe ser de aplicación en casos de fraude de ley, su aplicación debería realizarse con todas sus consecuencias, pues afirmar lo contrario sería tanto como otorgarle la naturaleza de norma sancionadora cuando es la Administración quien efectúa la comprobación.

A modo de resumen podría concluirse que los tres autores dan por buena la aplicación del ajuste bilateral cuando son las partes implicadas las que efectúan el ajuste en su propia declaración del impuesto, pero únicamente asumen el ajuste unilateral ante un procedimiento de comprobación, negando a la Administración la obligación de comprobar en sentido contrario a la otra sociedad afectada, así como impidiendo también la solicitud de rectificación por parte del sujeto pasivo.

En conclusión, habiendo visto la inseguridad jurídica que provocaba la redacción original del artículo, el mismo podría tildarse claramente de insuficiente e insatisfactorio, motivo por el cual el legislador propició un cambio normativo al redactado del artículo 16.3 de la LIS.

2.2.- Redacción otorgada por la DA 5ª de la Ley 18/1991 del IRPF

Precisamente por la inseguridad jurídica que generaba la antigua redacción, el legislador optó por modificar el redactado zanjando alguno de los temas más

⁴⁶ ESTEVE PARDO, *Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*, 1996, p. 97.

controvertidos, entre ellos, el sentido de los ajustes fiscales. Debería matizar esta afirmación, pues a juzgar por la controversia presente entre la doctrina, es evidente que el legislador, aún cuando tuvo la intención de dirimir la polémica, no lo hizo, de ahí la existencia de posturas contrapuestas también respecto la nueva redacción del artículo 16.3 de la LIS de 1978.

La DA 5ª de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF, introdujo un segundo párrafo al artículo 16.3 de la LIS que textualmente decía: “*Cuando la Administración deba proceder, fuera del plazo voluntario de declaración, a ajustar la valoración de las operaciones entre sociedades vinculadas, el ajuste no podrá suponer minoración de ingresos ni incremento de gastos o de costes para ninguna de las partes.*”

A la luz del redactado reproducido, siguió un intenso debate doctrinal que permanecía anclado en esclarecer la misma cuestión que antaño, a saber, la unilateralidad o bilateralidad del ajuste a practicar. En este sentido, vuelve a polarizarse la polémica doctrinal por cuanto siguen existiendo dos posturas contrapuestas en cuanto a la interpretación que suscita en párrafo añadido al artículo 16.3 de la LIS de 1978.

La postura a favor del ajuste bilateral⁴⁷ entiende esta nueva redacción del artículo 16.3 de la LIS de 1978 como una tesis intermedia adoptada por el legislador. De la lectura del párrafo añadido qué duda cabe que cuando sea la Administración quien fuera de plazo voluntario ajuste la valoración, solamente podrá aplicar el ajuste unilateral. Ahora bien, por el contrario, en período de

⁴⁷ Entre otros, *vid.* SANZ GADEA, E., *Impuesto sobre Sociedades: Comentarios y casos prácticos*, Tomo I, 1991, p. 378; NAVAS VÁZQUEZ, en AA. VV., *Manual del sistema tributario español*, (coord. García Añoveros, J.), Ed. Civitas, Madrid, 1993 (la última edición es del año 2.000, 8ª ed. Sin embargo lo que interesaba en este epígrafe es hacer alusión a los estudios doctrinales de la época a la que se está refiriendo el presente epígrafe), p. 215; PÉREZ ROYO F., “Las operaciones vinculadas en el IRPF”, *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y a la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio. Homenaje a Luís Mateo Rodríguez.*, (coord. Simón Acosta, E.), Ed. Aranzadi, 1995, p. 130; LÓPEZ-TELLO y DÍAZ-AGUADO, L., “Operaciones vinculadas” en *Comentarios a las Leyes Tributarias* (coord. Cruz Amorós, M.), Tomo I, vol. 1, Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Ed. Edersa, Madrid, 1998, p. 71; HERRERO MAYOL, C., *Precios de Transferencia. Estudio tributario y microeconómico*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 230; SALA GALVAÑ, G., *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, Ed. Tirant lo Blanch, 2003, p. 302; CORDÓN EZQUERRO “El artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades: análisis crítico y alternativas de reforma”. 2006, p. 8; ESCUDERO GUTIÉRREZ y GUTIÉRREZ LOUSA, “Algunas consideraciones sobre la regulación de los precios de transferencia. Especial consideración de los métodos de valoración”, 2010, p. 92.

declaración voluntaria, y puesto que la ley únicamente regula la valoración en fase de comprobación, debe entenderse que ambos sujetos pasivos afectados por la operación vinculada podrán aplicar el ajuste bilateral.

Los defensores del ajuste unilateral⁴⁸ rebatían esta tesis intermedia en base fundamentalmente a dos argumentos. El primero en relación a la falta de justificación de supone aplicar una norma de valoración de forma distinta en función del sujeto pasivo que la aplica. Así, si es el administrado quien en plazo voluntario realiza el ajuste, puede hacerlo aplicando la bilateralidad del mismo; en cambio, si es la Administración quien efectúa la valoración en el seno de un procedimiento de comprobación, únicamente puede aplicar el ajuste unilateral. El segundo motivo de crítica venía encabezado por la naturaleza sancionadora implícita⁴⁹ que tenía la norma respecto los contribuyentes que no hubiesen valorado a mercado las operaciones vinculadas y que tampoco hubiesen aplicado el ajuste bilateral. Es por tanto complicado defender la diferencia de trato⁵⁰ entre una situación y la otra, máxime si se tiene en cuenta que el concepto “valor de mercado” es, en frecuentes ocasiones, de todo menos fácil de establecer.

De hecho, los defensores de la tesis del ajuste unilateral entendían que el párrafo añadido al artículo 16.3 de la LIS de 1978 no supone en modo alguno entender que en plazo voluntario el ajuste practicado por las partes puede ser bilateral. Al contrario, precisamente por esta inclusión normativa, el

⁴⁸ MARTÍNEZ HORNERO, F. J., “Ajuste fiscal por operaciones vinculadas”, *Gaceta Fiscal*, núm. 111, junio 1993, pp. 185-203; AGULLÓ AGÜERO, “Operaciones vinculadas”, 1998, pp. 167-177; MORENO FERNÁNDEZ, J. I., *La Tributación de las Operaciones Vinculadas*, Ed. Aranzadi, 2ª ed., Navarra, 2003, p. 169.

⁴⁹ Así lo entendió también el TSJ de Castilla León que en su sentencia de 28 de junio de 2001, referido al período de 1994, señala en su FJ 6º que “*la Administración deniega el ajuste bilateral por aplicación de un precepto que, a juicio de la Sala, tiene un marcado precepto sancionador, por lo que entiende aplicable el artículo 16.1 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, por ser más favorable, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de retroactividad de la norma más favorable que ocurre, como en el caso que nos ocupa, cuando una norma posterior viene a despenalizar una determinada conducta.*”

⁵⁰ PÉREZ ROYO (“Las operaciones vinculadas en el IRPF”, 1995, pp. 130-131), a pesar de interpretar el artículo en clave bilateral cuando sean los sujetos pasivos quienes en período voluntario hagan la preceptiva corrección valorativa, no deja de ser crítico con la sanción encubierta que supone el ajuste unilateral. De hecho, el citado profesor ya en 1995, entendía este hecho como poco compatible con el principio de capacidad económica y de igualdad.

administrado debe proceder en período voluntario exactamente de igual modo que lo hace la Administración en fase de comprobación⁵¹.

A modo de conclusión, si la pretensión del legislador era la de reducir la litigiosidad e incertidumbre, no logró su objetivo; quizás por ello la redacción del artículo 16 incorporado en la nueva LIS de 1995 optó por un criterio claro que, gustara o no, no suscitaba dudas por su apuesta clara por el ajuste bilateral, impregnando el régimen de operaciones vinculadas de una mayor seguridad jurídica.

3.- Ley 43/1995 del IS

Muchos fueron los cambios promulgados por la LIS 43/1995 en relación al régimen de operaciones vinculadas, siendo uno de los más visibles el hecho de constituir un precepto autónomo y no englobado en otro artículo relativo a las normas de valoración de ingresos y gastos. Es a partir de 1995 cuando puede afirmarse que el sistema tributario español goza de un régimen tributario especial de operaciones vinculadas.

En relación a cambios legislativos más concretos sin aludir la cuestión de los ajustes, pueden mencionarse básicamente, la fijación expresa de la facultad reglada de la Administración para valorar a mercado las transacciones vinculadas únicamente cuando la valoración convenida entre las partes hubiese determinado una tributación inferior en España a la que hubiere correspondido por aplicación del valor normal de mercado o un diferimiento en la tributación, la ampliación de supuestos de vinculación, la posibilidad de realizar acuerdos previos de valoración con la Administración Tributaria, o la tipificación legal de los métodos que podía utilizar la Administración Tributaria para determinar el valor normal de mercado. También hubieron importantes ausencias a destacar,

⁵¹ Cabe hacer mención expresa a la consulta no vinculante expedida por la DGT en fecha 21 de junio de 1993, en virtud de la cual se apuesta claramente por el ajuste unilateral también en un contexto internacional. En concreto, se trata de una sociedad no residente que otorga un préstamo a su filial española sin contraprestación alguna. Así, aún en el caso que la autoridad fiscal de la otra soberanía considere que la matriz debería recibir intereses y por ende aumentara su base imponible, la Administración Tributaria española no rectificaría las condiciones del préstamo, apostando claramente por el ajuste unilateral, o lo que es lo mismo, no se aceptaba un ajuste que permitiera la disminución de ingresos o el aumento de gastos, como es el caso de planteado en la consulta.

a saber, la no obligación de disponer de una documentación específica o la no existencia de un régimen sancionador específico.

Así pues, notables fueron los cambios introducidos en nuestro régimen de operaciones vinculadas; y en especial a destacar el relativo a los ajustes. Si bien hasta ahora la apuesta legislativa había sido, a pesar de debate doctrinal originado, a favor del ajuste unilateral, no fue hasta la LIS de 1995 que nuestro legislador asume como suyo el ajuste bilateral, garantizando que en las transacciones vinculadas internas el ajuste valorativo no podrá determinar una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las entidades que la hubieran realizado⁵². En otras palabras, no puede resultar un exceso de imposición.

Prácticamente la totalidad de la doctrina⁵³ se manifestó a favor de los ajustes bilaterales tras la aprobación del nuevo artículo 16.1 de la LIS de 1995⁵⁴. No

⁵² A continuación, se reproduce el contenido del artículo 16.1 de la LIS 43/1995.

“Artículo 16. Reglas de valoración: operaciones vinculadas.

1. La Administración tributaria podrá valorar, dentro del período de prescripción, por su valor normal de mercado, las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas cuando la valoración convenida hubiera determinado, considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas, una tributación en España inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del valor normal de mercado o un diferimiento de dicha tributación.

La deuda tributaria resultante de la valoración administrativa se imputará, a todos los efectos, incluido el cálculo de los intereses de demora y el cómputo del plazo de prescripción, al período impositivo en el que se realizaron las operaciones con personas o entidades vinculadas.

La valoración administrativa no determinará la tributación por este Impuesto ni, en su caso, por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las entidades que la hubieran realizado. Reglamentariamente se establecerá el procedimiento para practicar la valoración por el valor normal de mercado”.

⁵³ Entre otros, NAVAZ VÁZQUEZ R., en *Manual del sistema tributario español*, (coord. García Añoberos, J.), Madrid, 1993; TOME MUGURUZA en AA.VV. *Guía del Impuesto sobre Sociedades en la Ley 43/1995*, CISS, Valencia, 1996, p. 351; IBÁÑEZ CASADO, J., “Análisis de la reforma del Impuesto sobre Sociedades”, *Anales de estudios económicos y empresariales*, núm. 11, 1996, p. 261; CLAVIJO HERNÁNDEZ, en AA. VV. *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial. Sistema tributario: los tributos en particular*, 1997, p. 311 (última edición, 8ª ed., septiembre 2013, por los autores FERREIRO LAPATZA, J.J, MARTÍN FERNÁNDEZ, J., RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.), p. 212; ROSEMBUJ ERUJIMOVICH, T. R., “Las operaciones vinculadas y la subcapitalización en el Impuesto sobre Sociedades”, *Revista de la economía social y de la empresa*, núm. 25, 1997, p. 223; FALCÓN y TELLA, R., “El régimen de operaciones vinculadas: análisis del artículo 16 de la Ley 43/1995 y de su desarrollo reglamentario”, *Impuestos*, II/1998, pp. 542-545; GARCÍA-HERRERO BLANCO, C., *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, 2001, p. 150; CENCERRADO MILLÁN, E., “¿Pueden los socios efectuar en sus respectivas declaraciones un ajuste bilateral con objeto de declarar voluntariamente el valor de mercado de una operación vinculada?”, *Canarias Fiscal*, núm. 18 (mayo 2001), pp. 53-58; CORDÓN EZQUERRO, “El artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades: análisis crítico y alternativas de reforma”, 2006, p. 8.

obstante, para ser precisos, debe de matizarse que la bilateralidad está garantizada sólo en operaciones vinculadas internas, pues en caso de que una de las partes sea no residente, al depender la realización de la corrección valorativa de la existencia de una menor tributación o diferimiento en España, la Administración Tributaria española *a priori* sólo realizará ajustes positivos. Digo expresamente “a priori” porque cuando la corrección valorativa a practicar en España sea negativa, habiendo por tanto recibido un ajuste desde otra soberanía fiscal, la Administración española no practicará ajuste alguno, por cuanto no concurriría uno de los requisitos del artículo 16.1 de la LIS de 1995, esto es, una menor renta o diferimiento de la misma. Sin embargo, la realización de ajustes bilaterales en operaciones internacionales, dependía con la LIS de 1995 y sigue dependiendo ahora, de la existencia de un CDI o de la pertenencia de las partes a un país de la UE, en cuyo caso será de aplicación el Convenio 90/436/CEE, de 23 de julio de 1990, relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de las empresas asociadas⁵⁵.

A pesar del mayoritario soporte doctrinal a la bilateralidad del ajuste, seguía existiendo un sector doctrinal minoritario que era contrario a esta posición, cuya primera manifestación la efectuó la profesora COMBARROS VILLANUEVA respecto la LIS de 1978, y fue seguida más adelante y de nuevo por las profesoras AGULLÓ AGÜERO⁵⁶ y ESTEVE PARDO⁵⁷, quienes consideraban que de la precisión legal que la valoración administrativa no puede determinar una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de entidades afectadas, no puede afirmarse la coronación del ajuste bilateral.

⁵⁴ Interesantes reflexiones nos ofrece MORENO FERNÁNDEZ (*La Tributación de las Operaciones Vinculadas*, 2003, p. 171) respecto la neutralidad que en muchas ocasiones puede resultar de la aplicación del ajuste bilateral, de modo que al no producir un perjuicio para la Hacienda (piénsese en dos sociedades residentes con el mismo tipo impositivo) no concurriría el requisito para la aplicación del artículo 16 de la LIS. Sin embargo, sigue el autor, en ocasiones la aplicación de BINs o deducciones pendientes en una sociedad en concreto podría hacer atractivo el traslado de beneficios a esta sociedad.

⁵⁵ Vid. GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., “Aspectos procedimentales de las operaciones vinculadas del Impuesto sobre Sociedades del Impuesto sobre Sociedades: Análisis del artículo 15 del Reglamento”, *Crónica Tributaria*, núm. 101, 2001, pp. 73-86.

⁵⁶ AGULLÓ AGÜERO, “Operaciones vinculadas”, 1998, pp. 177-185.

⁵⁷ ESTEVE PARDO, *Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*, 1996, pp. 167-172.

Creo interesante detenerse de nuevo en la posición argumental defendida por este sector doctrinal minoritario por cuanto hace más dos décadas apostaban claramente por el ajuste unilateral entendiendo como bilateralidad el ajuste secundario. A mi modo de ver, precisamente esta fue la semilla que ya desde la Ley de 1978 propició un auténtico debate entorno a la necesidad de regular la calificación que existe tras un exceso de renta transferido de una sociedad a otra. Si bien es cierto que en la actualidad se ha superado el debate entorno a la diferencia entre el ajuste bilateral como parte de la regla de valoración, y el ajuste secundario como regla de calificación, no es menos cierto que en 1995 y en los años posteriores, el auténtico debate de fondo residía en la necesidad de hacer tributar al socio por el exceso percibido, vinculando en todo momento la distribución oculta de dividendos con la *causa societatis*.

Básicamente la tesis sostenida por las citadas profesoras, ya esgrimida en el anterior epígrafe, se fundamentaba en la existencia de traslaciones de beneficios de una sociedad a otra debido a una relación societaria; pues de lo contrario no se estaría ante una auténtica operación vinculada⁵⁸. Siendo así, el socio percibía una ventaja patrimonial, o lo que es lo mismo, una distribución oculta de dividendos, en tanto la pretensión final de la ley es precisamente la tributación de la renta efectiva y no únicamente la valoración de la operación a valor de mercado. En otras palabras, asegurar que cada sujeto pasivo tribute según la renta efectiva no implica un ajuste bilateral sino lograr la auténtica calificación de las rentas producidas en ambas sociedades; luego la sociedad distribuidora debe aumentar su base imponible mediante un ajuste unilateral y la sociedad receptora tributar por ese reparto oculto de dividendos, tributación ésta que no se conseguiría si se aplicase el ajuste bilateral. Defienden las mencionadas autoras la aplicación de los mecanismos previstos en nuestro ordenamiento para paliar la doble imposición. Se insiste de nuevo en que esta tesis apuesta por el ajuste unilateral como el garante de la tributación efectiva de las rentas, en tanto el socio no debe disminuir su base y tributar por este exceso de renta percibido e integrado en su base imponible, y a su vez, la sociedad distribuidora debe tributar por la verdadera renta recibida (aumentando el ingreso o disminuyendo el gasto).

⁵⁸ Así lo defendía la profesora AGULLÓ AGÜERO (“Operaciones vinculadas”, 1998, p. 181) quien sostenía que “sólo son operaciones sujetas o vinculadas aquellas que se realizan en condiciones especiales por razón de la cualidad de sociedad vinculada.”

En años posteriores y con anterioridad a la entrada en vigor del actual artículo 16 del TRLIS, modificado por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, se alzaron algunas voces doctrinales que reclamaban la regulación en nuestro Derecho positivo de un ajuste secundario⁵⁹, entendiendo que el ajuste bilateral no solventaba el exceso de flujo de rentas que se trasladan de una sociedad a otra y que precisamente tras la aplicación del ajuste primario y el correlativo, se ponía de manifiesto una discrepancia entre la situación patrimonial y la base imponible de las partes implicadas en la operación vinculada. A mayor abundamiento, existían otros autores, entre los que destaca SANZ GADEA⁶⁰, que ya entendía autorizada la calificación de la operación subyacente en virtud de las previsiones de interpretación normativa de la LGT.

Esta posición doctrinal partía de un concepto diferenciador del ajuste bilateral como norma de valoración y del ajuste secundario como norma de calificación, habiendo por tanto superado el debate de la unilateralidad del ajuste, apoyándose en la doctrina internacional acerca de la definición de cada concepto. En este mismo sentido, especialmente clarificadoras me parecen las reflexiones de DELGADO PACHECO quien señala que “la ausencia de toda referencia al ajuste secundario es especialmente llamativa cuando se está optando por el ajuste bilateral, al menos en el ámbito interno, y tradicionalmente una de las razones esgrimidas a favor del ajuste unilateral era

⁵⁹ Entre otros, *vid.* GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. (*Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, 2001, pp. 150-153; DE PABLO VARONA, C., *Las operaciones vinculadas en el IRPF*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 92-184.

Este mismo sentido y unos años antes, ya en 1998, y sin aludir al término “ajuste secundario”, LÓPEZ-TELLO y DÍAZ-AGUADO, en su capítulo integrado en la monografía relativa al análisis de la Ley 18/1991, de 6 de junio, de IRPF, subrayó la necesidad de recalificar las rentas como paso previo a la valoración de las mismas, teniendo en cuenta que la estructura del IRPF dispone de dos bases tributables con sus correspondientes tipos de gravamen. “Operaciones vinculadas” en *Comentarios a las Leyes Tributarias*, 1998, p. 75.)

⁶⁰ Interesante reflexión la que nos ofrece SANZ GADEA para sustentar su tesis. Se basa en los comentarios de la OCDE al artículo 9.2 del MC OCDE, los cuales textualmente dicen que “...ninguna disposición del apartado 2 (del artículo 9), impide efectuar ajustes secundarios, cuando los mismos están autorizados por la legislación nacional de los Estados contratantes”. Precisamente el término “autorizados” no es contemplado por el autor como sinónimo de “regulados”, lo cual le avala para entender que efectivamente nuestro ordenamiento (antes de la entrada en vigor del artículo 16.8 del TRLIS) permitía la calificación de la operación secundaria a través de las previsiones de la LGT. “Operaciones vinculadas (I)”, *IEF*, núm. 50/2.000, pp. 73-122.

la insuficiencia del ajuste bilateral a falta de un ajuste secundario que impidiera las distribuciones encubiertas”⁶¹.

No obstante lo manifestado en el expositivo anterior, la doctrina estudiosa de la LIS 43/1993 era muy consciente del redactado vigente en este momento, el cual en modo alguno permitía la aplicación del ajuste secundario ⁶², como sí expresamente exigía la calificación en dividendos en la ya derogada norma de subcapitalización.

A mayor abundamiento, tampoco la jurisprudencia avalaba la posibilidad de efectuar una calificación de la operación secundaria puesta de manifiesto en una operación vinculada. De hecho, únicamente pueden citarse dos resoluciones administrativas en las que se reconoce la calificación del exceso de renta como dividendos pero en ningún caso se apuesta por su tributación como tal⁶³.

⁶¹ DELGADO PACHECO, A., “Algunas cuestiones de procedimiento en los ajustes por precios de transferencia en el Ordenamiento tributario español”, *Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, AÑO núm. 14 y núm. 2, 1998, p. 353.

⁶² En este sentido se pronunciaron en su día GARCÍA-HERRERA BLANCO (*Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, 2001, p. 150); ARANA LANDÍN, S., *El tratamiento tributario de las operaciones vinculadas internacionalmente (un estudio de los precios de transferencia en el Impuesto sobre Sociedades español y en las legislaciones de Italia, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos)*, Universidad del País Vasco, Servicio Editorial, Bilbao, 2001, pp. 164-165; SALA GALVAÑ, *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, 2003, pp. 289-303 y CORDÓN EZQUERRO, (“El artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades: análisis crítico y alternativas de reforma”, *Cuadernos de Formación, IEF*, núm. 1/2006, 2006, p. 18) quien afirmó que nuestro ordenamiento interno no permite la realización del ajuste secundario.

⁶³ *Vid.* resolución del TEAC de 11 de febrero de 1999, en la que en una prestación de servicios entre el socio y la sociedad se califica el exceso de renta como liberalidad y no como reparto oculto de beneficios. Sin embargo, comparto la opinión de la profesora SALA GALVAÑ (*Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, 2003, p. 292) cuando afirma que en realidad se trata de una forma de reconocimiento del ajuste secundario, dado que a pesar de no aplicar el artículo 16.3 de la LIS 1978, sino el artículo 19 de la LIRPF de 1978, en realidad se utiliza el principio de *arm's length* para delimitar el concepto de liberalidad y proceder a su cálculo. A su vez, también es menester señalar la resolución del TEAR de Andalucía de fecha 25 de junio de 1997 en la se afirma que el fin del artículo 16.3 de la antigua LIS es precisamente hacer tributar ciertas rentas que van a parar a otra sociedad, o que en el caso de transacciones socio-sociedad, además suponga un dividendo encubierto. Es la primera vez que con la antigua LIS el Tribunal se muestra tan claro respecto la existencia de una operación secundaria y de su tratamiento tributario. Sin embargo, en este caso concreto en el que nos hubiera sido muy útil saber cómo hubiese procedido el Tribunal al cálculo y tratamiento de este exceso de renta, se rechazó la liquidación propuesta por la Inspección por falta de motivación en la valoración.

4.- Génesis del ajuste secundario en nuestra doctrina

Tal y como ya se ha comentado, en los últimos tiempos anteriores a la actual normativa, varias fueron las voces doctrinales que reclamaban un artículo en nuestro texto legal que permitiera efectuar una auténtica calificación del exceso de renta ocasionado en determinadas operaciones vinculadas. No obstante, me interesa ahora destacar aquellas posiciones doctrinales que hace más de veinte años, de una manera u otra, más o menos acertadamente teniendo en cuenta todo lo sucedido desde entonces, desde tesis unilateralistas o bilateralistas, abrieron el cambio generando un debate doctrinal que hoy nos ha llevado a incorporar en nuestro Derecho positivo el ajuste secundario.

Por orden cronológico, se trae a colación las reflexiones del profesor QUINTAS BERMÚDEZ quien, defensor de la tesis del ajuste unilateral por coherencia técnica, ya apuntó en 1983 la posibilidad de concebir como liberalidad la transferencia de renta de una sociedad a otra, y de reparto oculto de dividendos o aportaciones encubiertas en casos de operaciones efectuadas entre socio y sociedad⁶⁴.

Cuatro años más tarde, en 1987, el profesor NAVAS VÁZQUEZ,⁶⁵ afirmaba que los precios de transferencia son una forma de encubrir transmisiones lucrativas. Quizás el autor no desarrolló con más extensión cómo debería resolverse la cuestión teniendo en cuenta este traspaso oculto de rentas, pero lo que sí no puede negarse es el mérito de introducir en el debate la necesidad de regular la verdadera naturaleza jurídica de la operación.

Meses más tarde del artículo escrito por el profesor NAVAS VÁZQUEZ, se dejaba ver otra corriente doctrinal minoritaria, y a mi juicio, máxime exponente de la tesis del ajuste unilateral, capitaneada por la profesora COMBARROS VILLANUEVA y seguida por las profesoras AGULLÓ AGÜERO y ESTEVE PARDO, que ensalzaba las bondades del ajuste unilateral como el único garante de la tributación en el socio de la ventaja patrimonial obtenida. De hecho, tal y

⁶⁴QUINTAS BERMÚDEZ, "Las relaciones intergrupo en el Impuesto sobre Sociedades", 1983, pp. 995-1.020.

⁶⁵ El razonamiento del profesor NAVAS VÁZQUEZ lo encontramos en su artículo "La valoración de operaciones entre sociedades vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades", 1987, p. 469.

como ya se ha expuesto, este sector doctrinal concibe la bilateralidad del ajuste con el ajuste secundario. Podría resumirse su teoría sobre la base de entender la aplicación del principio de *arm's length* como la herramienta que permite al legislador la calificación de la operación subyacente acaecida tras convenir un precio que difiere del de mercado cuando esa anomalía traiga su razón de existir en la relación de vinculación existente entre las partes, esto es, cuando exista la "*societatis causa*". Sin embargo, se detienen poco en escenarios en los que el flujo de renta discurre en sentido diametralmente opuesto, esto es, del socio a favor de la sociedad.

No obstante este enfoque doctrinal, a mi juicio, uno de los autores que más claro y preciso fue en su posicionamiento en 1995 fue PRADA LARREA⁶⁶, quien a pesar de no compartir la tesis del ajuste unilateral, propuso un ejemplo en el que efectivamente el resultado de efectuar la corrección valorativa bilateral junto con un ajuste de calificación es el mismo que la aplicación exclusiva del ajuste unilateral⁶⁷. No obstante, el citado autor no concibe el ajuste unilateral como mecanismo para asegurar la tributación en el socio, sino que apuesta por la aplicación del principio de calificación propuesto por el entonces vigente artículo 25 de la LGT de 1963. Curiosamente PRADA LARREA nombra a estas recalificaciones del exceso de renta según su verdadera naturaleza, *ajustes positivos superpuestos*, que no deja de ser una manera de denominar al actual ajuste secundario.

⁶⁶ PRADA LARREA, J. L., "Precios de transferencia y sentido de los ajustes en la fiscalidad interna e internacional", *Carta Tributaria, Monografías*, núm. 230, 1 de agosto de 1995, pp. 1-12.

⁶⁷ A continuación se reproduce el ejemplo que PRADA LARREA ofrece en su artículo (Precios de transferencia y sentido de los ajustes en la fiscalidad interna e internacional", 1995, p.3). A y B están vinculadas. A presta a B un servicio cuyo valor de mercado es de 100 u.m. aún cuando ambas compañías acuerdan realizar la transacción por 150 u.m. En este caso A registra un ingreso de 150 y B un gasto de 150. Sin embargo, ha existido un traspase de reservas de B a A por 50 u.m. Tratándose como una liberalidad o bien como un dividendo en el caso que A fuese socio de B, y teniendo en cuenta la realización del ajuste bilateral, la situación sería la siguiente:

A: Su ingreso de 150 por el ajuste bilateral quedaría reducido a 100, que es el valor de mercado. A su vez, recibiría un ingreso por liberalidad o dividendo por valor de 50. Es decir, su base imponible registraría un ingreso de 150, exactamente igual que no se hubiese aplicado el ajuste bilateral.

B: Su gasto inicial registrado por importe de 150 se vería reducido a 100 pero incrementado por haber efectuado una donación del exceso por importe de 50 o bien una distribución de dividendos, conceptos ambos fiscalmente no deducibles. Así, su gasto total registrado contablemente sería de 150 pero 50 no serían fiscalmente deducibles, con lo que su base imponible incorporaría un gasto de 100.

La teoría del ajuste unilateral permitiría hacer únicamente un ajuste en la sociedad B, cuyo gasto final sería de 100 y no practicar ajuste bilateral en A, dejando por tanto una base imponible de 150 en concepto de ingreso.

Increíblemente visionario estuvo el citado autor, de suerte que sus conclusiones son en gran parte parecidas a lo que es actualmente nuestro artículo 16.8 del TRLIS, siendo el hecho más destacable la claridad en su exposición, no escatimando en su ámbito de análisis, alcanzando no sólo el sentido de la transferencia de beneficios de la sociedad al socio, sino también en sentido inverso o bien entre sociedades hermanas. Precisamente centro su mérito en la profundidad de sus conclusiones habiendo sido redactado hace prácticamente veinte años. A continuación se resume la conclusión alcanzada por el mencionado autor.

En primer lugar, asume que bajo la transferencia artificiosa de bases imponibles subyace un verdadero traspaso de reservas de una sociedad a otra, que no es resuelto mediante el ajuste bilateral, cuya única finalidad es precisamente, “evitar que de la corrección de las transferencias artificiosas de bases imponibles entre entidades vinculadas puedan derivarse excesos de imposición indebidos”. Por tanto, el hecho que el autor defienda una tesis bilateralista en cuanto las correcciones valorativas, no significa que las mismas consigan corregir el traspaso de beneficios (o reservas, como lo denomina el autor) de una sociedad a otra.

Esta afirmación lleva directamente al autor a su segunda conclusión: las operaciones vinculadas, además de suponer una transmisión de bases imponibles, encierran una transferencia encubierta de reservas, hecho éste que únicamente podría subsanarse con la aplicación de la regla de calificación del artículo 25 de la LGT. Es decir, en aquellas operaciones en las que se ponga de manifiesto un traspaso oculto de reservas, esta operación secundaria debe tributar, dado que, “de haberse realizado sin la cobertura de un precio de transferencia, de ella, hubieran derivado otras consecuencias tributarias” y por tanto será necesario que se practiquen ajustes superpuestos para que tales consecuencias reciban el tratamiento tributario que les corresponde.

Como tercera y última conclusión, el autor, basándose en la doctrina alemana tributaria, en ese momento ya mucho más avanzada que la española en política de precios de transferencia, advierte de las tres posibles operaciones encubiertas que pueden esconderse tras una operación vinculada: un reparto

oculto de dividendos, una aportación oculta del socio a la sociedad⁶⁸, y en ausencia de participación accionarial PRADA LARREA denomina a este traspaso de rentas como un auxilio empresarial, figura asimilable a la liberalidad.

Parece pues, que aún sin contar con un precepto legal que expresamente lo permitiera o exigiera, parte de la doctrina, aunque minoritaria, ya entendía hace más de dos décadas, inclusive antes de la entrada en vigor de la LIS 43/1995, la necesidad que nuestro ordenamiento reaccionara ante la transferencia oculta de beneficios, reservas o como quiera denominarse. Y no sólo eso, sino que para lograr tal propósito podía llegar a defenderse la inclusión de ajustes extracontables fundamentados jurídicamente en el principio de calificación previsto en el artículo 25 de la derogada LGT de 1963.

Precisamente esta misma reflexión se realizará en el capítulo siguiente, de suerte que en la actual Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, existe una sección específica (sección 3 del capítulo III) relativa a la interpretación, calificación e integración de rentas, cuya regulación ha servido de base a algunos autores para descartar de plano la actual normativa sobre el ajuste secundario, argumentando que con las disposiciones vigentes en la LGT ya existe base suficiente para gravar las rentas ocultas generadas en un traslado de beneficios en el seno de una operación vinculada.

A modo de resumen, puede afirmarse que situaríamos la tesis sostenida por las profesoras COMBARROS VILLANUEVA, AGULLÓ AGÜERO y ESTEVE PARDO en un extremo objetivo, según la cual siempre que exista un diferimiento del valor de mercado en una operación vinculada originado por la *societatis causa*, y con independencia de la intención elusiva de las partes, deberá considerarse el exceso de renta como distribución oculta de dividendo o aportación encubierta de fondos si el trasvase es a favor de la sociedad. Ello se conseguirá con el ajuste unilateral.

⁶⁸ En el análisis que PRADA LARREA realiza sobre este supuesto, entiende que las correcciones al resultado contable se agoten en el ajuste bilateral, en cuanto no se genera una renta tributable. No obstante, apunta con acierto el autor, la existencia de un incremento en el coste de la cartera del socio, cuyo efecto se vería reflejado ante una futura transmisión de los valores. Inclusive, el autor apunta también la necesidad de tributar por Operaciones Societarias al tipo del 1%, hecho imponible en 1995 no exento, como lo es en la actualidad. ("Precios de transferencia y sentido de los ajustes en la fiscalidad interna e internacional", 1995, p. 6).

También en una postura objetiva se situaba QUINTAS BERMÚDEZ, quien, con o sin voluntad elusiva, calificaba el exceso de renta como liberalidad, siendo ésta la regla general, y únicamente en casos de relación societaria socio-sociedad, reparto oculto de dividendos o aportaciones encubiertas. Es curioso observar que a pesar de ser ésta una tesis intermedia que amplía los supuestos de calificación dando entrada a la liberalidad, parte de la premisa de ajuste unilateral, de igual modo que la profesora COMBARROS VILLANUEVA.

En el plano subjetivo, situamos a NAVAS VÁQUEZ, SIMÓN ACOSTA y PRADA LARREA, a quienes les une la necesidad de intención elusiva para la aplicación de la normativa de operaciones vinculadas. Sin embargo, NAVAS VÁZQUEZ asume que todos los excesos deben ser tratados como transmisiones lucrativas, mientras que PRADA LARREA detalla la calificación en función de la relación societaria que une a las dos partes implicadas, de suerte que habrá “auxilio empresarial”, como sinónimo de liberalidad, cuando el trasvase de recursos no tenga por protagonistas a una sociedad y su socio cualquiera que sea la dirección del flujo monetario. A su vez, SIMÓN ACOSTA entiende la existencia de una ventaja patrimonial cuando es la sociedad filial quien trasvasa fondos a la matriz, luego da por buena la figura de la distribución oculta de dividendos. Sin embargo, en el caso inverso, al asumir que no hay ahorro tributario, salvo en el caso concreto de compensación de pérdidas de ejercicios anteriores, el autor no estima necesario la calificación del exceso de renta como aportación a favor de los fondos propios de la filial⁶⁹.

Otro aspecto en común que une a estos autores es su apuesta por la bilateralidad de los ajustes, aunque con matices, como ya se ha expuesto.

Habiendo efectuado un recorrido doctrinal y jurisprudencial por la evolución de los ajustes extracontables, poniendo de relieve la progresión que nos ha llevado

⁶⁹ En concreto SIMÓN ACOSTA entiende que la transferencia de beneficios de la sociedad matriz a la filial no genera ahorro tributario, sino más bien un agravamiento de la situación fiscal de la unidad económica matriz-filial considerada en su conjunto. En sus palabras, “si los beneficios de la matriz, se transforman mediante precios de transferencia en beneficios de la filial, la matriz puede evitar la cuota que inmediatamente recaería sobre esos beneficios, por lo que, sin embargo, la filial habrá de tributar (por tanto la Hacienda Pública no se perjudica). Pero es más. Una operación así, además de aumentar la cuota tributaria de la filial, no libera del tributo a la matriz pues, por su condición de socio, el beneficio traspasado a la filial acabará siendo computado tarde o temprano como beneficio de la matriz, ya sea por un posterior reparto de dividendos o por las plusvalías o incrementos de valor de las participaciones en la sociedad dominada”. “Fraude de Ley y economías de opción”, 1990, pp. 135-136.

a la regulación actual, a continuación, a través de los próximos capítulos, se abordará el texto legal actual respecto la figura del ajuste secundario. En ellos, se analizará no sólo las consecuencias tributarias directas e indirectas que el mismo acarrea, sino que se planteará la problemática que encierra su aplicación, concluyendo el presente estudio con una propuesta concreta de regulación, tomando en consideración las regulaciones existentes en otras soberanías fiscales⁷⁰.

⁷⁰ Dejamos apuntado que en el ámbito del comercio internacional los precios de transferencia presentan una peculiar problemática que, entre otros trabajos, ha sido recientemente abordado por ANGUITA MORERA, A. *Comercio internacional y los precios de transferencia internacionales*, Ed. Marcial Pons, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 2012. Precisamente en el "Prólogo" de esta monografía (pp. 11 y 12) redactado por PAGÈS i GALTÈS, J. encontramos una elemental pero esclarecedora nota introductoria sobre dicha problemática cuando dice:

"El fenómeno conocido en términos mediáticos como "globalización" está adquiriendo tal alcance que influye decisivamente en la práctica totalidad de los aspectos humanos, y, por supuesto, las relaciones jurídico-financieras no constituyen una excepción (sobre este tema resulta muy conveniente tener en cuenta las consideraciones de PISTONE, P. "La globalización tributaria y la necesidad de establecer un Tribunal Fiscal Internacional", en *Revista Derecho Tributario Global-Revista Latinoamericana de Derecho Tributario*, Argentina, 1, 2010, pp. 129-145].

Digo esta obviedad porque, precisamente, la globalización está potenciando sobremanera la creación de grupos empresariales que se internacionalizan vía su expansión a través de filiales u otras formas societarias, lo cual propicia a su vez la elaboración de argucias propias de la ingeniería fiscal para que las multinacionales busquen una menor tributación global a costa de desvirtuar el precio de mercado.

El esquema básico es así de simple: (i) Imaginemos que en un país (el país "A") el tipo impositivo efectivo de las rentas empresariales está al 30%, mientras que en otro país (el país "B") está al 10%. (ii) Imaginemos también que un grupo empresarial obtiene unos beneficios globales de 2.000 unidades monetarias, derivadas de las 1.000 u.m. que obtiene la sociedad ubicada en el país "A", por la cual tributará 300 u.m., (30% de 1.000), y de las 1.000 u.m. que obtiene su filial ubicada en el país "B", por la cual tributará 100 u.m. (10% de 1.000). La tributación global por las 2.000 u.m. será pues de 400 u.m. (300 + 100). (ii) En cambio, si el grupo empresarial decidiese que los precios de los bienes y servicios que se prestan entre sí ambas empresas fuese tal que la sociedad del país "A" pagara a la sociedad del país "B" un importe superior al del mercado, de tal manera que, por ejemplo, el resultado final fuera que aquella obtuviera unos beneficios de 500 u.m. y ésta de 1.500 u.m., tendríamos que por las 500 u.m. de la sociedad "A" se pagaría un impuesto de 150 u.m. (30% de 500), mientras que por las 1.500 u.m. de la sociedad "B" se pagaría un impuesto de 150 u.m. (10% de 1.500), La tributación global por las 2.000 u.m. sería pues de 300 u.m. (150 + 150), lo que supondría un ahorro fiscal de 100 u.m. (400 - 300).

Es en torno a este supuesto de operación vinculada donde se forja la teoría de los precios de transferencia, pues las multinacionales se ven impulsadas a diseñar aquellas políticas de precios que mejor se adapten a sus estructuras descentralizadas, buscando no ya sólo la eficacia de su organización, sino también una menor tributación, con lo que el concepto de coste-oportunidad va más allá del aspecto mercantil para adentrarse en el fiscal. Es decir, la teoría de los precios de transferencia, amén de procurar una sana relación comercial entre las empresas del grupo consideradas analíticamente, pretende una minoración de la carga fiscal del grupo empresarial considerado sintéticamente.

La clave, por ende, estriba en: (i) Con relación a las empresas, identificar la existencia de precios de transferencia de acuerdo al origen y naturaleza de las operaciones del grupo a los efectos de planificar la política empresarial que permita anticipar y administrar las consecuencias organizativas y económico-fiscales derivadas de los mismos. (ii) Con relación a la Administración tributaria, prevenir y reprimir la evasión fiscal vía precios de transferencia.

Ciertamente el estudio de esta teoría no es en absoluto novedoso y, ni que decir tiene, la normativa jurídico-financiera viene ocupándose de la misma desde hace décadas. La novedad

está, por un lado, en la profusión cuantitativa que en los últimos tiempos adquieren las operaciones vinculadas y, por otro lado, en el empleo de fórmulas cada vez más sibilinas para sortear las normas antifraude. (*vid.* sobre esta materia, URQUIZU CAVALLÉ, A. y, ANGUIA MORERA, A., *Fiscalidad de las inversiones españolas en China*, Ed. Marcial Pons, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 2008 y VILLCA POZO, M., “Problemas que se determinan en la aplicación de los convenios de doble imposición”, *El Fisco*, núm. 162, 2010, pp. 18-34).

CAPÍTULO II

REGULACIÓN FISCAL Y CONTABLE DE LOS AJUSTES EN LAS OPERACIONES VINCULADAS. ESPECIAL ATENCIÓN AL AJUSTE SECUNDARIO ¿REGULACIONES COMPLEMENTARIAS O EXCLUYENTES?

1.- Objeto y planteamiento del capítulo

De sobras es conocido el debate doctrinal que ha ocasionado la entrada en vigor de las modificaciones relativas a la normativa fiscal y contable de las operaciones vinculadas; siendo uno de los aspectos más controvertidos, entre otros, la regulación de la calificación respecto la diferencia entre el precio convenido y el valor de mercado o razonable. A ello puede añadirse la aprobación intercalada de dichas normativas, hecho que no hizo más que aumentar la incertidumbre jurídica, pues en primer lugar se modificó el artículo 16 del TRLIS mediante la Ley 36/2006 de 29 de noviembre, de medidas de prevención del fraude fiscal; dilatándose en el tiempo la aprobación de su desarrollo reglamentario, el cual no entró en vigor hasta dos años más tarde con la aprobación del RD 1.793/2008, de 3 de noviembre, que modificaba el RIS. Curiosamente, en el ínterin de estas dos normas, se aprobó lo que supuso también un rotundo cambio en el seno del registro de las operaciones vinculadas, esto es, el PGC aprobado mediante el RD 1514/2007, de 16 de noviembre.

En este sentido, obsérvese que la nueva regulación fiscal sobre el ajuste secundario no puede entenderse sin contrastarla con la normativa contable, pues la base imponible en virtud del artículo 10.3 del TRLIS se calcula corrigiendo el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio y en las demás normas contables. De modo que, deberá analizarse con sumo cuidado cómo concibe la regulación contable las operaciones vinculadas para determinar el alcance de su impacto sobre la base imponible.

Este capítulo pretende centrarse en el análisis de ambas regulaciones, detallando cuáles son los puntos de fricción entre ambas, y es que a pesar de ser aparentemente uniformes, a mi parecer, se han creado conflictos nuevos que antaño no existían. Muchas son las cuestiones que aún quedan por resolver y que simplemente se plantean de una lectura detenida de la normativa fiscal y la contable; a modo de ejemplo, ¿Pueden efectuarse ajustes extracontables a la base imponible en virtud del artículo 16 del TRLIS o el fiel cumplimiento de la normativa contable veta esta posibilidad? ¿Qué papel juegan los ajustes secundarios fiscales ante la normativa contable? ¿Quién

tiene legitimidad para efectuar los ajustes secundarios? ¿Presenta algún atisbo de inconstitucionalidad la nueva normativa tributaria?

Éstas, entre otras, son algunas de las cuestiones que serán abordadas en este capítulo; procurando extraer las conclusiones necesarias que me permitan, no únicamente postularme por un sector doctrinal u otro, sino tratar aquellos aspectos normativos que a fecha de hoy son generadores de conflictos, encaminando todo este proceso a una nueva propuesta de regulación como conclusión final de este trabajo.

2.- Puntos convergentes entre la regulación contable y la fiscal. Criterio de valoración y prevalencia del fondo sobre la forma

Ciertamente muchos son los aspectos que provocan colisiones importantes entre la normativa contable y fiscal tras sus respectivas reformas. Me ocuparé en el próximo apartado del estudio detallado de estas diferencias. Sin embargo, a pesar de las discrepancias, y aunque pueda parecer una contradicción, el espíritu de ambas regulaciones es el mismo, pues ambas pretenden acercarse al máximo a la realidad de las operaciones vinculadas, procurando alcanzar su verdadera esencia, o dicho de otro modo, procurando registrar la verdadera voluntad de las partes; objetivo por otra parte, no falto de ambición.

La totalidad de la doctrina entiende la claridad de la exposición de motivos de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, lo cual no significa que esta voluntad legislativa sea compartida ni pacífica⁷¹. Los dos objetivos que promulga la citada ley son de una claridad

⁷¹ Para más comentarios sobre la exposición de motivos de la Ley 36/2006, *vid.* GUTIÉRREZ LOUSA, M. y RODRÍGUEZ ONDARZA, J. A., “La reforma de la fiscalidad de los precios de transferencia”, *Partida Doble*, núm. 186, marzo 2007, pp. 24-25; GARCÍA-HERRERO BLANCO, C., “Algunas reflexiones sobre la nueva regulación de las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades. Particular referencia a las obligaciones formales”, *Quincena fiscal* núm. 7, abril 2007, p.38; BAENA SALAMANCA, J. F., “Las operaciones vinculadas y el ajuste secundario en el Impuesto sobre Sociedades”, *Carta Tributaria, Monografías*, 1ª quincena de enero 2009, p.3; BORRÁS AMBLAR, F., y MARTÍNEZ ALONSO, A., “Registro contable y régimen fiscal de las operaciones vinculadas. Casos prácticos”, *Carta Tributaria. Monografía*. 2ª quincena de abril 2010, p. 4.

meridiana. Por una parte, valorar las operaciones efectuadas entre partes vinculadas a precio de mercado, y por otra, acomodar la legislación española en materia de precios de transferencia al contexto internacional. Otra cosa bien distinta es que consiga realmente estos objetivos, o que consiguiéndolos, se generen nuevos conflictos normativos de índole práctica propiciadores de nuevos debates doctrinales.

El mismo texto de la exposición de motivos va más allá, interpelando directamente a la normativa contable, lo cual es curioso, puesto que en la fecha de entrada en vigor de la Ley 36/2006 todavía no había hecho lo propio la nueva regulación contable. El legislador deja clara su voluntad de enlazar el criterio contable y el fiscal, pues *“el precio de adquisición por el cual han de registrarse contablemente estas operaciones debe corresponderse con el importe que sería acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia.”*

Obsérvese la trascendencia que encierra esta última frase, pues abre directamente la puerta a cuestiones tan relevantes como plantearse el sentido de la propia norma fiscal; o lo que es lo mismo; ¿es la exposición de motivos acorde con el artículo 16 del TRLIS, cuyo redactado modificó precisamente la Ley 36/2006? ¿Tiene sentido abordar la cuestión fiscalmente si parece que la propia norma fiscal cierra filas entorno a la norma contable? Éste es pues un debate abierto que a mi modo de ver, entorpece el avance hacia una mayor seguridad jurídica. Éstas y otras cuestiones serán afrontadas durante este capítulo.

De la lectura de la exposición de motivos no hay duda alguna que el criterio de valoración fiscal y contable tiene la pretensión que coincidir⁷². Ahora bien, su tan buscado “enlace normativo” no únicamente afecta al criterio de valoración sino también a la prevalencia del fondo sobre la forma.

No es difícil adivinar que también respecto este segundo aspecto existen divergencias entre ambas normativas pero en cualquier caso, creo que el espíritu de ambas regulaciones es compartido: atribuir a cada sujeto pasivo su

⁷² Obsérvese que intencionadamente se utiliza el sustantivo “pretensión”, dado los matices existentes entre los criterios de valoración de ambas normas.

verdadera renta atendiendo a la realidad económica de la operación, que prima más que el precio convenido. ¿Cómo llevar a la práctica tan noble objetivo? Valorando las operaciones entre partes vinculadas como si se hubiesen realizado entre partes independientes, y calificando la eventual diferencia entre el precio acordado y el que convendrían dos partes independientes, atendiendo a tu verdadera intención.

Respecto el criterio de valoración, se adelanta en estas líneas que mientras la normativa contable alude expresamente al valor razonable, la fiscal cita el valor de mercado, conceptos que se abordarán más adelante. En cualquier caso, y a pesar de la posibilidad que existan diferencias entre el valor razonable y el de mercado, es muy frecuente que ambos valores coincidan en importe por tener el mismo mercado de referencia.

Otra cuestión distinta será saber qué importe en caso de discrepancia entre el valor razonable y el de mercado, debe prevalecer, o si ambos son compatibles. ¿Puede contabilizarse una operación a valor razonable aunque éste no coincida con el valor de mercado? Este escenario es poco frecuente pero pudiera darse el caso. Otra de las cuestiones más polémicas es la siguiente: ¿Puede registrarse contablemente una transacción vinculada a precio de adquisición sabiendo que posteriormente la normativa fiscal permite regular el valor convenido a valor de mercado? ¿Puede prescindirse del valor razonable ajustando la base imponible al valor de mercado y evitar así el riesgo fiscal? Obsérvese que todas estas cuestiones parten de un criterio de valoración que pretende ser unitario pero que está presente en dos regulaciones distintas. En este sentido, SANZ GADEA se plantea si la regulación fiscal sobre criterio de valoración era necesaria, pues según el autor, el TRLIS está plagado de normas redundantes respecto normas contables⁷³. Sin embargo, y amparándose en un argumento de naturaleza práctica, concluye admitiendo que la regulación del artículo 16.1 del TRLIS no es ociosa, pues siempre se agradece un “reforzamiento del mandato establecido en la norma fiscal”.

⁷³ Como por ejemplo, prosigue el autor, “la apelación al principio contable del precio de adquisición (artículo 15.1 del TRLIS), o al devengo (artículo 19.1 del TRLIS), y desde luego, ningún sujeto pasivo ha entendido que ello le liberaba de contabilizar a tenor de los mismos con tal de que fiscalmente hiciera el pertinente ajuste extracontable.” “Modificaciones introducidas en el Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 35/2006 y 36/2006”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 287, 2007, p. 39. A ello volveré más adelante, de suerte que precisamente esta afirmación no es ni mucho menos pacífica.

Sea como fuere, nos encontramos con dos regulaciones cuyo espíritu es compartido, pero que precisamente por esta dualidad de normas y por algunas diferencias entre ellas, afloran situaciones de conflicto que antaño no se daban.

Céntrese el lector ahora en el otro punto de conexión entre ambas normativas, esto es, la preferencia de la realidad económica sobre la forma jurídica. De nuevo sucede una situación parecida; ambas normas comparten el mismo fin pero hay diferencias sustanciales en el cómo. En ambos casos se trata de calificar la diferencia de renta entre el precio pactado y el valor de mercado y/o razonable.

Cabe señalar que ambas normativas, tanto la contable⁷⁴ como la fiscal⁷⁵, ya contaban con preceptos reguladores que abogaban claramente por el reconocimiento del fondo sobre la forma, pero no ha sido casualidad que ambas hayan introducido también una norma específica de calificación precisamente para operaciones vinculadas. Así, la normativa contable cuenta ahora con la NRV 21^a del PGC y la regulación fiscal con el artículo 16.8 del TRLIS, primer artículo en nuestro Derecho positivo que introduce al ajuste secundario, así como su correspondiente desarrollo reglamentario en el artículo 21 bis del RIS.

Creo interesante traer a colación la definición que SANZ GADEA nos brinda sobre este principio. El autor parte de la base que “los negocios jurídicos provocan mutaciones patrimoniales, que son realidades económicas que la contabilidad debe reflejar, cualesquiera que hubiesen sido las formas empleadas por las partes”.

A modo de resumen podría afirmarse que hay unidad de criterio en cuanto a la finalidad de la norma contable y fiscal, por cuanto ambas persiguen el mismo

⁷⁴ La Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la UE, previa al PGC Contable del 2007 aplicable a partir del 2008, modificó el Código de Comercio, cuyo redactado vigente del artículo 34.2 del Código de Comercio reza así: “*Las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica*”. Téngase en cuenta que esta norma tiene rango de ley, superior al Real Decreto que aprobó el PGCPGC.

⁷⁵ Recuérdese la sección III del Capítulo II (Interpretación, Calificación e Integración) de la Ley 58/2003 General Tributaria.

objetivo. A mayor abundamiento, ambas conectan en dos aspectos clave; esto es, pretensión de unidad de valoración, y pretensión de unidad de calificación. Sin embargo, no únicamente las diferencias en estos nexos de unión pueden ser relevantes, sino sobre todo el mero hecho de contar con esta dualidad normativa que regula una misma operación en dos estadios distintos, el contable y el tributario. Precisamente esta dualidad normativa es la responsable de la generación de un conflicto abierto que favorece el debate doctrinal.

A pesar de no tratar este aspecto por no entrar dentro del objeto de estudio del presente trabajo, vale la pena mencionar que también se ha hecho un esfuerzo considerable en cuanto a obligaciones de documentación fiscal e información contable, pero aún así el contribuyente debe cumplir con ambas normativas para no incurrir en riesgo alguno.

En este sentido, estoy de acuerdo con el sector doctrinal⁷⁶ que entiende que la nueva redacción del artículo 16 del TRLIS no está motivada por la necesidad de acomodarse a la normativa contable. No obstante, bajo mi punto de vista, se trata exactamente de la visión opuesta; pues parece que es la normativa contable la que se empeña en establecer una suerte de convergencia con la normativa fiscal⁷⁷; lo cual no solamente no soluciona las posibles lagunas de la normativa anterior sino que además abre nuevos frentes de inseguridad jurídica.

A modo de resumen podría decirse que respecto el qué ambas normativas pretenden ser comunes pero es en el cómo donde aparecen los puntos de fricción.

⁷⁶ Sector encabezado por SANZ GADEA, E., "Operaciones vinculadas. Perspectivas contable y fiscal. Primera parte". *Las monografías de la ventana*, núm. 13, AEAT; Madrid 2008, p. 6. A su vez, de las conclusiones extraídas por BORRÁS AMBLAR y MARTÍNEZ ALONSO, también ellos comparten la opinión con el citado autor. ("Registro contable y régimen fiscal de las operaciones vinculadas. Casos prácticos", 2ª quincena de abril 2010, p. 4)

⁷⁷ Los autores BLÁZQUEZ SANTANA, F., CONESA DUARTE A. y DORTA VELÁZQUEZ, J.A., se pronuncian en esta misma línea cuando afirman que "el hecho que la leyes de actualización y/o regularización hayan tenido un claro protagonismo en el ámbito fiscal, viene a demostrar la incidencia e importancia que otorga la Administración Tributaria a la sustitución del precio de adquisición por otros valores, introduciendo su visión en el ámbito contable, aun cuando este último preconiza su independencia. "El precio de adquisición contable y fiscal", *Partida Doble*, núm. 132, abril 2002, p. 31.

3.- Puntos divergentes entre la normativa contable y fiscal. NRV 21ª del PGC versus artículo 16 del TRLIS

Tal y como ya se ha señalado, a pesar de compartir ambas normativas un propósito común, muchos son los aspectos divergentes que no las enlazan como parece que es la voluntad del legislador. A continuación se profundizará en aquellos aspectos concretos que pueden presentar soluciones jurídicas distintas y que afectan al objeto de estudio del presente trabajo.

Dos de los tres aspectos que serán analizados ya han sido comentados en el apartado anterior como puntos convergentes; pues es cierto que ambas normativas pretenden unificar sus criterios de valoración así como su voluntad de calificación. No obstante, no existe una unidad homogénea. El tercer aspecto que aumenta la distancia entre ambas regulaciones es la relativa al perímetro de vinculación, dado que cada regulación es aplicable a un cerco distinto de operaciones, hecho éste, al que muchas veces no se le otorga la importancia que merece, pero que a mi entender, es crucial para poder efectuar un correcto estudio de la situación actual.

3.1.- Regla de valoración: valor razonable versus valor de mercado

La NRV 21ª del PGC obliga a valorar los *elementos* objeto de transacción efectuada en el seno de un *grupo* por su *valor razonable*. Por su parte, el artículo 16.1 del TRLIS en su primer párrafo exige la valoración a precio de *mercado* respecto las *operaciones* efectuadas entre *personas o entidades vinculadas*.

De la simple lectura de ambos artículos pueden extraerse las siguientes discordancias:

- Mientras la NRV 21ª del PGC hace referencia a *elementos*, el artículo 16.1 del TRLIS alude a *operaciones*.
- La norma contable se refiere a *valor razonable*, mientras que la fiscal lo hace a *valor de mercado*.

- Mientras la NRV 21^a del PGC alcanza el concepto de grupo, el artículo 16.1 del TRLIS abarca las entidades o personas vinculadas, y es el mismo artículo 16 en su apartado tercero el que define las situaciones de vinculación

Como puede observarse, el tercero y último punto de divergencia hace referencia al perímetro de vinculación, el cual merece un apartado propio, pues como he dicho antes, se trata de uno de los pilares claves para entender la dificultad que supone aunar ambas normativas.

Centrémonos ahora en la primera nota discordante. Comparto plenamente la opinión con SANZ GADEA⁷⁸, quien advierte que a pesar de esta diferencia semántica en el articulado de los textos legales, carecería de sentido que la normativa contable únicamente obligase a valorar “razonablemente” a los bienes como sinónimo de *elementos* dejando fuera del ámbito de la norma a los servicios.

En cuanto a la alusión a *operaciones* por parte de la regulación fiscal, y a pesar de que efectivamente lo que se valora en última instancia es el bien o el servicio, tal y como nos recuerda el citado autor, considero acertada el sustantivo *operaciones*, pues al fin y al cabo, es la propia operación como transacción la que origina el intercambio de flujos monetarios a cambio de un bien o servicio. Sea como fuere, esta no es más que una discusión semántica estéril cuya resolución sólo puede ser una: tanto la normativa contable como la fiscal se refieren a lo mismo, es decir, a la valoración de cualquier activo, pasivo, ingreso o gasto derivado de una operación entre partes que no son independientes.

El aspecto que más juego puede dar es la diferencia entre el valor de mercado y el valor razonable. Como punto de partida se observa que el propio artículo 16.1 del TRLIS define lo que se entiende por valor de mercado; mientras que la NRV 21^a del PGC guarda silencio al respecto y debemos acudir al apartado 6 del Marco Conceptual del PGC así como al artículo 38 bis.2 del CCO, los cuales definen muy detalladamente qué se entiende por valor razonable y cómo debe calcularse.

⁷⁸ SANZ GADEA, “Operaciones vinculadas. Perspectivas contable y fiscal. Primera parte”, 2008, p. 7.

Sabemos que el artículo 10.3 del TRLIS señala como punto de partida de la base imponible el resultado contable, siendo éste corregido en su caso por ajustes extracontables. Así pues, el valor razonable deberá formar parte del resultado contable, y ello repercutirá directamente en la base imponible; la cual deberá recoger el valor de mercado. Llegados este punto, es inevitable formularse la siguiente cuestión: ¿El valor razonable y el valor de mercado son coincidentes?

Si el lector se concentra únicamente en la definición de ambos valores, podría concluirse a efectos prácticos que es la misma, pues en ambos casos, se trata de aquél importe o valor que habrían acordado personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia (norma fiscal) o de independencia mutua (norma contable)⁷⁹.

No obstante, no únicamente debe preocuparnos qué se entiende por valor de mercado o valor razonable sino también cómo poder calcularlo, qué técnicas y métodos están al alcance del sujeto pasivo para que pueda tener la máxima certeza en cuanto a la cuantía. Y es precisamente en este aspecto en el que se detectan las mayores diferencias, o dicho de otro modo; el valor razonable y de mercado puede ser distinto debido a su distinta metodología de cálculo cuando no exista un mercado fiable activo, aunque haciendo honor a la verdad, lo más común es que ello suceda con relativa poca frecuencia.

Tanto la normativa fiscal como la contable concretan valor razonable y de mercado, respectivamente, partiendo de un mercado *fiable* o *activo*, según la norma contable, o de *libre competencia*, según la norma fiscal. Es importante destacar que ninguna de las dos normas se conforma con “cualquier mercado”, dado que para la norma tributaria debe tratarse de un mercado que permita a dos personas convenir un precio en condiciones de *libre competencia*; mientras que para la norma contable, la cual inclusive podría decirse que es más explícita, enumera lo que debe entenderse por un mercado *activo* y *fiable*.

⁷⁹ Procede en esta nota transcribir el texto literal de ambas definiciones. Así pues, el valor razonable según la NRV 21^a del PGC es “*el importe por el que puede ser intercambiado un activo o liquidado un pasivo, entre partes interesadas y debidamente informadas, que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua*”. Según el artículo 16.1 del TRLIS: “*El valor de mercado aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia*”.

En concreto, el apartado 6 del Marco conceptual del PGC concibe como un mercado activo aquél en el que se den las siguientes condiciones:

- a. *Los bienes o servicios intercambiados en el mercado son homogéneos;*
- b. *Pueden encontrarse prácticamente en cualquier momento compradores o vendedores para un determinado bien o servicio; y*
- c. *Los precios son conocidos y fácilmente accesibles para el público. Estos precios, además, reflejan transacciones de mercado reales, actuales y producidas con regularidad.*

Ciertamente la norma contable dedica unas líneas a definir el concepto de mercado activo y fiable. Sin embargo, la norma fiscal, nos muestra los métodos en virtud de los cuales deberá calcularse este valor de mercado, siendo en este sentido más estricta. A mi modo de ver, la norma contable es más cuidadosa en lo que a definición de mercado se refiere, pero deja a la voluntad del contribuyente la fijación del valor razonable cuando efectivamente exista un mercado fiable para ello. En cambio, la norma fiscal obliga a sujeto pasivo, no únicamente a valorar el precio a valor de mercado, sino que debe hacerse mediante la aplicación de uno de los tres métodos ofrecidos en primer lugar (precio libre comparable, coste incrementado y precio de reventa), y en caso de imposibilidad se permite la utilización de los dos subsidiarios (distribución del resultado y margen neto del conjunto de operaciones).

No suscita debate el hecho de afirmar que cuando un mercado cumple con estas condiciones, por una parte será fiable y activo, y por otra, los agentes que actúen en él lo harán bajo condiciones de libre competencia. Esta afirmación es tanto como concluir que ante la existencia de un mercado activo y fiable que desarrolla correctamente sus funciones, el valor razonable y el de mercado coincidirán⁸⁰. Recuérdese el objetivo promulgado por la Ley 36/2006 que en su

⁸⁰ También la doctrina está de acuerdo con esta afirmación, que en realidad no es otra que una conclusión obtenida de una lectura conjunta de la norma contable y fiscal. Se citan a algunos de los autores que han estudiado esta temática; entre otros, SANZ GADEA, “Operaciones vinculadas. Perspectivas contable y fiscal. Primera parte”, 2008, p. 8; CORDÓN EZQUERRO, T., “Valor de mercado y ajuste secundario en las operaciones vinculadas”. *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 312, 2009, p.160; GONZÁLEZ GARCÍA, A., “El ajuste secundario en operaciones entre empresas del grupo y partes vinculadas”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 323, 2010, p.187, nota núm. 1; RUIZ GARRÓS, S., “La contabilización y tributación del ajuste secundario en las operaciones vinculadas. Visión práctica. La identidad sustancial entre los criterios contable y fiscal”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 334, 2010, p. 76.

exposición de motivos señalaba que “*el régimen fiscal de las operaciones vinculadas recoge el mismo criterio de valoración que el establecido en el ámbito contable*”.

Ahora bien, qué sucede cuando no existe este mercado fiable. La norma contable relaciona, entre otras posibles, algunos de los métodos y técnicas de valoración que pueden ser aplicadas para llegar a obtener el valor razonable. En concreto menciona las siguientes:

- *Empleo de referencias a transacciones recientes en condiciones de independencia mutua entre partes interesadas y debidamente informadas.*

Acierta SANZ GADEA⁸¹ cuando asemeja esta técnica al método del precio libre comparable regulado en el artículo 16.4.1 a) del TRLIS. Sin embargo, me parece un tanto incoherente incorporar esta técnica como una más ante un mercado no activo. Precisamente, cuando existe un mercado activo y fiable este método es el que se utilizará en primer lugar, y no únicamente a nivel fiscal. Si bien es cierto que la norma contable no dispone de una enumeración de métodos ni obliga a su aplicación para la concreción del valor razonable cuando estamos dentro de un mercado fiable, no es menos cierto que cuando el contribuyente puede comparar referencias recientes en condiciones de independencia mutua, es precisamente porque está en un mercado que desarrolla plenamente sus funciones.

En conclusión, bajo la opinión de quien escribe estas líneas, esta referencia al empleo de esta técnica en concreto cuando no existe un mercado activo y fiable debería ser eliminado, pues precisamente sólo es aplicable cuando existe un mercado activo y fiable.

- *Referencia al valor razonable de otros activos que sean sustancialmente iguales.*
- *Métodos de descuento de flujos de efectivo futuros estimados.*

⁸¹ SANZ GADEA, “Operaciones vinculadas. Perspectivas contable y fiscal. Primera parte”, 2008, p. 8.

- *Modelos generalmente utilizados para valorar opciones.*

En cualquier caso, sigue la norma *“las técnicas de valoración empleadas deberán ser consistentes con las metodologías aceptadas y utilizadas por el mercado para la fijación de precios, debiéndose usar, si existe, la técnica de valoración empleada por el mercado que haya demostrado ser la que obtiene unas estimaciones más realistas de los precios”*.

Se ha visto pues que la norma contable ofrece varias alternativas para la fijación del valor razonable cuando el sujeto pasivo carece de un mercado activo de referencia. Ahora bien, es interesante observar cómo algunas de estas técnicas son propias de activos intangibles, como los instrumentos financieros. En contraste, los métodos de valoración fiscal recogidos en el artículo 16.4 del TRLIS están basados fundamentalmente en bienes tangibles. En este sentido, CORDÓN EZQUERRO⁸², se plantea si no sería deseable que el valor de mercado incluyera técnicas propias activos intangibles; observación que el legislador debería tener en cuenta; pues es notable la carga que soporta el contribuyente en cuanto a obligaciones de documentación se refiere, siendo la obligación principal valorar a mercado las operaciones vinculadas. Todo cuanto facilite esta labor que ahora recae en el sujeto pasivo debería ser bien recibido.

Otra cuestión debe ocuparnos ahora. Se ha visto cómo el valor razonable puede ser concretado aún no existiendo un mercado fiable y activo; de hecho, son varias y variadas las técnicas que se ofrecen al contribuyente, aunque ninguna de ellas exenta de complejidad. Pero, ¿qué ocurre cuando ni tan siquiera con la aplicación de estas técnicas es posible la fijación del valor razonable? En última instancia, la norma contable permite registrar el activo a su coste de adquisición. Este último inciso puede suponer una bocanada de oxígeno ante una operación de imposible valoración.

Ésta es una de las grandes diferencias respecto la norma fiscal, la cual obliga a buscar el valor de mercado por algunos de los cinco métodos señalados en el texto legal, imposibilitando tributar por el valor de adquisición.

⁸² CORDÓN EZQUERRO, “Valor de mercado y ajuste secundario en las operaciones vinculadas”, 2009, p.160.

Es inevitable preguntarse, qué ocurre con el valor de mercado si aplicando cualquiera de los cinco métodos previstos en el artículo 16.4 del TRLIS no es posible su fijación. Podría decirse que en un mercado fiable debe procurarse aplicar los tres métodos tradicionales fijados en la ley y que ante la inexistencia de mercado, deberá acudirse a los dos métodos residuales basados en el beneficio. En cualquier caso, la pregunta sigue en pie, ¿qué sucede cuando ninguno de los cinco métodos es aplicable? Pues la respuesta según el texto literal de la norma es clara; por difícil que sea debe buscarse el valor de mercado.

Es procedente traer a colación la interesante reflexión que realiza SANZ GADEA en este punto, pues el autor se plantea la validez fiscal de los modelos y técnicas de valoración contables⁸³. Imagínese un supuesto en el que ninguno de los cinco métodos del artículo 16.4 del TRLIS es aplicable por tratarse por ejemplo de un instrumento financiero. Teniendo en cuenta que el legislador fiscal no deja otra salida que valorar a mercado el activo y que en ningún caso podría valorarse a valor de adquisición, me sumo a la tesis del autor que defiende la aplicación de las técnicas y modelos contables, eso sí, cuando no pueda aplicarse ninguno de los métodos previstos en el artículo 16.4 del TRLIS, al fin y al cabo sería ésta la última alternativa para concretar el tan ansiado valor de mercado⁸⁴.

⁸³ El citado autor (*Operaciones vinculadas. Perspectivas contable y fiscal. Primera parte*, 2008, p. 9) argumenta como sigue la posible aplicación fiscal de las técnicas propiamente contables. “El rechazo, a efectos de valorar operaciones vinculadas, de las técnicas y modelos de valoración contables válidas para determinar el valor razonable en ausencia de un mercado activo por no estar expresamente mencionadas en el artículo 16.4 del TRLIS crearía un vacío muy difícil de colmar, por no decir imposible, en particular en el campo de los instrumentos de patrimonio y de los derivados. Podría, ciertamente, reprocharse al artículo 16.4 que no haya tenido la previsión de abordar esta materia, pero de ahí a negar la aplicación de las técnicas y modelos de valoración contables va un trecho muy largo a cuyo término no hay sino el precipicio.” Obsérvese como también CORDÓN EZQUERRO (“Valor de mercado y ajuste secundario en las operaciones vinculadas”, 2009, p.160) coincide con el autor en relación a una falta de amplitud o adecuación de métodos a la realidad económica, que no puede dejar al margen determinadas operaciones financieras.

⁸⁴ Particularmente interesante y llena de sentido común encuentro la observación de LONGARTE en su artículo (“Contabilidad y precios de transferencia: caminos que se cruzan pero no se enlazan”, *Revista Harvard – Deusto Finanzas & Contabilidad*, núm. 96, 2010) en cuya página 20 se expresa el autor con estas palabras: “Alcanzar el valor de mercado o razonable de un activo, pasivo, ingreso o gasto requiere inexcusablemente objetivación y buena calidad en las magnitudes comparables. Eso es cierto, pero también requiere sentido común y juicios de valor apropiados que tomen en consideración el conjunto de las circunstancias. Esto es algo que tradicionalmente ha hecho sentirse incómodos a los auditores que revisaban unas cuentas o estados financieros y, en general, a los directores financieros y, por eso, la postura prudente o conservadora es la que ha imperado en los balances y cuentas de resultados contables.”

A modo de resumen, estas son las situaciones que podrían darse:

1) Si existe un mercado fiable y activo, quiere decir que es de libre competencia y por tanto el valor razonable y el de mercado deberían coincidir. El valor de mercado deberá fijarse por uno de los métodos previstos en el artículo 16.4 del TRLIS, aplicando en primer lugar cualquiera de los tres métodos tradicionales y subsidiariamente, los dos métodos basados en el beneficio.

2) Si no existe un mercado fiable y activo, se aplicarán los métodos y técnicas contables, inclusive éstas, a mi modo de ver, deberían servir para concretar el valor de mercado. Así pues, el valor razonable y el de mercado podrían coincidir.

3) Si no existe mercado fiable y activo y no es posible la aplicación de ningún método ni técnica contable, se aplicará el coste de adquisición a nivel contable, lo cual no es admisible a nivel fiscal, que deberá reflejar la operación por el valor de mercado. La aptitud en estos casos, será en procurar encontrar argumentos que puedan convencer a la Administración Tributaria que el valor de adquisición es realmente el de mercado debido a la naturaleza extremadamente singular del activo o servicio, aunque como digo, con el literal de la normativa, únicamente se acepta el valor de mercado. ¿Puede el coste de adquisición ser el valor de mercado? Pregunta abierta de difícil respuesta, la cual debería ser rotundamente negativa; aunque como digo, el uso del condicional en la respuesta no es baladí.

La última de las cuestiones que sería deseable plantearse es en relación a la necesidad de introducir esta reciente norma de valoración contable que afecta únicamente a las operaciones intragrupo, cuando el criterio general que sigue inspirando el PGC es el coste de adquisición.

En este sentido, una cosa es determinar cómo actúa o debería actuar la fiscalidad de las operaciones vinculadas partiendo del texto contable como una realidad ineludible y estudiar los posibles efectos de esta dualidad normativa; y otra cosa muy distinta es opinar sobre las virtudes o defectos de los que adolece la NRV 21ª del PGC. En mi opinión, son varios los aspectos que deberían ser modificados pero en estas próximas líneas me centraré exclusivamente en la necesidad de valorar a valor razonable los *elementos objeto de la transacción*,

parafraseando a la misma norma. Cuestión distinta será la regla de calificación, que será abordada en el próximo apartado.

En primer lugar me centraré en el debate doctrinal que ha generado la entrada en vigor de esta controvertida norma de valoración; pues hay sectores doctrinales enfrentados con visiones totalmente opuestas.

CALVO VÉRGEZ y SANZ GADEA son de los autores que se han manifestado más vehementemente a favor de que la norma contable obligue a registrar las operaciones vinculadas por su valor razonable, lo cual, salvo en casos excepcionales en los que el valor razonable no coincida con el de mercado, supondrá a su vez el fiel cumplimiento de la norma fiscal en cuanto a criterio de valoración.

Como es bien sabido, el antiguo PGC de 1990 se amparaba, también para las transacciones efectuadas en el seno de un grupo, en el valor de adquisición, o lo que es lo mismo, no se establecía una valoración específica referida a las operaciones que realiza el sujeto contable con empresas del grupo, multigrupo o asociadas. Pero, tal y como recuerdan CALVO VÉRGUEZ⁸⁵ y SUÁREZ MOSQUERA⁸⁶, durante la vigencia del antiguo PGC, diversas consultas del ICAC ya anticipaban este cambio normativo. Así lo demuestra la nota emitida por el ICAC el 25 de abril de 2005 en relación con el tratamiento contable aplicable a las transacciones realizadas entre las empresas pertenecientes a un mismo grupo de sociedades, por parte del receptor de los elementos patrimoniales objeto de transmisión. En esta misma nota, al igual que la consulta número 3 del BOICAC número 64 de diciembre de 2005, se alertaba de la creciente necesidad de *“analizar la existencia en un mercado fiable del importe que podría haber sido acordado entre partes interesadas en condiciones de independencia mutua, entendiendo por el mismo el valor de mercado, si existe un mercado representativo o, en caso contrario, el derivado de aplicar modelos o técnicas de general aceptación y en armonía con el principio de prudencia”*.

⁸⁵ CALVO VÉRGEZ, J., “El régimen contable y fiscal de los negocios conjuntos. La aplicación de la norma de valoración 21ª del nuevo PGC como instrumento de planificación fiscal”, *La Gaceta fiscal*, núm. 292, diciembre de 2009, p.3.

⁸⁶ SUÁREZ MOSQUERA, C., “La calificación jurídica de las operaciones vinculadas, en la imposición directa, según la modificación realizada por la Ley 36/2006, de prevención del fraude fiscal”, *Documentos IEF*, núm. 19/07, Madrid, 2007, p. 5.

Sin embargo, el criterio general de valoración entre empresas del grupo seguía siendo el del coste de adquisición; aunque el terreno ya estaba abonado para el cambio, por lo que no fue una sorpresa la introducción en nuestro ordenamiento jurídico contable del criterio de valoración por el precio razonable.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el PGC del 2007 sigue apostando como criterio general de valoración por el coste de adquisición, ¿es adecuado que para las operaciones vinculadas el criterio mute del valor de adquisición al valor razonable? Según CALVO VÉRGUEZ el legislador contable únicamente matiza el criterio general de valoración contenido en el artículo 38 f) del CCO cuando *“una de las partes o, en su caso, ambas, no forman libremente su voluntad negociada”*⁸⁷. Y así es según las nuevas resoluciones del ICAC posteriores a la entrada en vigor de la NRV 21^a del PGC⁸⁸.

Cuestión distinta, prosigue el citado autor, es si este cambio de criterio de valoración ha sido oportuno. Bajo mi criterio, considero que no sólo ha sido inoportuno sino también contraproducente, pues es una fuente inagotable de generación de conflictos. Volveré a ello más adelante. Sea como fuere, desde la perspectiva jurídica, el hecho de introducir un criterio de valoración distinto para un grupo especial de operaciones no debería desvirtuar la validez de la NRV 21^a del PGC. A mayor abundamiento, el propio preámbulo de la Ley 16/2007 de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la UE, ya es consciente de asumir la posición más conservadora de las incluidas en las normas internacionales, limitando el uso del valor razonable. Pero la legalidad no tiene que estar vinculada al oportunismo legal; en otras palabras, ¿era oportuno modificar la regla de valoración para las operaciones entre empresas del Grupo? Mi respuesta es tan rotunda como negativa, aunque ello no disminuye su plena validez legal.

⁸⁷ Sigue el autor señalando que “La Norma 21^a resulta plenamente respetuosa con las normas legales contables relativas a la valoración y a la contabilización de la realidad económica, contenidas en los arts. 38, 38 bis del Código de Comercio, respectivamente”. “El régimen contable y fiscal de los negocios conjuntos. La aplicación de la norma de valoración 21^a del nuevo PGC como instrumento de planificación fiscal”, 2009, p.3.

⁸⁸ Véase la consulta número 6 del BOICAC núm. 79-2009 sobre la valoración y tratamiento contable de operaciones de préstamos a tipo de interés cero, formalizadas entre una sociedad y sus socios personas físicas o jurídicas. Literalmente apunta a la valoración por su valor razonable. Véase la NRV 9^a sobre instrumentos financieros.

En la postura contraria, si existe un autor que ha sido tremendamente crítico con la NRV 21ª del PGC ha sido LÓPEZ ALBERTS, quien sostiene que la norma contable “es producto de una visión limitada y contaminada por criterios fiscales, argumentando además que el criterio de valor razonable no cuenta con el respaldo de las NIIF ni en sus homólogos en la UE”⁸⁹. Curiosamente, tal y como recuerda CALVO VÉRGEZ, el punto II de la Exposición de Motivos de la citada Ley 16/2007, con la finalidad de lograr su adaptación a las NIIF, “alude como fuente interpretativa de la reforma contable a las Directivas Comunitarias y Reglamentos de la UE sobre las NIIF, al estimar que las mismas establecen dicha regla de contabilización teniendo en cuenta su fondo económico y no únicamente su forma legal”⁹⁰.

A lo largo del presente estudio iré desgranando los argumentos que finalmente me llevan a emitir un juicio final sobre la NRV 21ª del PGC, pues para efectuar un análisis completo es imprescindible valorar el segundo mandato que entraña la citada norma; me refiero a la regla de calificación. Sin embargo, sí que habiendo analizado sólo el criterio de valoración, estoy en disposición de afirmar mi más absoluto desconcierto delante una norma que, si bien *a priori* puede parecer digna de admiración por su voluntad de unificación de criterios contable y fiscal, no entiendo por qué existen diferencias significativas que en cualquier caso impiden hablar de normas homogéneas. Y voy más allá de aquellos casos aislados en los cuales el valor razonable puede no coincidir con el valor de mercado. No se acaba de entender que el alcance de ambas normativas sea tan distinto, pues la norma contable afecta a las operaciones en el seno de un grupo, multigrupo o asociadas, mientras que la regulación tributaria amplía este perímetro a más situaciones de vinculación. Así pues, podemos encontrarnos con una operación que no alcance el concepto de grupo

⁸⁹ LÓPEZ ALBERTS, H., “El ajuste secundario y la contabilización de las operaciones vinculadas” en AA. VV., *Las operaciones vinculadas. Análisis contable y fiscal* (coord. González González, J.M.). CISS, Madrid, 2009, p. 170. El citado autor va mucho allá apostando por la nulidad del PGC con contravención directa de lo establecido en el CCo. Sigue argumentado su postura señalando que “hay dos cuestiones que decantan, a nuestro entender, la balanza a favor de una declaración de nulidad del PGC en este punto concreto. La primera, el hecho de que las excepciones al principio de precio de adquisición deben establecerse por razón del bien, derecho u obligación considerados, y no por razón de los sujetos que realizan la operación. La segunda, y la más importante, que tales excepciones pueden introducirse sólo cuando la normativa comunitaria (los Reglamentos de la UE) contemplen el valor razonable como criterio único de registro y valoración de activos o pasivos en cuestión”.

⁹⁰ CALVO VÉRGEZ, J., *Operaciones Vinculadas y Subcapitalización. Cuestiones conflictivas y supuestos prácticos*. Ed. Aranzadi, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 219.

contable y por tanto deba ser registrada a valor de adquisición pero sí debe ser valorada a valor de mercado por caer en alguno de los supuestos del artículo 16.3 del TRLIS. Si esta situación puede existir y es resuelta sin problema mediante un ajuste extracontable, ¿por qué no puede aplicarse la misma teoría al resto de transacciones y registrarlas contablemente por su valor de adquisición? Esta dualidad de normas reguladoras de una misma realidad pretendiendo acercar posturas pero a la vez alejándose la una de la otra en aspectos claves, no puede en modo alguno procurar una situación pacífica.

3.2.- Regla de calificación: registro contable de la operación híbrida *versus* ajuste secundario

Tal y como ya se ha mencionado anteriormente, ambas normativas convergen en la idea de atribuir a cada sujeto pasivo interviniente en la operación la verdadera realidad de la transacción, primando por tanto el fondo sobre la forma. Siendo así las cosas, ambas esferas jurídicas han tenido en cuenta que el precio convenido puede diferir del que hubieran pactado las partes de actuar en un mercado de libre competencia, y de ahí la voluntad de reflejar, contable y fiscalmente, la verdadera realidad de la operación.

En el caso de la normativa contable, la NRV 21^a del PGC encuentra su fundamento legal en el artículo 34.2 del Código de Comercio, el cual postula por contabilizar las operaciones atendiendo a su *realidad económica y no solo a su forma jurídica*. Curiosamente, este principio no tenía cabida en el antiguo PGC de 1990, de hecho, no se establecía ninguna regla específica de valoración y por ende, tampoco de calificación. No obstante, y antes de la entrada en vigor del actual PGC, el ICAC ya se había pronunciado en algunas resoluciones otorgando prevalencia al fondo sobre la forma amparándose en la necesidad de reflejar la imagen fiel de la empresa⁹¹.

⁹¹ Especialmente relevante fue la consulta publicada por el BOICAC núm. 48 de diciembre de 2001, en la cual se señala lo siguiente: “*En este punto hay que resaltar que, en todo caso, en el registro contable es necesario analizar las operaciones objeto de registro en su conjunto, atendiendo al fondo económico que subyace en las mismas y con independencia de las denominaciones jurídicas utilizadas.*”

En este sentido, si el fondo de las operaciones descritas pusiera de manifiesto que no se trata de verdaderas transmisiones de activos entre personas jurídicas diferentes, habrá que atender a la verdadera naturaleza económica de las operaciones para proceder a su tratamiento contable, lo que exige analizar el fondo de aquélla.

Sin embargo, en el ámbito fiscal, este principio de calificación ya existía a través del artículo 13 de la LGT, en virtud del cual *“las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado”*⁹². Más adelante se analizará la necesidad de regulación del ajuste secundario contando en nuestro ordenamiento jurídico con una norma que, aunque de ámbito extenso, es propiamente una norma de calificación.

Sea como fuere, ambas normativas, tanto la contable como la fiscal, han querido regular específicamente la calificación en las operaciones efectuadas entre partes no independientes, o lo que es lo mismo, transacciones en las que las voluntades de las partes podían tener intereses comunes más allá de la contraprestación propia de la operación. Existe un elemento común indiscutible: ante una operación cuyo valor convenido difiere del valor de mercado o razonable, una de las partes ostenta un exceso de tesorería respecto

A este respecto, si del citado análisis se concluyera que el objetivo perseguido y la realidad derivada de las operaciones realizadas no es la propia de una transmisión real de activos entre personas jurídicas diferentes y lo único que se quiere conseguir con aquéllas es el reflejo de resultados o revalorizaciones de activos u otros fines que no atienden en su fundamento económico a la forma jurídica empleada, dado que la contabilidad tiene el objetivo de alcanzar la imagen fiel habría que poner de manifiesto este hecho, de forma que no se produjera el registro del resultado a que se ha hecho referencia ni el registro de los activos por valores contables superiores”.

A raíz de esta consulta, considero oportuno citar de nuevo la nota publicada por el ICAC en fecha 25 de abril de 2005 en relación con el tratamiento contable aplicable a las transacciones realizadas entre las empresas pertenecientes a un mismo grupo de sociedades, por parte del receptor de los elementos patrimoniales objeto de transmisión. En dicha nota, firmada directamente por José Ramón García González como presidente de la institución, se reproduce exactamente los tres párrafos que se acaban de transcribir, que sirven como punto de partida para llevar a debate *“las interpretaciones que se han venido realizando sobre el contenido de la consulta reproducida, debe aclararse en este momento que la misma no cuestiona con carácter general el fondo económico de las operaciones realizadas entre empresas del grupo, por lo que será necesario un análisis concreto de cada una de las operaciones”*. Finalmente, y en plena sintonía con la consulta núm. 48 de diciembre 2001, el ICAC concluye indicando que ante la ausencia de intereses contrapuestos y en caso de existir un valor fiable, *“en la medida en que el precio acordado difiera del mismo, deberá tenerse en consideración la naturaleza económica híbrida que este hecho pondría de manifiesto (como expresa materialización del fondo económico de las operaciones), lo que es determinante a la hora de proceder a otorgar su adecuado tratamiento contable (por ejemplo, podría poner de manifiesto la existencia de donaciones entre empresas o reparto de dividendos)”*. Obsérvese pues que el ICAC no únicamente apoya la consulta de 2001, sino que inclusive nos ofrece ejemplos concretos. En consecuencia, con el PGC de 1990 en vigor, ajeno al principio de calificación, la postura del ICAC era contundente, más si tenemos en cuenta que meses más tarde de la nota publicada, otra consulta publicada en el BOICAC como la núm. 64 en diciembre de 2005, volvía a insistir en la primacía del fondo sobre la forma, poniendo negro sobre blanco lo que era un hecho pero no se había escrito anteriormente, que no existe *“una manera estándar de registro”*, exactamente igual que la regulación vigente.

⁹² Así nos lo recuerda entre otros, SERRANO GUTIÉRREZ, en su artículo *“La aplicación del valor normal de mercado en las operaciones vinculadas. Criterios contables y fiscales”*, *Actum*, núm. 1, marzo 2007, p. 80.

el defecto que sufre la otra; y es precisamente este diferencial el que debe ser calificado acorde a su realidad.

Sin embargo, y a pesar de esta aparente convergencia entre ambas normativas, varios son los puntos divergentes que las separan, los cuales serán estudiados con detenimiento en este apartado.

3.2.1.- Determinación de las calificaciones: objetividad parcial de la norma fiscal *versus* la subjetividad de la norma contable

Ante una rápida lectura de ambas normas es fácil darse cuenta que, mientras la NRV 21ª del PGC exige registrar la diferencia atendiendo a la realidad económica de la operación, el artículo 16.8 del TRLIS y el artículo 21 bis del RIS van más allá imponiendo unas calificaciones concretas en función de la relación socio-sociedad y teniendo en cuenta el porcentaje de participación. En concreto, y como es bien sabido, cuando la diferencia fuese a favor del socio, la parte de este diferencial que se corresponda con el porcentaje de participación tendrá la consideración de retribución de los fondos propios para la entidad y como participación en beneficios para el socio. Respecto la parte del porcentaje que no se corresponde con la participación, la calificación será igualmente de retribución de los fondos propios para la entidad y de utilidad percibida por la condición del socio de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.1.d) de la LIRPF para el partícipe. Distinto será cuando el exceso de tesorería confluye en manos de la sociedad, en cuyo caso la parte de la diferencia que se corresponda con el porcentaje de participación tendrá la consideración de aportación al socio para la entidad y aumentará el valor de adquisición de la participación del socio. La parte que no se corresponde con el porcentaje de participación será renta para la sociedad y liberalidad para el socio.

Obsérvese cuán problemático puede llegar a ser el ajuste secundario respecto la parte que no se corresponde con el porcentaje de participación, pues en cualquier caso se estará ante una doble imposición sin posibilidad de subsanación; piénsese en que la eliminación de la doble imposición afecta exclusivamente a los dividendos y participaciones en beneficios, dejando fuera lo que se conoce como “utilidades”. A su vez, las liberalidades son gastos fiscalmente no deducibles. En el próximo capítulo se analizarán cuáles son las

consecuencias directas e indirectas de estas calificaciones entrando a valorar las bondades y defectos de estas calificaciones apriorísticas que nos brinda la normativa fiscal. Por ahora, debemos centrarnos en las reglas de calificación contable y fiscal.

Así, una lectura de ambos preceptos nos llevaría a una conclusión meridiana; mientras la NRV 21^a del PGC obliga a registrar la operación según su realidad económica sin imponer una calificación de antemano previa⁹³, la normativa fiscal asume como válidas determinadas calificaciones cuando las partes afectadas sean socio y sociedad.

El legislador contable no ha querido constreñir el derecho del sujeto pasivo a calificar una operación, dado que cuenta con un abanico de posibilidades muchísimo más amplio que las ofrecidas por el legislador fiscal, el cual delimita muy bien cuáles deben ser las calificaciones. De ahí que entienda que la norma de calificación contable es más bien subjetiva, pues a pesar de estar obligado el sujeto pasivo a calificar la operación siempre que el valor convenido difiera del valor razonable, debe analizar la operación entrando en su fondo y registrarla según su verdadera realidad económica, registrando la operación híbrida que se esconde tras la operación formalmente ejecutada, dejando en consecuencia margen a la subjetividad en cuanto a la calificación se refiere. Así pues, será el contribuyente quien decida qué cuentas contables deberá utilizar para registrar la operación híbrida, entendida como aquella generada por la diferencia entre el precio convenido y el valor razonable. Es decir, la operación principal se registrará atendiendo a su valor razonable y la operación híbrida, (operación secundaria, según la normativa fiscal) se contabilizará de acuerdo con el fondo económico de la misma⁹⁴.

⁹³ SANZ GADEA, (“Operaciones vinculadas. Perspectivas contable y fiscal. Primera parte”, 2008, p. 10) apunta algunas posibilidades de calificaciones, que no son las únicas pero sí las más frecuentes, dice el autor; “tales como:

- Distribución de dividendos determinante de ingresos
- Distribución de dividendos determinante de una disminución del valor de adquisición de la participación
- Aportación a los fondos propios
- Reducción de los fondos propios
- Adjudicación de cuotas de liquidación”

⁹⁴ Se apunta aquí la acertada advertencia de CORDÓN EZQUERRO (“Valor de mercado y ajuste secundario en las operaciones vinculadas”, 2009, p.163) acerca a la dificultad que puede entrañar la calificación contable, dado que “no siempre va a ser sencillo delimitar la verdadera

Por el contrario, entiendo que el legislador tributario ha partido de lo que podría denominarse *objetividad parcial*. La utilización del término *objetividad* responde a las reglas definidas en el artículo 16.8 del TRLIS y del 21 bis del RIS, las cuales determinan cómo debe calificarse el exceso de tesorería ante operaciones entre socio y sociedad. CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ bautizan al ajuste secundario como objetivo y automático⁹⁵. Comparto con ellos ambos adjetivos, pues al final y al cabo, se presume el comportamiento elusivo del contribuyente. Ahora bien, ¿existe margen para calificar las rentas de forma distinta de las propuestas en los citados artículos? Parece que el legislador, ante un atisbo de racionalidad, optó por introducir algo de luz a esta complicada regulación a través del apartado 3 del artículo 21 bis del RIS, en virtud del cual *la calificación de renta puede ser distinta a la prevista cuando se acredite una causa diferente a las contempladas* en el apartado 2 del artículo 21 bis del RIS. Es decir, ante una operación vinculada entre socio y sociedad las diferencias siempre tendrán una determinada consideración, lo que pudiera parecer una presunción *iuris et de iure*. Sin embargo, esta presunción adquiere la categoría de *iuris tantum* gracias al apartado 3 del artículo 21 bis del RIS, el cual desplaza la carga probatoria al sujeto pasivo, quien deberá probar que efectivamente no existía un propósito fraudulento o elusivo en la transacción y que por tanto no procede la calificación tal y como la propone literalmente el artículo 21 bis del RIS en su apartado 2. De ahí que entienda que esta objetividad, la cual por supuesto existe, podría llegar a ser parcial, dado la posible entrada de otra calificación, siempre que la misma pudiera llegar a probarse por parte del contribuyente. ¿Eso significa que podría llegar a entenderse este apartado 3 del artículo 21 bis del RIS como una escapatoria al ajuste secundario? A mi entender, es una entrada de oxígeno a las reglas de calificación pero no nos confundamos; se trata de una entrada de oxígeno parco y condicionado, pues únicamente si el contribuyente consigue probar una causa distinta de las inicialmente previstas podrá optar por otra más

realidad económica de las operaciones cuando exista divergencia entre la naturaleza jurídica del negocio y la forma jurídica por medio de la cual se ha realizado la operación”.

⁹⁵ De hecho, ambos autores (CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.), reconocen estar frente “a un modelo de ajuste secundario de carácter objetivo y no subjetivo (no se requiere intención o propósito elusivo) pero al menos, el artículo 21.3 bis del RIS ha otorgado un cierto carácter subjetivo”. “Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 316, 2009, p. 54.

conveniente y acorde con la realidad. Muchos son los vicios de los que adolece la regulación del ajuste secundario, siendo uno de ellos la redacción de este apartado 3 del artículo 21 bis del RIS. Si bien es cierto que creo que dicho artículo debería interpretarse tal y como sostienen CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, no es menos cierto que la literalidad del precepto no invita a la no aplicación del ajuste secundario, sino a calificar las rentas puestas de manifiesto de una manera *distinta* de las exigidas⁹⁶. Insisto, sin embargo, en que creo que la redacción del citado artículo no debería dejar lugar a dudas en que así pudiera ser pero la realidad es la que es y el precepto normativo, bajo mi opinión, no garantiza *per se* una salida a la no aplicación del ajuste secundario, sino que únicamente ofrece al sujeto pasivo la posibilidad de probar ante la Administración Tributaria que la calificación de la diferencia no responde a ninguna de las operaciones propuestas por el artículo 21 bis.2 del RIS. Exactamente en el mismo sentido que los autores citados se ha pronunciado CORDÓN EZQUERRO⁹⁷, quien considera que el artículo 21 bis.3 del RIS puede ser una vía para probar que ha habido un error en las facturas o que realmente no existe una voluntad real de transferir rentas, sino tan solo una discrepancia entre el precio convenido y el de mercado.

Así, cuando pueda aplicarse el artículo 21 bis.3 del RIS, tal y como nos recuerda RUIZ GARRÓS⁹⁸, “se vuelve a la regla general fiscal y contable, es decir, se tendrá en cuenta la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto o el fondo económico de los desplazamientos patrimoniales realizados”. Es curioso observar que precisamente cuando el sujeto pasivo no puede ceñirse a las calificaciones concretas exigidas por la normativa fiscal, la propia normativa

⁹⁶ Los citados autores sostienen que el artículo 21 bis.3 del RIS habilita a la no aplicación del ajuste secundario, siempre, por supuesto, que así lo pueda probar el sujeto pasivo. De hecho, CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ van más allá, pues entienden que el artículo 21 bis.3 del RIS puede habilitar al contribuyente para acreditar lo siguiente: “(1) que no existía voluntad alguna de transferencia de rentas entre partes vinculadas ni propósito elusivo (una inversión de la carga de la prueba un tanto arbitraria, puesto que debiera ser la administración quien acreditara el propósito elusivo), (2) que la transferencia es el efecto de la diversidad de opiniones sobre el precio de mercado aplicable o, simplemente, (3) es un error que puede ser corregido con la emisión de nuevas facturas.” “Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas”. 2009, p. 56.

⁹⁷ CORDÓN EZQUERRO, “Valor de mercado y ajuste secundario en las operaciones vinculadas”, 2009, p.169.

⁹⁸ RUIZ GARRÓS, “La contabilización y tributación del ajuste secundario en las operaciones vinculadas. Visión práctica. La identidad sustancial entre los criterios contable y fiscal”, 2010, p.78.

fiscal le permite un mayor grado de subjetividad, exactamente igual que en la normativa contable, pues se le abre un abanico inmenso de posibilidades de calificación de la renta pero con una destacable diferencia: el contribuyente a nivel fiscal únicamente podrá recalificar la renta de una manera diferente siempre y cuando pueda acreditar una causa distinta a las contempladas en el artículo 21 bis.2 del RIS; mientras que en la norma contable, la subjetividad en la calificación es el punto de partida.

Todavía es pronto para adelantar la conclusión final de este trabajo pero entiendo el desiderátum de CORDÓN EZQUERRO respecto la norma fiscal, pues quizás bastaba simplemente con un principio general como el de la normativa contable; dado que la mayor seguridad jurídica pretendida por las reglas específicas y concretas de calificación no siempre podrán ser aplicables. Se constata una vez más la rigidez de la normativa fiscal con un ajuste secundario de naturaleza objetiva, aunque como digo, con tintes parciales, pues el artículo 21 bis.3 del RIS es la evidencia de un esfuerzo en esta dirección, aunque insuficiente desde mi punto de vista; más si cabe teniendo en cuenta el desplazamiento de la carga de la prueba.

Por último, la objetividad del ajuste secundario también es parcial por una simple razón de ámbito regulatorio; de suerte que el artículo 16.8 del TRLIS y su desarrollo reglamentario mediante el artículo 21 bis del RIS únicamente proponen unas reglas de calificación específicas cuando las partes son socio y sociedad, dejando a la subjetividad de las partes el resto de supuestos, pero obligando en todo caso a otorgar el *tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia de precios*.

3.2.2.- Realidad económica de la norma contable versus naturaleza jurídica de la norma fiscal

Es importante subrayar un matiz en la redacción de ambos preceptos que aún no conllevando forzosamente a un resultado distinto, bien podría serlo y merece la pena hacer alusión. Me refiero a la concepción de lo que se entiende por “fondo de la operación”. Así, mientras la NRV 21ª del PGC señala que la transacción deberá realizarse atendiendo a la *realidad económica* de la

operación, tanto el artículo 16.8 del TRLIS como el artículo 21 bis del RIS, hacen referencia a otorgar el tratamiento fiscal que corresponda según la *naturaleza* de las rentas puestas de manifiesto.

Esta diferencia ya fue detectada por VADILLO CASERO⁹⁹, quien se preguntó si ello puede generar alguna diferencia. Antes de seguir avanzando en la resolución de esta cuestión y ver si se trata de un conflicto de carácter puramente semántico y de poca incidencia, o más bien otro de índole más profunda, debemos preguntarnos a qué tipo de naturaleza se refiere la norma fiscal, a la económica o a la jurídica. Teniendo en cuenta el recorrido experimentado por la LGT¹⁰⁰, estoy plenamente de acuerdo con el citado autor en cuanto que la calificación fiscal debe ceñirse a la naturaleza jurídica de los hechos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta la literalidad del artículo 12.1 de la LGT, el cual alude directamente a la interpretación de las normas jurídicas *con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 del Cc*. El citado artículo del Cc es de índole más amplia, señalando que la interpretación de las normas se efectuará *según el sentido propio 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, y aún siendo consciente que el criterio económico no es el que debe primar en la calificación fiscal, como sí afecta en exclusiva a la calificación contable, entiendo que en modo alguno debe prescindirse absolutamente de la realidad económica, pues a mi modo de ver, ésta atañe directamente al contexto en el que pueden estar reguladas las normas.

⁹⁹ El autor se cuestiona si esta diferencia conduce o pueden conducir a resultados distintos o cuál tiene prevalencia en cas caso de disparidad o conflicto; “El ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, CEF, Trabajo presentado al X Curso de Alta Especialización en *Fiscalidad Internacional* celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales del segundo semestre de 2008, p. 260.

¹⁰⁰ Conviene resaltar que lo comentado por PÉREZ ROYO, F. (*Derecho Financiero y Tributario. Parte General*. 23ª ed. Civitas, Pamplona, 2013, pp. 132-134), y recogido también por VADILLO CASERO, C. C. (“El ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, CEF, Trabajo presentado al X Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del IEF en el segundo semestre del 2008, pp. 260-261 y nota 16) respecto al antiguo artículo 25 de la LGT de 1963, el cual distinguía entre tributos cuyo hecho imponible era definido atendiendo a criterios jurídicos y aquellos que lo hacían de acuerdo con criterios económicos. En la actualidad, y a través de la Ley 25/1995, de 20 de julio, de modificación parcial de la LGT, empleando los mismos términos que VADILLO CASERO se “desterró las caducas teorías que sostenían que la calificación se realizase en función de la realidad económica de las operaciones que se establezcan por los interesados”. Este cambio supuso que la calificación de la norma jurídica debe realizarse con parámetros jurídicos y no económicos, alejando las referencias económicas que puedan afectar a una operación.

Ante un razonamiento purista de ambas normativas, bien podría decirse que la calificación en el ámbito tributario únicamente se fundamenta bajo presupuestos jurídicos y no económicos, pero en la práctica, tal y como apunta VADILLO CASERO, ambas calificaciones “conducirán a un mismo resultado”. Detrás de las calificaciones apriorísticas detalladas en la normativa fiscal ante una operación vinculada entre socio y sociedad, ¿no se esconde también una realidad económica y no estrictamente jurídica? A mi modo de ver, sí, pues al final y al cabo las calificaciones responden a actos económicos amparados bajo una norma jurídica, como puede ser una distribución de resultado.

Ahora bien, ¿qué sucedería si efectivamente la realidad económica y la jurídica no coincidieran? En este caso sólo cabría la vía del ajuste extracontable, lo cual es tanto como afirmar que las calificaciones fiscal y contable no son del todo coincidentes, como sí parece defender SANZ GADEA¹⁰¹, según el cual solo existe una calificación, y no dos, pues ambas versan sobre la misma operación vinculada.

En opinión de quien escribe estas líneas no me parece tarea sencilla buscar supuestos en los que no haya coincidencia en la calificación, pues al fin y al cabo, la realidad económica es una realidad más que la norma fiscal debe tomar en consideración por estar ésta dentro del contexto que enmarca cualquier norma. No obstante, podría darse el caso, no poco frecuente, de una transacción vinculada entre socio y sociedad cuya diferencia entre el precio convenido y el de mercado residiera en manos del socio, en cuyo caso, y en aplicación al artículo 16.8 del TRLIS y el artículo 21 bis.1 del RIS, respecto la parte que dicha diferencia que correspondiera al porcentaje de participación, el socio estaría recibiendo una distribución de beneficios, y por ende, la sociedad repartiendo resultado. Esta es la calificación jurídica a la que deberíamos ceñirnos. Ahora bien, imagínese que la entidad no cuenta con resultados este año ni tampoco con reservas voluntarias, lo cual es incompatible con un reparto de beneficios. En este supuesto, un análisis económico de la situación, tal y como exige la norma contable, nos llevaría a entender que quizás la operación que se está llevando a cabo no es una distribución de beneficios sino más bien una devolución de aportaciones al socio, ambas operaciones con distintas

¹⁰¹ SANZ GADEA. “Operaciones vinculadas. Perspectivas contable y fiscal. Primera parte”, 2008, pp. 11 y 12.

consecuencias contables y económicas. ¿Qué calificación debería primar en un caso como éste? ¿Jurídicamente debería forzarse la realidad económica? A tenor de una lectura literal de la ley, dos serían las opciones; la más conveniente sería aplicar el artículo 21 bis.3 del RIS y efectuar fiscalmente la misma calificación que se registra contablemente; pues si así puede probarse, la entidad podría otorgar una *“calificación de renta distinta a la prevista cuando se acredite una causa diferente a las contempladas”*. En este caso, la base imponible coincidiría con el resultado contable. Sin embargo, otra segunda opción, bajo mi punto de vista carente de sentido, pasaría irremediabilmente por registrar la operación contablemente en un sentido pero a nivel tributario tener en cuenta otra operación con sus correspondientes efectos fiscales.

Sea como fuere, esta diferencia de matiz entre realidad económica y jurídica, aunque aparentemente puede, en la mayoría de casos, no tener un impacto directo, en determinadas ocasiones se pondrá de manifiesto con los inconvenientes que esta dualidad puede generar. Y ello es suficiente para, en mi opinión, no poder afirmar categóricamente la existencia de una sola calificación, tal como sostiene SANZ GADEA¹⁰², dada la posibilidad real que puedan existir diferencias tal y como se ha procurado explicar.

Cierto es que la voluntad del legislador contable y fiscal es la misma, primar el fondo sobre la forma y cierto es también que es muy probable que la calificación final acabe siendo coincidente pero pudiera darse el caso que no fuera así, lo cual no sería sinónimo de incumplimiento normativo, todo lo contrario, es decir, podríamos estar cumpliendo tanto la normativa fiscal como la contable, y precisamente por eso, contar con dos calificaciones distintas. No es una situación muy usual pero tampoco inviable. Lo que más temor me infunde es pensar que ante una situación de tensión normativa, y teniendo en cuenta la naturaleza subjetiva de la regulación contable, se registre contablemente lo estipulado por la norma fiscal. Esto sería tanto como afirmar que la norma contable está altamente contaminada de la norma fiscal. Sin embargo, éste es el

¹⁰² SANZ GADEA, “Operaciones vinculadas. Perspectivas contable y fiscal. Primera parte”, 2008, p. 12. Dice el autor que “bajo tal escenario la calificación contable y la fiscal serían coincidentes, al menos en el plano teórico. En efecto no existen, dos calificaciones distintas, una de carácter contable y otra de índole fiscal. Hay una sola calificación que versa sobre la operación vinculada, o por mejor decir sobre el desplazamiento patrimonial que deriva de la diferencia entre el valor convenido y el razonable o de mercado”.

riesgo de hacer dos regulaciones en una misma dirección pero discurrendo en vías paralelas.

3.2.3.- Legitimidad en el sujeto pasivo

La última cuestión a abordar es la relacionada con la legitimidad en cuanto a la calificación de las rentas. ¿Quién está legitimado para calificar el excedente de beneficios que posee una de las partes intervinientes en la operación vinculada? ¿La normativa contable y fiscal legitiman a la misma persona para llevar a cabo la tarea de la calificación, o nada tiene que ver al tratarse de dos calificaciones distintas previstas en dos normativas distintas?

Curiosamente no hay debate doctrinal acerca de quién debe calificar a nivel contable una renta pero sí se ha generado este debate en el terreno del ajuste secundario. Precisamente por su importancia, se le dedica un apartado completo en el que se analiza la cuestión con más profundidad. Sin embargo, sí que creo oportuno anticipar las conclusiones básicas alcanzadas por la doctrina al respecto.

En cuanto a la calificación contable no suscita duda alguna entre la doctrina, de hecho, el mandato es directo al sujeto pasivo. Muy oportunos son los términos empleados por CORDÓN EZQUERRO, quien acertadamente señala que “nadie mejor que las partes intervinientes en la operación para realizar la identificación de la naturaleza jurídica de los negocios y seleccionar las cuentas apropiadas según su mejor criterio, dado que la norma contable no especifica las cuentas a utilizar.”¹⁰³

Ahora bien, la cuestión no es tan pacífica respecto el ajuste secundario, dado el silencio normativo acerca de este aspecto. Comparto, como no podía ser otra manera, las críticas al ajuste secundario también por este aspecto, pues parece inverosímil que un artículo que puede generar tantos efectos directos e indirectos desde el punto de vista fiscal así como la generación de nuevos hechos imposables, no delimite claramente quién está legitimado para aplicarlo.

¹⁰³ CORDÓN EZQUERRO “Valor de mercado y ajuste secundario en las operaciones vinculadas”, 2009, p. 163.

Parte de la doctrina¹⁰⁴ entiende que el ajuste secundario va dirigido en primer lugar al sujeto pasivo, que es quien tiene la obligación de seguir sus dictados, y únicamente en caso de comprobación la Administración Tributaria recalificará las calificaciones efectuadas por el contribuyente. A su vez, otros autores consideran que de la lectura de la norma no puede inferirse claramente la exclusión del sujeto pasivo o de la Administración, de manera que entienden que el mandato va dirigido en una doble dirección y precisamente por eso ambos estarían legitimados para aplicar el ajuste secundario.

Insisto en que este aspecto va a ser tratado con mayor profundidad en otro apartado pero de lo que sí debe señalarse ahora es este otro posible punto de fricción entre la calificación contable y la fiscal. En este sentido, mientras la calificación contable es efectuada sin lugar a dudas por el propio contribuyente, respecto la calificación fiscal el debate sigue abierto, y aunque a mi modo de ver el sujeto pasivo debe estar legitimado para ello, bien pudiera ser practicado por la Administración en el seno de una comprobación, la cual en caso de discrepancia debería directamente efectuar los ajustes extracontables que considere oportunos pero no revisar la contabilidad. Coincido plenamente con VADILLO CASERO¹⁰⁵ en este asunto, pues aunque el artículo 145 de la LGT permita a la Administración aplicar normas contables para determinar la base imponible, en tanto existe una regulación específica de naturaleza fiscal, siendo más precisa y detallada que la contable, debería ser ésta la directamente aplicable por la Administración, corrigiendo extracontablemente las discrepancias con la norma contable.

Así pues, a modo de conclusión, las reglas de calificación contable y fiscal pueden ciertamente ser coincidentes pero en modo alguno podría predicarse su total convergencia, pues si bien es cierto que persiguen un objetivo común, hay diferencias en el cómo; diferencias que en la mayoría de casos podrán suponer una calificación equiparable e incluso idéntica pero en cualquier caso, estas

¹⁰⁴ SANZ GADEA, “Modificaciones introducidas en el Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 35/2006 y 36/2006”, 2007, p. 40; VADILLO CASERO, “El ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2008, p. 260 y CAAMAÑO ANIDO, M. A., “Comentarios al nuevo régimen de documentación de las operaciones vinculadas”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 311, 12/2009, pp. 59-60.

¹⁰⁵ VADILLO CASERO, “El ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2008, p. 260.

diferencias existen y pueden ser perceptibles y aflorar en determinados escenarios.

3.3.- Perímetro de vinculación

La diferencia que, a mi modo de ver, es más significativa y que acarrea unas consecuencias contables y fiscales más directas es, sin lugar a dudas, el perímetro de vinculación al cual le es de aplicación la normativa contable y fiscal. Por increíble que pueda parecer, y a pesar de la ineludible voluntad de convergencia entre el criterio fiscal y contable manifestada en la exposición de motivos de la Ley 36/2006, hay un aspecto en el que ambas normativas no coinciden y ello hace que pierda peso el argumento de aquellos que defienden a ultranza la convergencia de ambas regulaciones; me estoy refiriendo al perímetro de vinculación, esto es, a los sujetos afectados por cada norma.

La NRV 21^a del PGC asume como ámbito de aplicación aquellas operaciones efectuadas entre empresas del grupo, cuya definición nos la ofrece el artículo 42 del Código de Comercio, existiendo grupo “*cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras*”. El citado artículo indica en particular las situaciones en las cuales se entiende que existe grupo cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a. Posea la mayoría de los derechos de voto.*
- b. Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*
- c. Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.*
- d. Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.*

CAAMAÑO ANIDO¹⁰⁶, en un artículo, y BAEANA SALAMANCA¹⁰⁷, en otro, nos recuerdan la decisiva reforma en el artículo 42 del CCO introducida por la Ley 16/2007 de Reforma y Adaptación de la legislación mercantil en materia contable respecto el concepto de “control”. En la actualidad el aspecto sobre el que pivota el concepto de grupo es el “control”, pues habrá grupo cuando la participación que una entidad ostente sobre otra le permita directa o indirectamente controlar sus derechos de voto o el nombramiento o cese de administradores. Ello contrasta con el concepto de “unidad de decisión” sobre el que descansaba la noción de grupo. Sin embargo, la Norma 13^a de elaboración de las cuentas anuales amplía la definición del grupo, entendiendo como tal no únicamente cuando dos sociedades “*estén vinculadas por una relación de control, directa o indirecta, análoga a la prevista en el artículo 42 del CCO para los grupos de sociedades*”, sino también “*cuando las empresas estén controladas por cualquier medio por una o varias personas físicas o jurídicas, que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias.*”

Así pues, ante una lectura prudente y extensiva de la NRV 21^a del PGC puede entenderse que efectivamente la noción de grupo a nivel contable no sólo se ciñe a la definición del artículo 42 del CCO, sino que es inclusiva del control que puedan ejercer también las personas físicas. No obstante, esta “ampliación” del concepto de grupo contable sigue quedando lejos del ámbito de actuación de la norma fiscal, siendo ésta muchísimo más extensiva.

Obsérvese ahora cuán diferente es la normativa fiscal, pues basta con una lectura del artículo 16.3 del TRLIS¹⁰⁸ para detectar que puede ser muy

¹⁰⁶ CAAMAÑO ANIDO, M. A., “Reflexiones sobre el nuevo régimen de operaciones entre partes vinculantes. Particular referencia a los ajustes secundarios. *Reseña de actualidad fiscal, Economista*, núm. 45, enero 2008, p. 15.

¹⁰⁷ BAENA SALAMANCA, , “Las operaciones vinculadas y el ajuste secundario en el Impuesto sobre Sociedades”, 2009, p. 7.

¹⁰⁸ Léase MATEU RUANO, L. (“Novedades en materia de precios de transferencia: operaciones vinculadas”, *Quincena Fiscal*, núm. 14, 2007, p. 26) sobre las modificaciones introducidas por la Ley 36/2006 en los supuestos de vinculación del artículo 16.3 del TRLIS respecto la antigua regulación. En resumen:

- Se ha sustituido el término sociedad por el de entidad, quedando por tanto incluidos otros sujetos pasivos del IS que no tienen forma societaria.
- Se ha ampliado los parientes afectados por la norma de vinculación, incluyéndose a los parientes en línea directa o colateral por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado

frecuente que exista grupo fiscal pero no contable; piénsese que con una participación de un 5% sobre una sociedad no cotizada y un 1% sobre una cotizada ya se entiende que existen partes vinculadas¹⁰⁹. En estos casos, no habría grupo contable pero sí fiscal.

Esta diferencia de regulaciones ha sido detectada con facilidad por la doctrina¹¹⁰ pero en mi opinión, esta disparidad de criterio en cuanto a perímetro de vinculación es tan grave como admitir que cualquier voluntad de convergencia buscada con anhelo por el legislador, quedaría prácticamente anulada. Quien escribe estas líneas se plantea por qué tantos esfuerzos, aún con notables aspectos de mejora, pero aún así, esfuerzos para aunar criterios de valoración y calificación cuando el ámbito de aplicación de la normativa contable puede ser tan distinto de la normativa fiscal.

La consecuencia directa de esta diferencia de perímetro de aplicación es reveladora: una gran mayoría de operaciones entre partes vinculadas según el artículo 16.3 del TRLIS no les será de aplicación del NRV 21^a del PGC; por lo que deberán registrar contablemente la operación a coste de adquisición sin calificación alguna. Sin embargo, fiscalmente sí deberán tributar conforme el valor de mercado de la transacción (operación primaria), así como también teniendo en cuenta su calificación (operación secundaria). Así las cosas, la única vía posible para lograr una base imponible que refleje tanto el valor de

de los socios, administradores o consejeros (y no sólo a los cónyuges, descendientes y ascendientes)

- Se han incluido los administradores de hecho.
- Existirá grupo cuando una entidad ostente o pueda ostentar el control de otra u otras según los criterios establecidos en el artículo 42 CCO, con independencia de su residencia y de la obligación de formular cuentas anuales.

Vid. también GIMÉNEZ ROMEO, M., “Nuevo artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades”, Trabajo presentado al VII-B Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales del primer semestre del 2007, *IEF*, p. 184.

¹⁰⁹ En este mismo sentido se pronuncia CENCERRADO MILLÁN, quien afirma que “la mayoría de las operaciones realizadas entidades vinculadas quedan al margen de la NRV 21^a.” “Ajuste secundario” en AA. VV., *Casos prácticos de operaciones vinculadas a la empresa familiar (precios de transferencia)*, (coord. Cordón Ezquerro, T.), Ediciones CEF, Madrid, 2010, p. 560.

¹¹⁰ Entre otros, CAAMAÑO ANIDO, “Reflexiones sobre el nuevo régimen de operaciones entre partes vinculantes. Particular referencia a los ajustes secundarios”, 2008, p. 15; CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, “Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas”, 2009, p. 45, nota 15; BAENA SALAMANCA, “Las operaciones vinculadas y el ajuste secundario en el Impuesto sobre Sociedades”, 2009, p.7 y GONZÁLEZ GARCÍA, “El ajuste secundario en operaciones entre empresas del grupo y partes vinculadas”, 2010, pp. 192-193;

mercado de la transacción como su naturaleza jurídica únicamente a efectos fiscales, es mediante la realización de ajustes extracontables.

Llegados a este punto, me permito discrepar con la opinión de GONZÁLEZ GARCÍA, quien afirma que este matiz de ámbito de aplicación es más teórico que práctico y que “si en una operación entre partes vinculadas (que no se considere empresa del grupo) el precio es distinto del valor de mercado, en el fondo hay una donación, aportación, reparto, etc., de una empresa a otra, y como tal se debe contabilizar¹¹¹.” Precisamente considero que este matiz tiene unas gravísimas consecuencias prácticas, pues deja fuera del ámbito contable muchas operaciones que sí entran en la esfera tributaria como partes vinculadas. Si el legislador contable se ha tomado la molestia de incorporar una norma específica de valoración a la que ha aplicado un criterio de valoración que se aleja del criterio general de coste de adquisición, bien podría haber estudiado cuáles son las operaciones a las que les es de aplicación esta regla específica, no sólo de valoración sino también de calificación. Si no lo ha hecho, sabiendo por supuesto que el concepto de grupo contable y fiscal difieren, es porqué quizás ha considerado excesivo extender el mandato contable a operaciones en las cuales realmente puede no existir una capacidad de “control”, y por ende, de influencia en la fijación del precio. En este sentido merece la pena traer a colación las palabras de LONGARTE quien considera que la “norma contable está muy orientada hacia el control, estableciéndose un umbral de participación del 20% para suponer que ese control puede efectivamente existir, mientras que los límites fiscales son muy inferiores, lo que da lugar a situaciones de vinculación fiscal que a veces no se entienden desde una perspectiva meramente empresarial”¹¹².

En mi opinión, quizás lo que debería plantearse el legislador es la definición de partes vinculadas a nivel tributario, pues sí parece excesivo entender que ha habido o puede haber manipulación en la fijación del precio en determinados supuestos previstos en el artículo 16.3 del TRLIS. Pero esto es más bien un desiderátum, pues la norma es clara en cuanto a ámbito de aplicación se

¹¹¹ GONZÁLEZ GARCÍA, “El ajuste secundario en operaciones entre empresas del grupo y partes vinculadas”, 2010, p. 193.

¹¹² LONGARTE, I., “Contabilidad y precios de transferencia: caminos que se cruzan pero no se enlazan”, 2010, p. 20.

refiere, y es una realidad irrefutable que hay transacciones a las que se les aplicará la norma fiscal de operaciones vinculadas pero no así la contable.

3.4.- Consecuencias de la divergencia entre la normativa contable y la normativa fiscal. Ajustes extracontables de cuantificación y de calificación. ¿Tienen cabida ante el fiel cumplimiento de la normativa contable? Distintos supuestos de tratamiento fiscal en función del registro contable de la operación¹¹³

Hasta ahora se han analizado los aspectos de divergencia entre ambas normativas en cuanto la regla de valoración, de calificación y de aplicación. Pero tan importante es detectar los puntos de fricción como analizar las consecuencias que ello puede acarrear.

Habida cuenta de la voluntad de convergencia de las reglas de cuantificación y calificación contable y fiscal, es obligatorio plantearse si tienen cabida o no los ajustes extracontables cuando el sujeto pasivo cumple con la normativa contable, precisamente por partir la base imponible del resultado contable, tal y como predica el artículo 10.3 del TRLIS. Pero esta cuestión no puede ser resuelta de forma unitaria para todos los supuestos, sino que deben clasificarse las distintas situaciones.

En cuanto a esta cuestión es sumamente interesante la lectura del capítulo “Ajustes valorativos y normas de contabilidad” cuya autora es TRAPÉ VILADOMAT¹¹⁴ como parte de la monografía *Fiscalidad de las operaciones vinculadas* coordinada por CARMONA FERNÁNDEZ. En el citado capítulo la autora se plantea abiertamente cuáles son los argumentos en contra de los ajustes extracontables y cuáles son los argumentos a favor.

Partiendo de varias lecturas, entre ellas la mencionada en el párrafo anterior, y antes de entrar en el fondo de la cuestión y analizar unos y otros postulados,

¹¹³ Este análisis no tendrá en cuenta las diferencias de exigencias a nivel de documentación que también divergen entre la normativa contable y fiscal.

¹¹⁴ TRAPÉ VILADOMAT, M., “Ajustes valorativos y normas de contabilidad” en AA. VV, *Fiscalidad de las operaciones vinculadas* (coord. Carmona Fernández, N.). CISS, Madrid, 2009, pp. 101-122.

considero necesario matizar lo que bajo mi opinión es un aspecto determinante para poder ofrecer una respuesta. Si se analiza esta cuestión sin diferenciar los distintos casos que puedan darse y por tanto partiendo de una única operación vinculada, es obvio que encontraremos posturas más o menos flexibles pero difícilmente se alcanzará una conclusión integradora. No obstante, si no se engloban todos los supuestos en un único escenario, el análisis, a la par que más enriquecedor, será más cercano a la realidad jurídica y económica, lo que puede proporcionarnos respuestas más adaptadas. A título de ejemplo, no es lo mismo una operación cuyo perímetro de vinculación y criterio de valoración coinciden contable y fiscalmente (sería éste un escenario ideal), respecto una operación cuyas partes son vinculadas a efectos del artículo 16.3 del TRLIS pero no son grupo contable; o bien, coincidiendo el perímetro de vinculación, el valor razonable y de mercado son divergentes, pues como se ha visto los métodos de valoración fiscal no coinciden con las técnicas de valoración contable, aunque si bien es cierto que en un mercado de referencia, ambos valores deberían coincidir; pero por supuesto existen casos en los que esta coincidencia no es viable. ¿Pueden analizarse todos los casos de igual forma? Proporcionar una respuesta partiendo de la base que todas las operaciones vinculadas son coincidentes fiscal y contablemente es, en mi opinión, un estudio sólo de una parte de la realidad, obviando que no todas las transacciones nacen bajo este escenario ideal en el cual el engarce entre la normativa contable y fiscal que predica la exposición de motivos de la Ley 36/2006 resulta palpable. Así pues, a continuación, los argumentos se detallarán en función del tipo de operación vinculada; habiéndolas clasificado en tres grandes grupos y siempre partiendo de la premisa que el valor convenido difiere del de mercado y/o valor razonable; a) operaciones vinculadas contable y fiscalmente cuyo valor de mercado coincida con el valor razonable, b) operaciones vinculadas contable y fiscalmente cuyo valor de mercado no coincida con el valor razonable y c) operaciones vinculadas cuyo perímetro de vinculación contable y fiscal no coincida. En este último caso, el valor que la norma contable obliga a registrar no es el valor razonable sino el de adquisición y por ende, ya de entrada, habrá un diferencial entre la esfera normativa contable y la fiscal.

3.4.1. Valor razonable coincide con el valor de mercado

Imagínese una operación entre dos sociedades cuyo ámbito de aplicación normativo fiscal y contable coinciden, es decir, son grupo contable y también fiscal, habiendo convenido un precio que difiere del valor razonable, que a su vez, es también el valor de mercado. La mayoría de la doctrina coincide en que en estos casos, puesto que el valor razonable estará incorporado en el resultado contable, también lo estará en la base imponible, pues el mandato contable es una obligación para el sujeto pasivo; y atendiéndolo, estará también cumpliendo con la voluntad del artículo 16 del TRLIS, dado que en su base imponible se incluirá el beneficio obtenido por la operación habiendo tenido en cuenta el valor de mercado y no el convenido.

La cuestión es; sabiendo que la base imponible debe incluir este valor de mercado, ¿sería suficiente registrar contablemente el valor convenido y efectuar un ajuste extracontable para alcanzar la base imponible deseada? De esta manera no se estaría incurriendo en ningún riesgo fiscal, dado que la base tributable sería la deseada. Bajo mi punto de vista, una interpretación literal de la normativa contable no deja mucho margen para entender que sí caben los ajustes extracontables, siempre y cuando estemos ante una transacción cuyo valor razonable coincida plenamente con el de mercado, que es lo que sucederá en la mayoría de los casos. Otra cosa distinta será que esta regulación contable sea o no oportuna pero, como digo, del literal de su texto no se encuentran argumentos para poder afirmar que es posible efectuar un ajuste extracontable cuando la normativa contable obliga a registrar la operación a valor razonable y que ello tiene un impacto directo en la base imponible.

En este sentido se han pronunciado varios autores, tales como, SANZ GADEA¹¹⁵, VADILLO CASERO¹¹⁶, RUIZ GARRÓS¹¹⁷, SUÁREZ MOSQUERA¹¹⁸,

¹¹⁵ SANZ GADEA, “Operaciones vinculadas. Perspectivas contable y fiscal. Primera parte”, 2008, p. 18.

¹¹⁶ VADILLO CASERO, “El ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2008, p. 261.

¹¹⁷ RUIZ GARRÓS, “La contabilización y tributación del ajuste secundario en las operaciones vinculadas. Visión práctica. La identidad sustancial entre los criterios contable y fiscal”, 2010, p. 76.

BORRÁS AMBLAR y MARTÍNEZ ALFONSO¹¹⁹, entre otros, coincidiendo todos en que si el valor razonable es válido a efectos fiscales, ello supone la negación a un ajuste extracontable.

Tal y como cita TRAPÉ VILADOMAT, el autor que más pronto se pronunció sobre esta cuestión, prácticamente recién estrenada la norma, fue SANZ GADEA¹²⁰, quien parte del principio que uno de los objetivos de la Ley 36/2006 es precisamente el conocido “engarce” entre la contabilidad y la fiscalidad. A mi modo de ver, la opinión del citado autor es correcta y acorde a la normativa pero únicamente respecto a un determinado grupo de operaciones, o dicho de otro modo, su conclusión, que no distingue varios escenarios, no podría ser aplicada a operaciones vinculadas que no disfrutaran de esta plena coincidencia en cuanto a perímetro de vinculación y a mercado de referencia; en cuyo caso, sí deberían ser admisibles los ajustes extracontables.

Vaya por delante que la responsable de estas líneas no está de acuerdo con la NRV 21^a, cuya crítica extensiva haré más adelante, pero aún así, no puedo no estar de acuerdo con lo que dichos autores predicán, pues su tesis no se basa en meras suposiciones o en interpretaciones teleológicas, sino más bien en una interpretación literal del texto legal que no debería dar pie a confusiones. Sin embargo, el hecho que se esté planteado este debate es precisamente porque el mismo no ha sido abordado de una manera clara en el texto legal. En este sentido son interesantes las reflexiones de CAAMAÑO ANIDO ¹²¹, quien considera una grave carencia el silencio relativo a la admisión o no de ajustes

¹¹⁸ SUÁREZ MOSQUERA, “La calificación jurídica de las operaciones vinculadas, en la imposición directa, según la modificación realizada por la Ley 36/2006, de prevención del fraude fiscal”, 2007, p. 14.

¹¹⁹ BORRÁS AMBLAR, y MARTÍNEZ ALONSO, “Registro contable y régimen fiscal de las operaciones vinculadas. Casos prácticos”, 2010, p. 4

¹²⁰ SANZ GADEA, “Modificaciones introducidas en el Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 35/2006 y 36/2006”, 2007, pp. 37-42.

¹²¹ CAAMAÑO ANIDO, (“Comentarios al nuevo régimen de documentación de las operaciones vinculadas”, 2009, pp. 38-39), nos ofrece también otra reflexión muy acertada acerca de la actualización del precio de mercado que necesita la normativa fiscal. Como es bien sabido, estos precios de mercado pueden buscarse a través de bases de datos (SABI, AMADEUS, etc.) que revisan los sectores de las empresas estableciéndose un rango de valores. Como bien acierta el autor, como poco estos valores tendrán una antigüedad mínima de dos años, y se estará “operando con parámetros que necesitarán la correspondiente actualización, en algunas ocasiones incluso después de cerrados los balances y aprobadas las cuentas, actualización que habrá que instrumentarse a través del correspondiente ajuste fiscal extracontable.”

extracontables. También en este sentido TRAPÉ VILADOMNAT¹²² se preocupa por “la ausencia de cualquier pronunciamiento o posición sobre los ajustes fiscales extracontables por parte del Reglamento 1.739/2008”. Entiendo que la solución alcanzada en cuanto a considerar que no tienen cabida los ajustes extracontables en casos como este, es fruto de una lectura conjunta de ambas normativas. No obstante, estoy de acuerdo con CAAMAÑO ANIDO, pues se hubiera agradecido uno poco más de claridad en la propia redacción del artículo 16 del TRLIS para saber a quién es el destinatario del mandado fiscal.

Como todo debate hay autores que discrepan de la opinión mayoritaria, como es CENCERRADO MILLÁN, quien asume que el contribuyente puede declarar el valor de mercado bien pactando directamente el valor de mercado, estando el mismo en el resultado contable, o bien pactando “cualquier otro valor y declarando la diferencia mediante un ajuste extracontable”¹²³. Es evidente que la reflexión de este autor no incurre en riesgo fiscal, pues al fin y al cabo la finalidad del artículo 16 del TRLIS es la correcta determinación de la base imponible. No obstante, el riesgo es de índole contable, dado que debería registrarse contablemente el valor razonable, pues no parece que el legislador ofrezca distintas opciones al contribuyente, el cual no puede elegir entre registrar contablemente el valor razonable o registrar el convenido, que difiere, y efectuar posteriormente el ajuste fiscal. Dicho esto, es incuestionable que si el sujeto pasivo registra por error el valor convenido obviando la NRV 21^a, antes de no hacer nada, y en aras a evitar riesgos fiscales, debería ajustar extracontablemente la diferencia de valores y alcanzar así la base imponible deseada.

En cuanto a la calificación de la operación, ya se ha visto que también puede ser convergente, y si es así, el registro de la operación híbrida puede coincidir con lo que sería el ajuste secundario, en cuyo caso no debería practicarse. Ahora bien, en aquellos supuestos en los que la calificación contable no coincida con la fiscal, o simplemente no se haya registrado, entiendo que la

¹²² TRAPÉ VILADOMAT, M., “Ajustes valorativos y normas de contabilidad”, 2009, p. 122.

¹²³ CENCERRADO MILLÁN, E., “Los efectos de ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, *Revista española de Derecho Financiero* núm. 133, 2007, p. 54.

aplicación del ajuste secundario únicamente admite forma bajo el paraguas de los ajustes extracontables.

Pero más allá del interesante debate doctrinal que suscita esta cuestión, la DGT ya ha tomado partido, siendo coherente con la ya comentada exposición de motivos de la Ley 36/2006, y lo ha hecho de una manera clara y contundente en la consulta vinculante V0249-08 de 7 de febrero de 2008, en virtud de la cual obliga a las entidades involucradas en la concesión de un préstamo sin ningún tipo de retribución, a registrar contablemente un ingreso y el correspondiente gasto financiero asociado según su valor razonable, registrando la diferencia según la realidad económica del desplazamiento patrimonial que se produce.

3.4.2.- Valor razonable no coincide con el valor de mercado

Como se ha visto en apartados anteriores es poco probable que el mercado de referencia que sirve para fijar el valor razonable no sea óptimo también para el valor de mercado pero si eso llegara a suceder, podríamos alcanzar dos valores no coincidentes. En este aspecto la doctrina vuelve a ser mayoritaria; dado que en estos casos sí se admitirían los ajustes extracontables. Inclusive RUIZ GARRÓS concibe las casillas 347 (aumentos) y 348 (disminuciones) únicamente para supuestos en los que no coincida el valor razonable a efectos contables con el valor de mercado a efectos fiscales¹²⁴.

A mayor abundamiento, cabe citar que la propia Administración Tributaria mediante una conocida nota sobre operaciones vinculadas de fecha 24 de abril de 2008, ya admitió la posibilidad de efectuar ajustes extracontables en casos excepcionales en los que el valor razonable difiera del valor de mercado¹²⁵. Es curioso observar que en estos llamados “casos excepcionales” la Administración no hubiese considerado los casos de no coincidencia del perímetro de

¹²⁴ RUIZ GARRÓS, “La contabilización y tributación del ajuste secundario en las operaciones vinculadas. Visión práctica. La identidad sustancial entre los criterios contable y fiscal”, 2010, p. 76.

¹²⁵ Concretamente la mencionada nota dispone de lo siguiente: “En base a lo anterior, se puede afirmar que hay bastante similitud entre la norma fiscal y la norma contable en cuanto a la obligación de valorar a precios de mercado, por lo que, en principio, el ajuste que debe hacer la empresa debe ser el ajuste contable, salvo en casos excepcionales en que el valor razonable (contable) y el valor de mercado (fiscal) pueden diferir por la forma de determinación”.

vinculación, quizás por no ser éstos tan excepcionales o bien simplemente por pretender obviarlos.

A estos efectos, creo conveniente hacer alusión a la postura flexible que defienden CALDERÓN CARRERO¹²⁶ y TRAPÉ VILADOMAT¹²⁷ como defensores de la posibilidad de efectuar ajustes extracontables. En mi opinión, ante un análisis conjunto de la cuestión, la respuesta debe ser flexible admitiendo los ajustes extracontables, pues no podemos dejar fuera del estudio aquellos supuestos respecto de los cuales no puede predicarse la plena coincidencia. Precisamente el profesor CALDERÓN considera que deben permitirse los ajustes extracontables de signo positivo y negativo, en especial “cuando el valor razonable derivado de la aplicación de las normas contables no pueden identificarse plenamente con el valor normal de mercado resultante de la aplicación de la metodología OCDE relativa al principio de plena competencia”. En el presente estudio, estas declaraciones podrían incluirse en este segundo grupo de operaciones.

Coincido plenamente con TRAPÉ VILADOMAT cuando afirma que pudiendo haber diferencias de valoración en el ámbito fiscal, ello no supone un incumplimiento ni una irregularidad en el ámbito contable¹²⁸. Dicho de otro modo, el contribuyente puede estar cumpliendo ambas normativas, y por ende, sin irregularidad alguna, pero generando diferencias en la valoración y en la calificación, siendo estas diferencias consecuencia de una doble regulación que aunque pretenda discurrir por una senda común, es evidente que no lo ha conseguido¹²⁹. Este argumento parece claramente contradictorio con los postulados de SANZ GADEA quien de sus conclusiones podría llegar a extraerse la identificación del ajuste extracontable con la irregularidad contable. Más allá

¹²⁶ CALDERÓN CARRERO, “La prestación de servicios intragrupo en la nueva regulación de operaciones vinculadas”, *Carta Tributaria*, núm. 8, 2008, p. 17, nota 2.

¹²⁷ TRAPÉ VILADOMAT, “Ajustes valorativos y normas de contabilidad”, 2009, p. 121.

¹²⁸ TRAPÉ VILADOMAT, “Ajustes valorativos y normas de contabilidad”, 2009, p. 121.

¹²⁹ Especialmente interesante me resulta la reflexión de TRAPÉ VILADOMAT (Ajustes valorativos y normas de contabilidad”, 2009, p. 121) relativa a la no constitución de “peligro” de los ajustes fiscales. Concretamente dice la autora respecto los ajustes extracontables que “no constituyen un peligro para erosionar las bases imponibles, al menos, en España. Piénsese que el diseño, al menos, de la declaración del Impuesto sobre Sociedades hace que los ajustes fiscales sean completamente transparentes para la Administración española, la cual los puede detectar con facilidad y proceder a su comprobación para enjuiciar si se respeta o se vulnera el principio de libre competencia”.

incluso se manifiesta el profesor GONZÁLEZ GARCÍA, quien sorprendentemente entiende que un ajuste extracontable “implicaría que la contabilidad no se ajusta a lo dispuesto en el PGC ni al Código de Comercio, lo que podría llevar a, en caso de concurso, la posibilidad de declaración del mismo como culpable” por incorrección en la llevanza de la contabilidad¹³⁰.

Podría parecer una contradicción el afirmar que tanto SANZ GADEA como CALDERÓN CARRERO y TRAPÉ VILADOMAT tienen su parte de razón, pues el resultado de sus afirmaciones es radicalmente opuesto, así, o se admite la aplicación del ajuste extracontable o no se admite. Sin embargo, insisto desde estas líneas en la necesidad de no efectuar un análisis global sin detallar los distintos supuestos, pues sólo así se logrará una respuesta que contemple los distintos escenarios. Así, cierto es que si una operación efectuada entre dos partes vinculadas alcanza el término grupo contable y fiscal, coincidiendo además en los criterios de valoración y calificación, no habrá lugar para el ajuste extracontable, dado que decir lo contrario sería tanto como efectuar una irregularidad manifiesta en el registro contable de la operación. Ahora bien, si las reglas de valoración o calificación no coinciden o si además, el perímetro de vinculación difiere, no existe otra alternativa para cumplir la normativa fiscal que la realización de un ajuste extracontable. No es la mía una posición ecléctica, pues no hay una sola respuesta a la cuestión integradora de varias teorías, sino simplemente un desglose de escenarios en el que cada uno obtiene su propia resolución, pudiendo ser éstas contradictorias entre sí, (a favor y en contra del ajuste extracontable) pero es que precisamente los distintos escenarios nos llevan a respuestas opuestas.

A mayor abundamiento, puede observarse como varias soberanías fiscales admiten los ajustes extracontables, tales como la estadounidense con los llamados *self-adjustments*, Alemania, Francia, China, Holanda, el Reino Unido, entre otras. Cosa distinta será si todas las legislaciones admiten los ajustes extracontables negativos o únicamente los positivos como medida de protección de su base imponible, o bien, admitiéndolos establecen ciertos límites¹³¹.

¹³⁰ GONZÁLEZ GARCÍA, “El ajuste secundario en operaciones entre empresas del grupo y partes vinculadas”, 2010, p. 191.

¹³¹ El capítulo quinto está dedicado al Derecho Comparado, en el que se estudiará la política de ajustes de algunos países, haciendo especial énfasis en el ajuste secundario.

La cuestión a abordar ahora es cómo debe proceder la Administración ante una comprobación de la operación. De nuevo se abre el debate doctrinal, entre aquellos que entienden que la corrección del valor de mercado debe ser alterando el registro contable de cuentas, o bien extracontablemente mediante un ajuste.

Me sumo a la opinión de SANZ GADEA¹³², CENCERRADO MILLÁN¹³³ y VADILLO CASERO¹³⁴, que consideran todos ellos en sus distintos artículos que, una vez el valor registrado no es el válido para el legislador fiscal, la única manera de proceder es procurando reconducir la base imponible según las normas del artículo 16 del TRLIS, las cuales son más concretas y específicas que el mandado fiscal vía ajuste extracontable. Inclusive un defensor convencido de las bondades de la convergencia entre las legislaciones contable y fiscal como SANZ GADEA, y muy contrario a la realización de ningún ajuste extracontable por parte del sujeto pasivo por entender que aquello que predica la norma fiscal debe residir en el resultado contable, considera que la Administración debe proceder a la regularización mediante la vía del ajuste extracontable, y más si cabe, teniendo un procedimiento legalmente establecido para llevar a cabo dicho cometido en el artículo 16.9 del TRLIS.

En la posición contraria podemos leer a SUÁREZ MOSQUERA¹³⁵ que basa su tesis en el artículo 143 del TRLIS en virtud del cual permite a la Administración modificar el resultado contable a los únicos efectos de determinar la base imponible. En mi opinión, y a pesar de entender el argumento del citado autor, creo que no ha tenido en cuenta la especificidad de la norma de operaciones vinculadas, no pudiendo aplicar la norma general teniendo un procedimiento concreto en el artículo 16.9 del TRLIS.

¹³² SANZ GADEA, “Operaciones vinculadas. Perspectivas contable y fiscal. Primera parte”, 2008, p. 18.

¹³³ CENCERRADO MILLÁN, “Los efectos de ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”. 2007, p. 54.

¹³⁴ VADILLO CASERO, “El ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2008, p. 261.

¹³⁵ SUÁREZ MOSQUERA, “La calificación jurídica de las operaciones vinculadas, en la imposición directa, según la modificación realizada por la Ley 36/2006, de prevención del fraude fiscal”, 2007, pp. 14-15.

3.4.3.- No coincidencia entre el grupo contable y el grupo fiscal

Tal y como se argumentaba en el anterior apartado, la diferencia de perímetro de aplicación entre ambas normativas puede producir unas significativas y contundentes consecuencias jurídicas, como es el caso de una operación a la cual le es de aplicación el artículo 16 del TRLIS pero no la NRV 21^a. En estos casos, que pueden ser mucho más frecuentes que aquellos en los que coincide el ámbito de aplicación, la transacción se registrará por el coste de adquisición, y únicamente mediante los ajustes extracontables podrá lograrse una base imponible que incluya el valor de mercado. Pero no sólo afecta a la norma de cuantificación, sino también a la de calificación, pues tanto el ajuste primario como el secundario deberán efectuarse pero siempre vía extracontable. De hecho, podría llegar a afirmarse que el concepto “ajuste primario y secundario” siempre es de naturaleza extracontable, pues en caso de no tener que realizarlo, es porqué tanto la cuantificación como la calificación de la operación ya forman parte del resultado contable.

En este sentido es procedente subrayar que la doctrina ha insistido e invertido artículos académicos en afirmar que cuando el valor razonable no coincida con el de mercado habrá ajustes extracontables, nombrando sólo de pasada, qué sucede cuando el perímetro de aplicación de ambas normativas no coincide. Me resulta curioso este aspecto, cuando precisamente es más probable encontrarnos con operaciones entre partes que no son grupo contable pero sí fiscal, que no operaciones cuyo valor razonable no coincida con el valor de mercado a efectos fiscales.

Ante la disparidad de posibles escenarios, parece que la regla general en la que coinciden criterio contable y fiscal puede ser una regla minoritaria o al menos no predicable respecto todos los supuestos de vinculación contemplados en el artículo 16.3 del TRLIS; de manera que sigue vigente para un abanico muy amplio de transacciones la convivencia entre el registro del coste de adquisición contable y los ajustes extracontables de operaciones vinculadas.

A estos efectos, se está ya en disposición de poder contestar la pregunta que da título al presente capítulo. Así pues, efectivamente, la norma contable (NRV 21^a)

excluye la norma fiscal pero únicamente respecto aquellos supuestos minoritarios en los que existe coincidencia entre grupo fiscal y contable así como entre el valor razonable y el de mercado y regla de calificación. En estos casos, el cumplimiento exacto de la NRV 21ª del PGC supondrá el cumplimiento tácito del artículo 16 del TRLIS, o en otras palabras, la NRV 21ª del PGC excluye la aplicación de la norma fiscal. De hecho, la NRV 21ª del PGC sólo entrará en escena en este tipo de operaciones, por lo que en caso de ser correctamente aplicada, se estará a su vez siendo respetuoso con la finalidad última de la norma fiscal.

Ahora bien, e insistiendo de nuevo en la misma cuestión, en aquellos casos en los que la NRV 21ª no pueda ser aplicada por no caer la operación dentro de la definición de grupo mercantil, deberán aplicarse los criterios generales de la norma contable, cuya regla de valoración genérica es el coste de adquisición. En estos supuestos sí existirá una compatibilidad entre la norma contable (que no específicamente la NRV 21ª) y la norma fiscal, pues se registrará contablemente el coste de adquisición y se cumplirá el mandato del artículo 16 del TRLIS vía ajuste extracontable.

Hasta ahora se ha analizado la normativa contable y la fiscal y se ha podido observar que, debido a la no plena coincidencia entre ambas regulaciones, y en especial, debido sobre todo al distinto ámbito de aplicación de ambas regulaciones, muchas transacciones amparadas por el artículo 16.3 del TRLIS no lo están por la norma contable por no ser una transacción efectuada en el seno de un grupo contable. Así las cosas, el ajuste primario, bilateral y secundario estrictamente en la esfera tributaria tiene a fecha de hoy muchísimo recorrido y únicamente se verá constreñido a la norma contable cuando efectivamente el perímetro de regulación de ambas normativas así como el criterio de valoración y calificación coincidan, en cuyo caso, no habrá ajustes extracontables. Sin embargo, como digo, numerosas son las operaciones que quedarían fuera de este círculo privilegiado, es más, me atrevería a decir que hay una gran mayoría de operaciones que quedarían fuera de la NRV 21ª pero dentro del artículo 16 del TRLIS, lo cual sigue haciendo interesante el estudio de los ajustes en la esfera tributaria. Y esto es precisamente lo que se hará en los próximos apartados, un estudio de los ajustes primario, bilateral y

secundario, tal y como los concibe su norma reguladora, esto es, la norma tributaria.

4.- El ajuste primario y el ajuste bilateral

El presente trabajo se enfoca específicamente sobre el ajuste secundario pero éste no puede ser entendido si antes no se analiza su punto de partida, el ajuste primario. A su vez, si se profundiza en el ajuste primario inevitablemente debe también considerarse el ajuste bilateral. Más allá de las definiciones estándares de los conceptos en sí, los cuales ya han sido tratados por la doctrina, se abordarán en este apartado aquellas cuestiones que suscitan o pueden suscitar debate doctrinal, cuya respuesta incide directamente sobre el ajuste secundario.

4.1.- Especial atención al efecto de neutralidad fiscal promulgado por la normativa. Alcance y naturaleza del ajuste bilateral¹³⁶

Antes de afrontar la cuestión objeto de estudio en este apartado, creo oportuno matizar una curiosidad entorno al uso de los términos relacionados con los ajustes. Ciertamente, en determinadas ocasiones parece que pueda existir alguna confusión de nomenclatura entre el ajuste primario y el bilateral (también llamado correctamente ajuste correlativo o ajuste correspondiente).

¹³⁶ A pesar de no pretender ser este trabajo un compendio de definiciones, considero oportuno transcribir la definición literal que el profesor CLAVIJO HERNÁNDEZ nos brinda del ajuste bilateral como “la corrección valorativa que debe realizarse tanto para los ingresos como para los gastos y, por tanto, en las dos entidades contratantes, y se justifica en el carácter neutral que las transferencias de beneficios tiene para la Hacienda Pública. Así, en el caso en que una sociedad haya vendido por ejemplo, a otra vinculada, productos a precio inferior al mercado, el ajuste ha de practicarse, además de en la sociedad vendedora, en la compradora, de manera que, a parte del incremento a efectos fiscales de importe de la venta por la sociedad vendedora, la compradora debe incrementar el importe de la compra, *a fin de restablecer la situación patrimonial* a la que deriva de la valoración de la operación a precios de mercado”. Obsérvese como en esta definición, el citado profesor, entiende que el ajuste bilateral *per se* restablece la situación patrimonial, siendo este cometido el propio del ajuste secundario. De hecho, esta definición es previa a la entrada del ajuste secundario en nuestro Derecho positivo. Ciertamente es que el ajuste bilateral supone la aplicación de la corrección valorativa a la otra parte interviniente, evitándose así la doble imposición que sin duda surgiría ante un ajuste unilateral. Ahora bien, el responsable de adecuar la tributación a la contabilidad restableciendo así la situación patrimonial, es el ajuste secundario. CLAVIJO HERNÁNDEZ F., FERREIRO LAPATZA, J. J., MARTÍN QUERALT, J., TEJERIZO LÓPEZ, J. M., PÉREZ ROYO, F., *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial. Sistema tributario: los tributos en particular*. 2003, p. 319 (la última edición es la 8ª ed. de septiembre de 2013, en la que se hace más hincapié en el ajuste secundario pero no ofrece una definición de ajuste bilateral).

Vaya por delante que en todos los artículos escritos sobre la materia en los cuales los autores nos ofrecen ejemplos sobre casos concretos, se distingue sin lugar a dudas el ajuste primario del bilateral, signo inequívoco que los conceptos en puridad están más que clarificados. Sin embargo, en la propia literatura sobre la cuestión, algunos autores¹³⁷ mencionan el ajuste bilateral como aquél que se efectúa en las dos personas o entidades intervinientes en la operación, lo cual podría dar pie a entender que no existe el ajuste primario, o que si el ajuste bilateral es de naturaleza doble, el primario quedaría subsumido. Tradicionalmente siempre se ha entendido el ajuste primario como la corrección valorativa que aumenta la base imponible de una de las partes, siendo el ajuste bilateral aquel que afecta a la otra parte interviniente neutralizando el efecto del ajuste primario, y por ende, de signo negativo.

En este sentido, y a pesar de algunas confusiones terminológicas, no hay debate en torno a este aspecto; en primer lugar se aplica el ajuste primario corrigiendo el valor convenido a una sola de las partes, y posteriormente, aunque sea en un lapso temporal prácticamente inmediato, aparecerá en escena el ajuste bilateral o correlativo afectando a la otra parte contratante. Se enlazaría en este punto la conclusión extraída en el anterior epígrafe, de suerte que a mi juicio el ajuste primario puede ser de signo positivo o negativo, afectando por supuesto ello al sentido del ajuste bilateral.

Habiendo efectuado esta precisión, y tal y como se ha analizado en el primer capítulo del presente estudio, el ajuste bilateral desde su nacimiento ha estado siempre rodeado de una gran polémica doctrinal; de suerte que tres han sido las posturas sobre esta cuestión, a saber; a) apostar en exclusiva por un ajuste primario unilateral, b) ajuste primario unilateral y ajuste bilateral y c) ajuste primario, ajuste bilateral y ajuste secundario.

¹³⁷ Se menciona a GARCÍA NOVOA, C., “El ajuste secundario en las operaciones vinculadas”, *Quincena Fiscal* núm. 12/2008, julio 2008, p. 58. También CALVO VÉRGEZ utiliza expresiones como “El llamado ajuste primario se articula a través del mecanismo del ajuste bilateral” o bien, “el primer ajuste debe ser el bilateral y practicarse a ambos lados de la operación”. “La práctica del ajuste secundario en el marco de las operaciones vinculadas”, *Revista jurídica Actum*, núm. 44, octubre 2010, p. 45 y en su monografía *Operaciones Vinculadas y Subcapitalización*, 2011, p. 205

Sea como fuere en los textos legales derogados, nuestra normativa vigente apuesta claramente por combinar los ajustes primarios con los bilaterales y los secundarios.

La doctrina en su inmensa mayoría relaciona el mandato de neutralidad fiscal del segundo párrafo de artículo 16.1 2 del TRLIS con el ajuste bilateral. La intención de dicha disposición es contundente; no permitir que la valoración administrativa determine una tributación por el IS, por el IRPF o por el IRNR de una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de personas o entidades que las hubieran realizado.

En cualquier caso, sin duda, y después de muchas vicisitudes sufridas, el ajuste bilateral tiene su cabida en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 16.1.2 del TRLIS. Así, el hecho que la Administración quede vinculada por el valor de mercado que haya estimado correcto en relación al resto de personas físicas o jurídicas intervinientes en la transacción, implica que el ajuste valorativo efectuado en una parte también deberá hacerlo en la otra, no siendo por tanto un ajuste potestativo sino de naturaleza obligatoria.

A estos efectos, conviene destacar que CENCERRADO MILLÁN entiende que el verdadero párrafo que da entrada al ajuste bilateral es el párrafo primero del artículo 16.1 2 del TRLIS, siendo el segundo párrafo un mero “reforzador” del concepto de ajuste bilateral¹³⁸. Entiendo perfectamente la postura del autor y hasta cierto punto la comparto, pues la corrección valorativa a la que hace referencia el primer párrafo debería alcanzar a todas las partes implicadas en la operación. Sin embargo, no opino que el segundo párrafo sea “innecesario”, tal y como señala el autor, sino conveniente, dada la importancia que supone no permitir que la corrección de valores pueda conllevar una mayor renta, pues esto sería tanto como admitir que la corrección es asimétrica¹³⁹.

¹³⁸ CENCERRADO MILLÁN, “Los efectos de ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”. 2007, pp. 50 - 52.

¹³⁹ A estos efectos podría plantearse si la neutralidad sigue existiendo cuando la operación objeto de ajuste no es una prestación de servicios o transmisión de un activo circulante, sino de un activo fijo, sea o no amortizable. En estos casos, la sociedad adquirente del activo fijo tendrá un valor fiscal del bien distinto del valor contable, debiendo efectuar un ajuste durante los períodos impositivos en los que se amortice el activo o en el momento de su transmisión si se trata de un bien no amortizable, tal y como ya prevé el artículo 18 del TRLIS. Efectivamente la suma global de todos los ajustes aplicados a las dos sociedades será cero; de ahí el cumplimiento del artículo 16.1.2 del TRLIS. Sin embargo, esta afirmación no es del todo cierta, pues como se sabe existirá

Otra teoría es considerar que el ajuste bilateral ya existía en nuestra regulación a través del artículo 18 del TRLIS, tesis sostenida por VADILLO CASERO¹⁴⁰, eso sí, únicamente para las operaciones de ámbito interno. A mi juicio, dos son las consideraciones al respecto. Por un lado, y siendo coherente con la conclusión extraída en el expositivo anterior acerca de la posibilidad de admitir ajustes primarios negativos efectuados por el propio contribuyente, matizar que los efectos de la sustitución del valor contable por el valor normal de mercado alcanzan, a mi modo de ver, no únicamente el ajuste bilateral sino también el ajuste primario, con independencia de su signo positivo o negativo, pues al fin y al cabo siempre habrá una parte que verá alterado el valor de adquisición del bien recibido. Por otro lado, considero que el artículo 18 del TRLIS no es tanto un artículo que da entrada al ajuste bilateral *per se* sino el instrumento que posibilita hacerlo una realidad.

Sin embargo, y por muy buena que haya sido la intención del legislador, es evidente que este mandato no siempre se cumple. En determinadas ocasiones simplemente por la diferente naturaleza impositiva entre una persona física y una jurídica¹⁴¹, y otras por la entrada en el terreno de juego del ajuste secundario, cuyos efectos pueden llegar a dinamitar este ajuste bilateral, o lo que es lo mismo, este mandato de neutralidad fiscal.

No obstante, la cuestión a plantearse es la siguiente, ¿incluye este mandato los efectos del ajuste secundario o únicamente se limita a promulgar la neutralidad

un efecto financiero que no será neutro por afectar algunos ajustes a distintos ejercicios cuyas bases imponibles también serán diferentes de un año a otro.

¹⁴⁰ VADILLO CASERO, “El ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2008, p. 255

¹⁴¹ CENCERRADO MILLÁN, (“Los efectos de ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”. 2007, pp. 51-52) acierta cuando ejemplifica en dos supuestos el incumplimiento del mandato de neutralidad fiscal promulgado por el artículo 16.1.2 del TRLIS. “Así por ejemplo, si una sociedad vende a un socio, persona física, un bien por debajo de su valor de mercado, destinando dicho bien a su uso particular, tendremos que corregir el precio pactado por su valor de mercado (ahora el propio contribuyente o, en su defecto, la Administración tributaria, mientras que con la anterior regulación sólo podía hacerlo esta última), lo que se traduce en un ajuste positivo en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades de la entidad que realiza la venta, pero sin que proceda efectuar ningún ajuste negativo en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del socio, en la medida en que el destino dado al bien adquirido provoca que dicha operación de compra no dé lugar a ningún tipo de gasto para el comprador. En consecuencia, la renta conjunta de ambas partes que resulta gravada es mayor tras la imposición del valor de mercado que la resultante del precio pactado”.

fiscal en una primera fase de ajuste primario y bilateral? De la lectura del artículo y teniendo en cuenta que el ajuste secundario se regula en un apartado específico posterior, cabría entender que este mandato únicamente alcanza la operación tras la aplicación del ajuste primario y bilateral. A mayor abundamiento, el argumento literal puede encontrarse en la misma normativa, dado que la redacción anterior del precepto, justo cuando no existía en nuestro Derecho positivo la figura del ajuste secundario, era muy parecida a la actual, salvo por la no alusión al IRNR, que sí efectúa el vigente artículo 16.1.2 del TRLIS.

Otro argumento que refuerza esta tesis es precisamente la naturaleza del ajuste secundario, cuya esencia es dotar de sentido a una transacción secundaria que las partes, según infiere de su voluntad el legislador, han llevado a cabo, la cual, generará sus propios efectos tributarios. Cuestión distinta que será tratada más adelante, es si el ajuste secundario debe ser automático y por tanto presumir que en todas las operaciones vinculadas cuyo precio convenido difiere del valor de mercado existe una voluntad de fondo no acorde con la forma, es decir, una voluntad que esconde una conducta elusiva. Se anticipa al lector que la autora del presente trabajo discrepa profundamente con el planteamiento actual del ajuste secundario por entender que existen muchos casos en los que no ha existido una manipulación expresa de los precios ni mucho menos una manifiesta intención de defraudar, como sí parece presumir el legislador.

De hecho, la aplicación conjunta del ajuste bilateral y el ajuste secundario generará en más de una ocasión situaciones de doble imposición o inclusive de desimposición, de manera que predicar la neutralidad tributaria de la operación, o más bien, la no imposición de una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las personas o entidades que las hubieran realizado, conjugando los ajustes primarios, bilaterales y secundarios, es sin lugar a dudas, en muchas ocasiones, un cometido de imposible cumplimiento.

Curiosamente, ya únicamente la aplicación el ajuste bilateral sin el ajuste secundario, puede perfectamente generar una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las personas o entidades

afectadas, incumplándose así el mandato legal¹⁴². Obsérvese pues, que la conjunción de los ajustes primario y bilateral no es garantía absoluta del cumplimiento del mandato señalado en el artículo 16.1.2 del TRLIS; imagínese ahora la imposibilidad manifiesta de abordar dicha exigencia con la conjunción de otro ajuste cuyos efectos directos e indirectos pueden ser de muy variada índole. Y no sólo eso, sino que el artículo 16.8 del TRLIS y su correspondiente desarrollo reglamentario en el artículo 21 bis del RIS, obligan a valorar el fondo de todas las operaciones pero sólo respecto a las realizadas entre socio y sociedad detalla exactamente la transacción secundaria, presumiendo cuál es la voluntad de las partes. Así, el círculo de operaciones secundarias es mucho más amplio que las enumeradas en nuestro texto legal, lo cual complica todavía más, si cabe, el cumplimiento del citado mandato de neutralidad fiscal. De ahí que entienda que el mandato del artículo 16.1.2 del TRLIS sólo deba tenerse en consideración respecto la operación principal¹⁴³, que es la que genera realmente la operación vinculada, pues como se sabe, el ajuste secundario no es más que una ficción jurídica impuesta por la ley^{144/145}

Contrarios a esta teoría se muestran los autores de la monografía conjunta *Las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, escrita por MARTÍN FERNÁNDEZ, RODRÍGUEZ MÁRQUEZ y BERDUD SEOANE, los cuales sostienen que la inclusión del apartado 8 del artículo 16 del TRLIS en el mandato de neutralidad fiscal “es la solución que mejor se compadece con el principio de capacidad económica, en la medida en que permite corregir situaciones de falta de tributación pero sin provocar sobreimposición”. Los

¹⁴² Recuérdese que el ajuste bilateral puede incidir en dos personas cuyos tipos de gravamen no sean idénticos.

¹⁴³ Note el lector que incluso teniendo en cuenta exclusivamente el ajuste primario y bilateral el efecto puede ser neutro aunque no en un mismo período impositivo, pues en caso de tratarse de elementos amortizables esa “neutralidad” se irá consiguiendo a través del ajuste en las amortizaciones anuales y, en caso de tratarse de un elemento no amortizable hasta el ejercicio de su transmisión.

¹⁴⁴ A mi juicio, considero muy acertada la reflexión de CENCERRADO MILLÁN (“Los efectos de ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”. 2007, p. 71), en cuanto a la incompatibilidad del “mantenimiento a ultranza del juego de suma cero en relación con las rentas derivadas de la operación vinculada que se desprende del mencionado segundo párrafo del artículo 16.1.2 y la técnica de recalificación de rentas.”

¹⁴⁵ En este mismo sentido se pronuncian también CORDÓN EZQUERRO (“Valor de mercado y ajuste secundario en las operaciones vinculadas”, 2009, p.155) y LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J. A., *Memento del Impuesto sobre Sociedades*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2013, marginal 2376.

mismos autores entienden que siendo esta la concepción, el ajuste secundario no podría aplicarse en aquellos casos en los que precisamente su aplicación generara una renta superior; a *sensu contrario*, sólo podría aplicarse en los casos en los que gracias al ajuste secundario se salvaría una situación de desimposición¹⁴⁶. También CAAMAÑO ANIDO da por hecho que el mandato de neutralidad fiscal incluye también al ajuste secundario, hasta el punto de considerar que en aquellos supuestos en los que una de las partes es persona física se vulnera directamente el artículo 16.1.2 del TRLIS, debido a la manifiesta diferencia en los tipos de gravamen¹⁴⁷.

En otro orden de cosas y sin movernos del artículo 16.1.2 del TRLIS, cabe plantearse el alcance geográfico de este mandato de neutralidad fiscal. ¿Afecta el artículo 16.1.2 del TRLIS a las operaciones vinculadas internacionales en las que una de las partes no sea residente en territorio español? La respuesta a esta cuestión no puede sino ser negativa, dada la plena competencia en la materia que ostenta cada soberanía fiscal, lo que es tanto como afirmar que la Administración tributaria española no queda vinculada por la valoración efectuada por otra Administración, de ahí la conveniencia de acudir al procedimiento amistoso¹⁴⁸ contemplado en los CDI suscritos por España y en su caso, el procedimiento arbitral previsto en el Convenio 90/436/CEE¹⁴⁹ y el

¹⁴⁶ MARTÍN FERNÁNDEZ, J., RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J. y BERDUD SEOANE, J. M., *Las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, Ed. Bosch, 1ª ed., 2010, p. 13.

¹⁴⁷ CAAMAÑO ANIDO “Comentarios al nuevo régimen de documentación de las operaciones vinculadas”, 2009, pp. 61 y ss.

¹⁴⁸ Sobre el procedimiento amistoso en clave de futuro, *vid.* REDONDO SÁNCHEZ, J. F. y VIANA MIGUEL, B. G., “El procedimiento amistoso. Perspectivas de futuro”, *IEF*, Trabajo presentado al VI Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales del primer semestre de 2006, pp. 187-204.

Sobre los problemas exegéticos del procedimiento amistoso, puede verse PAGÈS i GALTÈS, J., “La interpretación en el procedimiento amistoso de los Tratados de doble imposición”, en la obra colectiva *Fiscalidad y globalización*, donde se recogen las Ponencias y comunicaciones presentadas a las XXVI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario celebradas en Santiago de Compostela, Ed. Aranzadi, 2012, pp. 843 - 879.

¹⁴⁹ Los Estados miembros celebraron un Convenio que introduce un procedimiento de arbitraje para evitar la doble imposición en caso de rectificación de los beneficios de empresas asociadas de diferentes Estados miembros. Para más información, *vid.* http://europa.eu/legislation_summaries/taxation/l26038_es.htm.

RD 1794/2008¹⁵⁰ de 3 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa.

¹⁵⁰ No siendo objeto de estudio del presente trabajo, me ha parecido sumamente interesante la claridad que nos brinda la exposición de motivos del citado Real Decreto, el cual enfatiza la importancia de los instrumentos legales que ayudan a canalizar un acuerdo entre dos Estados. A continuación se transcriben tres párrafos de esta exposición de motivos, los cuales explican de manera breve pero concisa la diferencia respecto el procedimiento amistoso que figura en los CDI suscritos por España y el procedimiento regulado en el Convenio Europeo de Arbitraje, Convenio 90/436/CEE.

“Los procedimientos amistosos constituyen un mecanismo de solución de conflictos entre dos Administraciones tributarias cuando la actuación de una o de ambas Administraciones produce o es susceptible de producir una imposición no conforme con el Convenio para evitar la Doble Imposición suscrito entre ambos Estados, o puede producir una doble imposición. Constituyen, por tanto, un mecanismo suplementario para solucionar problemas no resueltos en otras disposiciones de los Convenios. Debe destacarse que en el ámbito internacional este tipo de mecanismos de resolución de conflictos han adquirido un mayor protagonismo en los últimos tiempos; por ello, y en aras de una mayor seguridad jurídica, las Administraciones tributarias han ido desarrollando diferentes mecanismos que permitan la aplicación efectiva de estos procedimientos. Ejemplos de lo anterior es la adopción, en el ámbito de la Unión Europea, de un Código de Conducta para la aplicación del Convenio 90/436/CEE, de 23 de julio de 1990, relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de beneficios de empresas asociadas y de la aprobación en el ámbito de la OCDE de un manual para la aplicación efectiva de los procedimientos amistosos.”

En el marco de los procedimientos amistosos previstos en los convenios y tratados internacionales hay que distinguir entre aquellos regulados en el artículo correspondiente de cada Convenio para evitar la doble imposición suscrito entre España y otro Estado, y los procedimientos regulados en el Convenio Europeo de Arbitraje, Convenio 90/436/CEE, de 23 de julio de 1990, relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de beneficios de empresas asociadas. Existen importantes diferencias entre ambos textos que han aconsejado una regulación separada de ambos tipos de procedimientos; así, por ejemplo, en el Convenio Europeo de Arbitraje existe un periodo de tiempo para que los dos Estados afectados se pongan de acuerdo para eliminar la doble imposición, transcurrido el cual, si no se ha alcanzado un acuerdo, se constituye una comisión consultiva que emite un dictamen que será obligatorio para ambos Estados, salvo que acuerden algo distinto en un plazo concreto. Sin embargo, en los procedimientos amistosos previstos en los Convenios para evitar la Doble Imposición no existe la obligación de resolver y, de forma coherente, no hay plazo temporal concreto para resolver. El Convenio no obliga a llegar a un resultado sino a la voluntad de alcanzarlo”.

No obstante lo señalado en el párrafo anterior, y en consonancia con los últimos trabajos desarrollados en el seno de la OCDE, que se han plasmado en la introducción de un nuevo apartado al artículo 25, que regula los procedimientos amistosos del Modelo Convenio Fiscal sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE, que prevé el establecimiento de un plazo para que las Administraciones tributarias alcancen un acuerdo, y, ante la ausencia del mismo, se establece la posibilidad de acudir a una comisión consultiva para que resuelva las cuestiones pendientes entre ambas Administraciones, el reglamento que ahora se aprueba contempla la posibilidad de creación de una comisión consultiva siempre que esté previsto en el convenio que resulte de aplicación”.

Por su claridad de exposición respecto la diferenciación entre el procedimiento amistoso y el Convenio de arbitraje, se recomienda la lectura del capítulo “Ajustes correlativos. Procedimiento amistoso y arbitral” de TRAPÉ VILADOMAT. M. en AA. VV. de *Fiscalidad de las operaciones vinculadas* (coord. Carmona Fernández, N.). CISS, Madrid, 2009, pp. 519-549, así como el capítulo “Procedimiento Amistoso y Convenio de Arbitraje” de DEL CAMPO AZPIAZU, C., en AA.VV. de *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, CEF, 2010 (coord. Córdón Ezquerro, T.), pp. 807-845.

Así, a modo de resumen, debe distinguirse el alcance del ajuste bilateral del alcance del mandato de neutralidad fiscal, que curiosamente es el que da entrada a dicho ajuste en nuestro ordenamiento. En este sentido, puede decirse que el alcance del ajuste bilateral es también internacional¹⁵¹, pues existen instrumentos legales que desarrollan procedimientos específicos para que este cometido se lleve a cabo, respetando siempre la íntegra soberanía fiscal de cada Estado; pudiendo afirmarse que el ajuste bilateral se aplica, o puede aplicarse, tanto en las operaciones nacionales como en las internacionales. Sin embargo, el alcance del mandato de neutralidad fiscal del artículo 16.1.2 del TRLIS debe ser de alcance nacional, dado que en modo alguno ninguna administración puede comprometerse a una exigencia como ésta, pues hacerlo supondría admitir como válida la comprobación efectuada por otra administración. De hecho, el artículo 9.2 de los CDI precisamente propone el ajuste bilateral, el cual se materializará siempre y cuando el segundo Estado estuviese de acuerdo con la valoración de la operación realizada por el primer Estado¹⁵².

4.2.- Compatibilidad y coordinación entre el ajuste bilateral y el ajuste secundario

La entrada en vigor por primera vez en nuestro Derecho positivo del ajuste secundario ha supuesto un cambio más que significativo en cuanto a la coordinación de los ajustes. Hasta la aprobación de la Ley 36/2006 que da entrada al artículo 16.8 del TRLIS, y con la antigua normativa, la Administración (ahora también el contribuyente) únicamente debía preocuparse de conjugar el ajuste primario en una parte y el bilateral en la otra. Ahora, el ajuste secundario afectará a las dos partes intervinientes en la operación, lo

¹⁵¹ Siendo el objeto del presente trabajo el estudio del ajuste secundario, no se abordará en profundidad el análisis de los ajustes bilaterales en un contexto internacional. Sin embargo, para más información, *vid.* CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, “Presupuestos y limitaciones del ajuste valorativo del artículo 16 TRLIS” en AA. VV. de *Fiscalidad de las operaciones vinculadas* (coord. Carmona Fernández, N.). CISS, Madrid, 2009, pp. 73-99. Especialmente interesante en la reflexión de los autores respecto la no aplicación de la bilateralidad del ajuste cuando éste afecte a un contribuyente no residente que perciba rentas en España gravadas por el IRNR sin establecimiento permanente; así como la vinculación de la bilateralidad del ajuste en un contexto de CDI con la voluntad elusiva de la partes.

¹⁵² Para concretar con exactitud los países con los que España ha suscrito convenios que incluyen el apartado 2 en su artículo 9, *vid.* MAROTO SÁEZ, A. en “Medidas antiabuso en los convenios españoles”, *IEF*, pp. 146-147 como Trabajo presentado al VII-A Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales del segundo semestre de 2006, pp. 129-153.

que supondrá nuevos retos de coordinación entre todos los ajustes que pueden incidir en el mismo sujeto pasivo implicado en la transacción.

La primera cuestión que planea sobre este tema alude directamente a la compatibilidad del ajuste bilateral y al ajuste secundario; ¿son compatibles ambos ajustes? ¿Puede quedar un ajuste neutralizado por otro o son dos ajustes absolutamente independientes el uno del otro?

Coincido plenamente con la mayoría de la doctrina¹⁵³ al entender que estamos ante dos tipos distintos de ajustes no excluyentes y plenamente compatibles, pues cada uno responde a una cuestión distinta. Mientras el ajuste de bilateral responde a una regla estrictamente de valoración, el ajuste secundario es una norma de calificación. De hecho, se trata de dos ajustes de diferente naturaleza con finalidades distintas pero a su vez complementarios. Es más, es a través del ajuste bilateral que la otra parte interviniente en la operación queda vinculada por la corrección valorativa, haciendo posible, en el plano teórico, el cumplimiento del mandato de neutralidad fiscal predicado en el segundo párrafo del artículo 16.1.2 del TRLIS. A su vez, el ajuste secundario es el responsable de adecuar la tributación a la situación patrimonial del contribuyente tras la aplicación de los ajustes de valoración, calificando fiscalmente el excedente de beneficios percibido por una de las partes.

Sin embargo, el profesor ALONSO GONZÁLEZ interpreta que ante la imposición del ajuste secundario no cabe la aplicación del ajuste bilateral, dando buena cuenta de ello con dos ejemplos muy gráficos con el que se acompaña esta

¹⁵³ Uno de los autores que más claro ha expresado su opinión sobre esta cuestión ha sido GARCÍA NOVOA, (“El ajuste secundario en las operaciones vinculadas”, 2008, p. 58), sosteniendo que “en cuanto a la naturaleza de la previsión legal, estamos ante una norma de calificación que no debe excluir el ajuste bilateral. Esto es, el primer ajuste debe ser bilateral y practicarse en ambos lados de la operación; el mismo tiene naturaleza de norma de valoración y, por tanto, de cuantificación de la obligación tributaria. El segundo (ajuste secundario), es una regla de calificación, y responde a la evidencia de que, al margen de la valoración, los flujos monetarios socio-sociedad se han producido y hay que darles una calificación desde un punto de vista tributario.” También en este mismo sentido se han pronunciado e inclusive los dos primeros autores con ilustrativos ejemplos didácticos, CENCERRADO MILLÁN (“Los efectos de ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”. 2007, pp. 60 y ss.), CORDÓN EZQUERRO (“Valor de mercado y ajuste secundario en las operaciones vinculadas”, 2009, p.160), CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, “Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas”, núm. 316, 2009, p. 42; y CALVO VÉRGEZ (“La práctica del ajuste secundario en el marco de las operaciones vinculadas”, 2010, pp. 45).

teoría¹⁵⁴. A modo de resumen su tesis entiende que únicamente es posible efectuar el ajuste primario positivo y el ajuste secundario, lo que sin lugar a dudas supondrá un incremento de una renta ficticia. Señala el autor que “la solución que depara el artículo 16.8 se encamina a cambiar la naturaleza de las rentas. Solo para uno de los dos sujetos que intervienen procura su valoración conforme a mercado. No aspira a restablecer el valor de mercado sino a

¹⁵⁴ A continuación se transcribirán partes del ejemplo y conclusiones extraídas del artículo de profesor ALONSO GONZÁLEZ, L. M., (“Operaciones vinculadas, elusión y fraude fiscal”. *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 295, octubre 2007, pp. 79-82) que sirven de base para ilustrar su teoría, respecto la cual, no participo por entender que las reglas de valoración y calificación son distintas, independientes la una de la otra aunque complementarias. Antes de entrar en los supuestos prácticos, me permito comentar que la resolución de los mismos, a pesar de no ostentar el socio el 100% de la participación de su sociedad, considera la totalidad de la diferencia entre el precio convenido y el valor de mercado como aportación o dividendos, pues en la fecha de publicación del artículo, no había sido aprobado el artículo 21 bis del RIS que especifica el tratamiento tributario que se otorga a la parte que no se corresponde con el porcentaje de participación.

Ejemplo: “Supongamos que un empresario, socio de una sociedad, al 50%, vende a esa sociedad un *stock* de mercancías. El precio de coste del *stock* es de 50, lo vende a la sociedad por 100 mientras que su valor de mercado alcanza los 500. Finalmente, la sociedad lo revenderá a un tercero por 1.000. La declaración tributaria del socio computará un beneficio de 50 (100-50) mientras que la sociedad declarará un beneficio de 900 (1.000-100). En conjunto, las dos operaciones arrojan un beneficio de 950 repartidos del modo indicado entre el socio y la sociedad a efectos de tributación.

La regularización que lleve a cabo la autoridad fiscal deberá ceñirse al mandato indicado en el artículo 16.8. De tal manera, para empezar, la renta imputable al socio será de 450 (500-50). En cuanto a la entidad, hay que estar al mandato del segundo párrafo del artículo 16.8. Ahí dice, refiriéndose al caso que la diferencia hallada entre el valor normal de mercado y valor convenido lo sea a favor de la entidad (...), que tendrá la consideración (...) de “*aportaciones del socio o partícipe a los fondos propios*”. El entrecomillado adquiere ahora su auténtico significado: se considera que para la sociedad lo que hay es una ampliación de capital, una operación de capital. De tal manera, la regularización administrativa no le supondrá como sí sucedería en un ajuste bilateral puro, mayor gasto o más coste de adquisición. En consecuencia, el importe del beneficio obtenido a partir de la operación de reventa efectuada no disminuirá, seguirá siendo 900, porque el valor de adquisición no habrá variado como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 16.8 y a diferencia de lo que pasaría si se aplicara un ajuste bilateral ortodoxo.”

Parece como si el autor considerase incompatible el ajuste bilateral “ortodoxo”, tal y como lo menciona él mismo, con el ajuste secundario. La resolución del ejemplo planteada por el autor supone una renta global de 1.350 frente a los 950 iniciales, por entender que “lo que es más renta para el socio ya no es más gasto para la sociedad porque para ésta la renta recibida es, por mandato de la ley, aportación de capital. En suma, en palabras del profesor, “se transforma una operación de renta en una operación de capital, aunque sea solo desde la perspectiva de un de los polos de la operación, con el descarado objetivo de impedir que se alcance un equilibrio lógico”. Más allá de la lógica del artículo 16.8 del TRLIS, no considero que el objetivo del legislador haya sido el aumentar la tributación no permitiendo la aplicación del ajuste bilateral pero sí del ajuste secundario; de ser así carecería de toda lógica el mandato de neutralidad fiscal del artículo 16.1.2 del TRLIS.

En mi opinión, y siguiendo con el ejemplo planteado sin tener en cuenta el artículo 21 bis del RIS, tal y como sucedió en la fecha de publicación del estudio, la sociedad debería también haber aplicado un ajuste bilateral de -400 dejando la base imponible a 500, que es la diferencia entre el precio de transmisión (1.000) y el valor de adquisición teniendo en cuenta la corrección de valorativa (es decir, 500). Siendo así, el efecto sería neutro salvo por entender que fiscalmente el socio ha efectuado una aportación de capital por valor de 400 euros, aumentando en el mismo importe el coste de su cartera.

multiplicar, ficticiamente, el importe de la renta”. De la lectura del artículo del citado profesor, parece como si se hubiese tomado el ajuste bilateral como regla de calificación, la cual se ha visto sustituida por el ajuste secundario. Estaríamos pues ante las teorías ya desplazadas que solo concebían el ajuste primario unilateral y el ajuste secundario. Sigue el autor argumentando que este planteamiento es inconstitucional por producirse un sobregavamen que quiebra el principio de capacidad económica. No es ahora el momento de analizar si el ajuste secundario adolece de vicios de inconstitucionalidad (por extralimitación reglamentaria, por ejemplo) pero en todo caso, creo que el fundamento no debería ser éste, pues en mi opinión el ajuste secundario es y debe ser absolutamente compatible no solo con el ajuste primario sino también con el ajuste bilateral o correlativo, el cual es de obligatoria aplicación¹⁵⁵. De lo contrario, la corrección valorativa únicamente afectaría a una parte, contraviniendo así el mandado del artículo 16.1.2 del TRLIS.

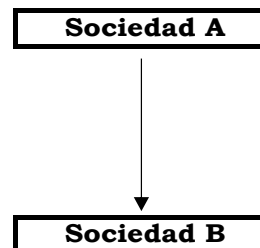
Así pues, y partiendo de la compatibilidad del ajuste bilateral y secundario, siguen vivas todavía las preguntas formuladas al inicio del epígrafe, ¿puede el ajuste bilateral ser neutralizado por el ajuste secundario? ¿qué impacto puede tener el ajuste secundario respecto el ajuste bilateral? La respuesta a estas cuestiones no puede ser unitaria, pues dependerá, entre otros, de quién sea el titular del excedente de beneficios. En aras a facilitar el estudio y respetando la diversidad de situaciones, se ha dividido la respuesta en tres posibles escenarios, de suerte que la conjunción de ambos ajustes podrá producir en algunas ocasiones un efecto totalmente neutro, en otras, situaciones de doble imposición e inclusive, situaciones de desimposición. A continuación se expondrá un ejemplo representativo de cada una de las posibles realidades.

a) Efecto neutro

Imagínese una sociedad (A), residente en territorio español, que participa al 100% en la sociedad (B), también residente, desde su constitución hace más de 3 años. A presta a B un servicio por importe de 10.000 euros, siendo el valor de mercado de 6.000 euros.

¹⁵⁵ En este sentido también se ha pronunciado de manera clara y contundente CORDÓN EZQUERRO (“Valor de mercado y ajuste secundario en las operaciones vinculadas”, 2009, p.155.

RC:	10.000
Ajute bilateral:	-4.000
Dividendo (ajuste secundario)	4.000
Base Imponible:	10.000
CI (30%):	3.000
Deducción art. 30.2 TRLIS:	-1.200
CL:	1.800



RC:	-10.000
Ajute primario:	4.000
Base imponible:	-6.000

Valor acordado: 10.000
 Valor de mercado: 6.000

Como puede apreciarse, el hecho de poder aplicar la deducción para evitar la doble imposición interna en un 100% neutraliza por completo el ajuste secundario en concepto de recepción de dividendos. Lo mismo hubiese ocurrido si la sociedad B fuese no residente y resultase posible la aplicación del artículo 21 del TRLIS.

Este es un escenario clásico en el que, tal y como muy bien dice CENCERRADO MILLÁN¹⁵⁶, hay “demasiados ajustes para llegar al mismo resultado que si no existiese la norma de recalificación y sólo se aplicase el ajuste bilateral”.

En este sentido se pronuncia SANZ GADEA en una obra anterior a la entrada en vigor de la actual normativa, sospesando la posibilidad que se le dispensaría a la Administración Tributaria en cuanto a la calificación de la diferencia entre el precio convenido y el valor de mercado. No le falta razón al autor cuando sostiene que en supuesto de regularizaciones internas (como el ejemplo anterior), “la calificación de los hechos que subyace a la operación vinculada llega a los mismos resultados que la regularización consistente en sustituir el valor efectivo por el valor administrativo, e incluso esta regularización es más sencilla desde el punto de vista de tratamiento fiscal”¹⁵⁷. Sin embargo, y pese al buen tino del autor, esta afirmación debe ser matizada, en especial, desde la entrada en vigor del redactado del artículo 16.8 del TRLIS, pues ahora su

¹⁵⁶ CENCERRADO MILLÁN, “Los efectos de ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”. 2007, p. 62.

¹⁵⁷ SANZ GADEA, “Operaciones vinculadas (I)”, *IEF*, núm. 50/2.000, p. 103.

aplicación no parte de una mera voluntad interpretativa, sino que se configura como un simple mandato legal y automático, el cual incorpora aspectos que en modo alguno provocan un efecto neutro, tales como la consideración de “utilidades por la condición de socio” respecto la parte del diferencial de precio que no se corresponde con la participación, renta ésta que provocará una doble imposición sin posibilidad de eliminarla.

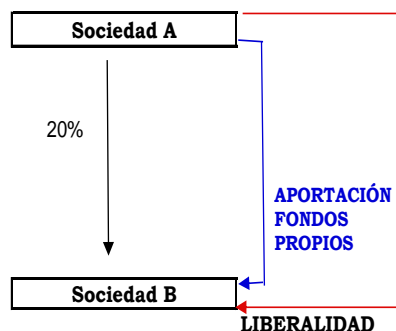
b) Doble imposición

Supóngase las mismas sociedades que el ejemplo anterior pero sabiendo que la participación no es del 100% sino del 20%. En este caso, B vende a A *stock* de mercancías por importe de 5.000 euros, siendo el valor de mercado de 3.000 euros.

RC	-5.000
Ajuste primario:	2.000
Gasto por liberalidad (ajuste secundario):	-1.600
Liberalidad no deducible (ajuste secundario):	1.600
Base Imponible:	-3.000

Aportación de A a B por 400

RC	5.000
Ajuste bilateral:	-2.000
Renta (ajuste secundario):	1.600
Base Imponible:	4.600



Valor acordado: 5.000
Valor de mercado: 3.000

Como se sabe, la aportación de capital no es un acto gravable en sede del Impuesto sobre Sociedades, con lo que sobre el diferencial que se corresponde a este 20% de participación no se generará doble imposición. Ahora bien, respecto el 80% restante, el artículo 21 bis del RIS lo asume como renta para la sociedad y liberalidad para el socio, siendo precisamente esta renta la responsable de la generación de la doble imposición.

Lo mismo sucedería si el exceso de beneficios residiera en manos del socio, pues la parte del diferencial de precio que no corresponde con la participación tendría la consideración de utilidades percibidas por la condición de socio según dispone el artículo 25.1.d) de la LIRPF, renta ésta que no puede gozar de ningún paliativo para la doble imposición.

O inclusive un caso todavía más simple. En los escenarios planteados parece que ambas sociedades, o son residentes en territorio español, o siendo una de ellas residente en otro Estado, se permite la deducción para evitar la doble imposición (escenario 1). Sin embargo, bien pudiera ocurrir que el ajuste secundario generara una situación de doble imposición por el simple hecho que el Estado receptor del dividendo presunto no lo reconociera como tal y por ende, no habilitase el mecanismo adecuado para recuperar la retención en la fuente.

A estos efectos, resulta evidente que el ajuste secundario, en tanto puede dar lugar a un nuevo hecho imponible ficticio, llevará aparejada su correspondiente tributación, que en casos que no pueda ser eliminada por ningún método establecido en nuestra normativa interna, supondrá una doble imposición.

Interesante es la reflexión de los profesores CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ¹⁵⁸, quienes advierten de la necesidad de coordinar los ajustes primario, correlativo y secundario para evitar la doble imposición¹⁵⁹.

c) Desimposición

Curiosamente, existen casos en los que el efecto recaudatorio es menor si se aplica el ajuste secundario (habiendo aplicado antes el ajuste bilateral) frente a la aplicación en exclusiva del ajuste bilateral.

Imagínese exactamente el mismo escenario que en el anterior ejemplo pero ostentando la sociedad A el 100% sobre las participaciones de B. A su vez, un año más tarde de la compraventa de *stock*, la sociedad A decide vender las participaciones que tiene sobre la sociedad B a la sociedad C.

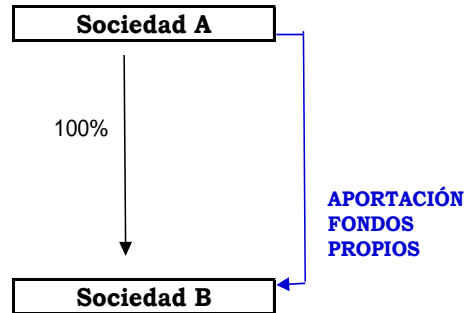
¹⁵⁸ En los escenarios planteados se ha partido de la residencia en territorio español de ambas sociedades. Sin embargo, en caso de estar frente a una operación vinculada internacional, acertada es la reflexión de los citados autores quienes insisten en que los problemas que ésta pudiera ocasionar, como la eliminación de la doble imposición, “únicamente pueden resolverse de forma coordinada a través de un procedimiento amistoso (o arbitral) previsto en un CDI”. CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, “Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas”. 2009, p. 43

¹⁵⁹ También en este sentido se pronuncia el profesor CALVO VÉRGEZ (“La práctica del ajuste secundario en el marco de las operaciones vinculadas”, 2010, p. 47) quien considera necesario “acometer una labor de coordinación entre los ajustes primario, correlativo y secundario destinada a evitar la doble imposición que, de otro modo, surgiría para las personas vinculadas que intervienen en la operación objeto de tales ajustes.”

AÑO 1

RC	-5.000
Ajuste bilateral:	2.000
Base Imponible:	-3.000

RC	5.000
Ajuste primario:	-2.000
Base Imponible:	3.000



Valor acordado: 5.000
 Valor de mercado: 3.000

AÑO 2

Sociedad A vende su cartera. Transmisión de participaciones

Coste adquisición contable: 10.000
 Coste de adquisición fiscal: 12.000 (10.000 + 2.000)
 Precio transmisión: 20.000

RC	10.000
Ajuste primario:	-2.000
Base Imponible:	8.000

CUADRO RESUMEN DE TRIBUTACIÓN

Aplicación ajuste primario y bilateral	AÑO 1	AÑO 2	TOTAL
Sociedad A	-3.000	10.000	7.000
Sociedad B	3.000		3.000

Aplicación ajuste primario, bilateral y secundario	AÑO 1	AÑO 2	TOTAL
Sociedad A	-3.000	8.000	5.000
Sociedad B	3.000		3.000

Obsérvese que el diferencial de tributación corresponde exactamente con el importe del ajuste primario¹⁶⁰. No obstante, nótese también que de poder aplicarse el artículo 30.5 del TRLIS para evitar la doble imposición en caso de transmisiones de participaciones la tributación efectiva podría ser la misma.

En conclusión, no solo es posible sino que de la lectura del artículo 16 del TRLIS resulta obligatoria la aplicación conjunta de los ajustes primario y bilateral derivados de una regla de valoración, junto con el ajuste secundario como responsable de la regla de calificación. Cuestión distinta es el hecho que la conjunción de los tres ajustes puede generar distintas situaciones tributarias, no siendo éste, en modo alguno, un argumento para dejar de aplicar ningún ajuste. Insisto de nuevo en que dicha afirmación parte de una interpretación del texto legal, no de lo que la autora de estas líneas entiende que debería ser el ajuste secundario, aspecto éste que será tratado en breve.

5.- El ajuste secundario

5.1.- Necesidad de regulación del ajuste secundario. Reglas generales de calificación de la LGT *versus* regla específica de calificación de las operaciones vinculadas

Como análisis previo a la naturaleza y efectos del ajuste secundario, estimo conveniente estudiar con qué herramientas jurídicas contaba nuestro ordenamiento tributario con anterioridad a la introducción del ajuste secundario en el Derecho positivo español.

La definición genérica de ajuste secundario, más allá de sus calificaciones concretas señaladas por la normativa, parece que es pacífica entre la doctrina; digo su definición genérica, no sus numerosos defectos jurídicos tanto de índole formal como de fondo. Así pues, se entiende que el ajuste secundario pretende calificar fiscalmente el exceso de flujos que figura en la contabilidad de una de

¹⁶⁰ Así mismo opina CENCERRADO MILLÁN (“Los efectos de ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”. 2007, p. 65), quien acertadamente comenta que “la aplicación del artículo 16.8 del TRLIS supone una minoración de la tributación de las entidades vinculadas respecto de la que procedería si sólo se limitase a aplicar los ajustes primario y bilateral derivados de la imposición del valor del mercado de conformidad con el artículo 16.1 del TRLIS”.

las partes tras la consecución del ajuste primario (y en su caso, correspondiente). Dicho de otro modo, su objetivo es aunar el registro contable de una operación, que debe reflejar la cantidad efectivamente recibida o satisfecha, con la fiscalidad impuesta tras el ajuste primario, siendo ésta una regla de valoración¹⁶¹.

En este sentido, siendo pues el ajuste secundario una regla de calificación, no es de extrañar que varios autores lo consideren como una concreción de la regla de calificación contenida en el artículo 13 de la LGT¹⁶², en virtud de la cual “*las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez*”.¹⁶³

Siendo así, ¿qué necesidad tenía el legislador de regular una regla específica de calificación si ya existía una de naturaleza genérica? Parece que el ajuste secundario zanja varias polémicas acerca de la posible aplicación de las reglas de calificación entorno a una operación vinculada. La entrada en vigor del ajuste secundario como regla específica y habilitadora de una nueva y sobretodo concreta calificación fiscal, acaba con el debate abierto hasta el momento. Otra cosa muy distinta será cuán acertada ha sido la redacción del artículo 16.8 del TRLIS y de su desarrollo reglamentario. En este sentido se pronuncian BAENA SALAMANCA¹⁶⁴ y SENDÍN CIFUENTES¹⁶⁵, quien habida

¹⁶¹ Muchísimas son las definiciones que la doctrina ofrece sobre el ajuste secundario, aunque todas ellas, con distinción de vocablos, quieren decir exactamente lo mismo. En este sentido, particularmente clarificadora me parece la definición concreta que nos ofrece LÓPEZ-HERMOSO AGIUS, J. C., en el capítulo que ha escrito en una obra conjunta, denominado “El ajuste secundario” en AA. VV. de *Fiscalidad de los precios de transferencia – operaciones vinculadas*, 2010, p. 736). Dice así: “En definitiva, con el ajuste secundario se trata de calificar, desde el punto de vista exclusivamente fiscal, el exceso de renta que figura en la contabilidad de una entidad vinculada en relación con la que se considera que hubiera procedido de haberse realizado en condiciones de mercado, de acuerdo con el ajuste primario realizado por la Administración Tributaria”. Añadir a esta definición el matiz no poco importante que el ajuste primario puede haberlo efectuado también el sujeto pasivo.

¹⁶² En estos términos se expresan GARCÍA NOVOA, “El ajuste secundario en las operaciones vinculadas”, 2008, p. 58; VADILLO CASERO, “El ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2008, p. 256.

¹⁶³ Para un mayor desarrollo de la interpretación de las normas tributarias, *vid.* MENÉNDEZ MORENO, A., *Derecho Tributario y financiero. Parte General. Lecciones de Cátedra.*, Ed. Lex Nova, 14ª ed., septiembre 2013, pp. 120-127.

¹⁶⁴ BAENA SALAMANCA, (“Las operaciones vinculadas y el ajuste secundario en el Impuesto sobre Sociedades”, *Carta Tributaria, Monografías*, 1ª quincena de enero 2009, p. 10) reconoce que

cuenta de la complejidad de aplicación que en ocasiones resulta de la regla genérica de calificación de la LGT, concibe como necesaria la regulación del mencionado artículo, “para considerar plenamente aplicables las consecuencias del ajuste secundario”. También MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, a pesar de no escatimar críticas a la actual redacción, concibe el ajuste secundario como “una técnica antifraude más simple y eficaz que el mecanismo de conflicto en la aplicación de la norma o el de la simulación”; e incluso nos recuerda que en nuestro ordenamiento tributario ya existía una figura de consecuencias similares al ajuste secundario, como es la subcapitalización¹⁶⁶.

No obstante, la actual regulación del ajuste secundario es tan incongruente, inoportuna y confusa, que a pesar de compartir la necesidad de una regulación específica para las operaciones vinculadas, su redactado invita a desear la eliminación del artículo 16.8 del TRLIS, siendo preferible la aplicación de las reglas genéricas de la LGT que tener que lidiar con un ajuste secundario más bien generador de conflictos y poco o nada resolutivo. En este sentido también se pronuncia GARCÍA NOVOA, quien después de afirmar que el ajuste secundario es una vulneración clara del principio de capacidad económica, se inclina por la no necesidad de regulación de una regla específica de valoración, pudiendo solventarse las “transferencias de fondos”, expresión utilizada por el mismo autor, a través de las cláusulas generales previstas en la LGT¹⁶⁷.

Sin embargo, a mi juicio, esta introducción novedosa en nuestro Derecho positivo del ajuste secundario no responde únicamente a una voluntad de concreción de una regla de calificación, sino más bien, o al menos, entre otros motivos, a la eliminación de aquellos instrumentos jurídicos que en pro de una seguridad jurídica, desplegaban una serie de requisitos que impedían la

“con el artículo 16.8 se cierra la polémica doctrinal existente sobre si con la legislación anterior tenía cabida o no la posibilidad de practicar ajustes secundarios distintos de los que se derivan de la norma de subcapitalización”.

¹⁶⁵ SENDÍN CIFUENTES, J. L., “El ajuste secundario en operaciones vinculadas. Incidencia en operaciones internacionales.”, Ed. IEF, Trabajo presentado al X Curso de Alta Especialización en *Fiscalidad Internacional* celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales del segundo semestre del 2008, pp. 229.

¹⁶⁶ MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, J. M. “El ajuste secundario en la Ley y Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (a propósito del RD 1793/2008, de 3 de noviembre)”, *Quincena Fiscal*, núm. 12/2009, p. 81.

¹⁶⁷ GARCÍA NOVOA, C., “La necesaria modificación de la regulación de las operaciones vinculadas”, *Quincena Fiscal* núm. 1-2, enero 2010, p. 107.

aplicación automática de cualquier regla de calificación¹⁶⁸. No en vano, uno de los aspectos más controvertidos de la actual redacción del artículo 16.8 del TRLIS es precisamente su objetividad y automaticidad, pues en modo alguno se tiene en cuenta la existencia de una voluntad elusiva por parte del contribuyente, siendo no sólo obligatorio el qué sino también el cómo, o lo que es lo mismo, no sólo se impone la regla de calificación fiscal, sino que además se exigen determinados hechos jurídicos ficticios cuando la relación de vinculación se predica respecto a un socio y su sociedad¹⁶⁹. Recuérdese que el ajuste secundario es un mandato legal, obligatorio y automático, lo cual simplifica sobremanera su procedimiento por parte de la Administración, quedando ésta exonerada de redactar un informe motivado sobre la aplicación de una regla de calificación.

Sea como fuere, ante una diferencia de precio acordado y valor de mercado, tanto el legislador como la Administración deberán aplicar el ajuste secundario¹⁷⁰, pues ésta es la regla de calificación que se le presume, y no otra más genérica. Ahora bien, todo lo expuesto hasta ahora hace referencia a una comparativa de la regla general de calificación contenida en el artículo 13 de la LGT ante la regla específica del ajuste secundario, pero especial atención merecen los artículos 15 y 16 de la LGT, esto es, conflicto en aplicación de la norma tributaria y simulación.

En mi opinión, el ajuste secundario no puede subsumirse en una suerte de simulación relativa, como así parece defenderlo ALONSO GONZÁLEZ. Contrarios a este postulado están los profesores CALDERÓN CARRERO y MARTÍNEZ JIMÉNEZ, con quien comparto punto de vista; el cual puede avalarse, inclusive a nivel jurisprudencial.

¹⁶⁸ El profesor CALVO VÉRGEZ (*Operaciones Vinculadas y Subcapitalización*, 2011, p. 229) concibe el ajuste secundario como una técnica antifraude más simple que el mecanismo del conflicto en la aplicación de la norma o que el de la simulación.

¹⁶⁹ Esta afirmación quedaría matizada por la introducción en el artículo 21 bis del RIS del apartado 3, transformando lo que en el párrafo anterior parece una presunción *iuris et de iure* en una *iuris tantum*.

¹⁷⁰ Insisto de nuevo en que dicha afirmación corresponde a la naturaleza actual de la redacción del artículo 16.8 del TRLIS y de su correspondiente desarrollo reglamentario, aunque nada tiene que ver con la opinión que me merece la actual normativa, pues precisamente uno de los aspectos que encuentro más perniciosos es su automaticidad.

A estos efectos, entiendo el profesor ALONSO GONZÁLEZ en cuanto a las críticas de contenido respecto el artículo 16.8 del TRLIS, pues comparto alguno de sus argumentos, aunque nuestros puntos de partida sean distintos¹⁷¹, pero no considero el artículo 16.8 del TRLIS como una presunción de simulación relativa o absoluta. Más bien me inclino a pensar que el ajuste secundario busca aunar la esfera patrimonial y fiscal de las partes implicadas, partiendo de una regla de valoración previa, cuyo resultado se concreta en el ajuste primario. Es decir, el ajuste secundario únicamente será de aplicación ante una operación cuyo valor acordado y valor de mercado no son coincidentes, con independencia de la voluntad elusiva de las partes. Tal y como expresan muy bien los profesores CALDERÓN CARRERO y MARTÍNEZ JIMÉNEZ ¹⁷², “el principio de plena competencia y el ajuste secundario no entrañan cláusulas antisimulación en el sentido que buscan la verdadera operación negocial realizada (disimulada), sino que estamos ante una regulación que tutela la correcta atribución y determinación de rentas en un contexto donde rige el principio de separación de esferas patrimoniales de los distintos sujetos pasivos”. En este sentido, tener presente que el ajuste secundario, aunque puede no ser considerado como una cláusula antisimulación, ello no supone que deje de ser una cláusula antielusión, pues al fin y al cabo se concibe como una norma cautelar que pretende frenar las imputaciones de rentas que no se corresponden con la auténtica situación patrimonial de las partes intervinientes¹⁷³.

¹⁷¹ Recuérdese que el profesor ALONSO GONZÁLEZ (“Operaciones vinculadas, elusión y fraude fiscal”, 2007, pp.77-82) asume el ajuste secundario como incompatible con el ajuste bilateral, primando el artículo 16.8 del TRLIS. Discrepar sobre este aspecto, como así ha sido analizado en el apartado “Compatibilidad y coordinación entre el ajuste bilateral y el ajuste secundario”, conlleva no poder compartir el análisis del profesor ALONSO GONZÁLEZ en su plenitud. Comparto parte de sus contundentes críticas respecto al ajuste secundario pero algunos de sus argumentos basados en el aumento de renta que supone siempre, según el autor, el ajuste secundario, suponen partir de dos puntos de base distintos en cuanto a la crítica legislativa del artículo 16.8 del TRLIS.

¹⁷² CALDERÓN CARRERO y MARTÍNEZ JIMÉNEZ “Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas”. 2009, p. 42.

¹⁷³ En este mismo sentido se pronuncia CALVO VÉRGEZ, mereciendo la pena la transcripción literal de las cuestiones que se formula el autor en su monografía (*Operaciones Vinculadas y Subcapitalización*, 2011, p. 210) quien dice “¿Cabría la posibilidad de calificar el ajuste secundario como una cláusula destinada a hacer frente a las operaciones de simulación?, ¿Persigue la aplicación del ajuste secundario (así como del principio de plena competencia) a desentrañar la verdadera operación negocial realizada, es decir, la operación disimulada? A nuestro juicio, a pesar de la actual redacción otorgada al art. 16.8 del TRLIS, la respuesta a la citada cuestión ha de ser negativa. (...) Lo que persigue la práctica del ajuste secundario no es sino garantizar la correcta atribución y determinación de las rentas a través de una separación de las esferas patrimoniales correspondientes a los distintos sujetos pasivos”

Ello no invalida para nada la aplicación de la regla de la simulación cuando la misma sea necesaria y acorde con el supuesto objeto de comprobación. En estos casos, no se estará ante una operación cuyo precio pactado haya sido discutido y de ahí el exceso de tesorería que recae en una de las partes, sino más bien se estará ante un negocio jurídico que simula ser otro, debiendo obligar a las partes a tributar por el verdadero hecho imponible. Así, a título de ejemplo, una compraventa realizada entre dos partes vinculadas a un precio inferior al de mercado no pretende “simular” otro negocio jurídico, pues el hecho imponible es simple y llanamente una operación de compraventa. Lo mismo sucedería en el caso de una prestación de servicios. No obstante, el ajuste secundario, recalifica la ventaja patrimonial que ha quedado en manos de una de las partes pero en modo alguno hace prevalecer el negocio disimulado. De hecho, más bien, impone una valoración acorde al precios de mercado, sin discutir la existencia de la transacción primaria, y a su vez, crea un nuevo hecho imponible cuya pretensión no es otra que la de otorgar una explicación a este exceso de tesorería que el ajuste primario por sí solo, en principio, no es capaz de resolver. En modo alguno un hecho imponible es sustituido por otro, sino que se proporciona a cada sujeto pasivo su correcta atribución de rentas con el claro objetivo de respetar el principio de plena competencia¹⁷⁴. A mayor abundamiento, el ajuste secundario no requiere de una voluntad elusiva, como sí lo hace la simulación o el conflicto en aplicación de una norma tributaria, pues dichas figuras no pueden ser concebidas sin entender la importancia de la vocación fraudulenta de las partes.

Distinta es la concepción de la regla de la simulación, y no sólo por lo que a la forma procedimental se refiere, sino también al fondo de la cuestión. En este caso, la Administración no discute la valoración de una operación, sino directamente la esencia de la misma, la cual simula un negocio ficticio con el único propósito de no gravar el verdadero hecho imponible.

¹⁷⁴ También la OCDE discurre en el mismo sendero, cuyas reflexiones recoge CALDERÓN CARRERO (“La prestación de servicios intragrupo en la nueva regulación de operaciones vinculadas”, 2008, p. 21, nota 28), según las cuales “la OCDE no se inclina a favor de una recalificación total de la operación sustituyéndola por otra, sino que es partidaria de que se lleve a cabo un ajuste en las condiciones de las operaciones de manera que resulten acordes con el principio de plena competencia”.

Sea como fuere, estoy absolutamente de acuerdo con CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, pues en la práctica, “la línea que separa el fraude de ley o la simulación de aquéllos supuestos donde la Administración ejerce facultades de recalificación a la luz del artículo 16 TRLIS es muy fina y difícil de trazar”¹⁷⁵. Y no únicamente se basa en un tema de procedimiento formal sino que las diferencias estriban también en el régimen sancionador, pues como se sabe el régimen sancionador específico del artículo 16.10 del TRLIS para operaciones vinculadas fue concebido precisamente para diferenciarlo del régimen general previsto en la LGT. Así, la cuestión sigue siendo la misma, ¿es posible la aplicación de ambos regímenes ante una operación vinculada? La respuesta a esta cuestión no suscita debate alguno, es decir, o se opta por el artículo 16.8 del TRLIS como regla específica de valoración o bien por las reglas generales de la LGT. Sin embargo, tampoco el enunciado de esta pregunta estaría bien formulado, pues entiendo que ambas reglas de calificación, la específica y la genérica, no son opcionales sino más bien preceptivas en función de la operación efectuada; de suerte que el verdadero *quid* de la cuestión es determinar cuándo *debe* ser aplicable una regla u otra

En aras a procurar centrar el debate, considero oportuno traer a colación el párrafo tercero del FJ 2º de la sentencia dictada por el TSJ de Castilla y León de 17 de septiembre de 2012, en virtud de la cual se señala que “*la ciencia jurídica afirma mayoritariamente que la figura de la simulación está basada en la presencia de una causa falsa y que la simulación absoluta se produce cuando se crea la apariencia de un contrato pero, en verdad, no se desea que nazca y tenga vida jurídica; de modo que el contrato de simulación absoluta está afectado de nulidad total*”¹⁷⁶. Conviene ahora diferenciar el concepto de simulación absoluta y relativa, pues mientras en el primero no hay voluntad de celebrar el acto jurídico, tan sólo la apariencia de hacerlo, en la simulación relativa se parte de

¹⁷⁵ CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, , “Presupuestos y limitaciones del ajuste valorativo del artículo 16 TRLIS”, 2009, p. 85.

¹⁷⁶ En esta sentencia se desestima la pretensión de la demandante por entender que existe una simulación de externalización de parte de los servicios prestados por la actora, lo cual supone una tributación menor. En concreto, la mercantil y actora MOVICOM COMMUNICATIONS, S.A. “difería ficticiamente la reparación de teléfonos móviles a personas vinculadas, trasladando así su volumen de facturación a estas empresas y personas físicas, que tributaban por el régimen simplificado de IVA, y no por el régimen general como era el caso de la actora”. Es más, la recurrente conseguía así reducir su tributación, pues “pese a facturar importantes cantidades no obtenía unos beneficios comparables, pues aducían unos volúmenes igualmente elevados de adquisición de servicios (reparaciones)”. La sentencia concluye con claridad la voluntad de evasión fiscal y procede a su regularización.

dos negocios, el simulado como aparente y fingido, y el disimulado como oculto y real.

A mi juicio, y tomando en consideración todo lo expuesto hasta ahora, las reglas de calificación genéricas previstas en la LGT deberían ser aplicadas ante operaciones en las que no se está discutiendo el importe de la transacción, sino algo mucho más trascendental, esto es, la concurrencia de una voluntad elusiva, junto con una causa falsa contractual¹⁷⁷; dicho de otro modo, la Administración confrontará directamente la verdadera esencia de la operación, haciendo prevalecer un acto jurídico (disimulado) frente a otro, que se anula por completo¹⁷⁸. Por otra parte, en aquellas operaciones vinculadas en las que se está entrando en examinar el precio convenido, sin discutir la existencia de la operación, y con independencia de una voluntad elusiva, habrá que aplicar la regla de calificación del artículo 16.8 del TRLIS, pues como se sabe, el ajuste secundario es un mandato legal y automático. En estos supuestos no se pretende anular ningún negocio, pues se entiende que la operación principal es real y verdadera, sino que se crean dos ficciones jurídicas compatibles, de

¹⁷⁷ Contrario a esta opinión se muestra DE PABLO VARONA quien considera que la Administración podrá aplicar tanto las normas de simulación como la de operaciones vinculadas sobre una misma transacción, aún cuando si la simulación afectase al precio; *Las operaciones vinculadas en el IRPF*, 2002, p. 55.

¹⁷⁸ Interesante resulta la reciente sentencia dictada por la AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 20 de febrero de 2013 acerca de la simulación de una actividad económica inexistente. Los hechos son los siguientes: la sociedad TELELAR, S.L. está participada por dos socios al 50% cada uno. Curiosamente ambos socios están dados de alta como autónomos en la misma actividad que la citada entidad, siendo TELELAR, S.L. su único cliente. Sin embargo, ambos socios (aunque la parte recurrente es únicamente uno de ellos) tributan en la modalidad de módulos (estimación objetiva); de manera que el demandante “al tributar en el régimen de módulos solamente pagaba impuestos por la cantidad del módulo correspondiente, lo que le permitía facturar cualquier cantidad sin pago de impuestos. Con ello, TELELAR, S.L., podía deducirse todas las facturas recibidas de su socio”. La AN desestima la pretensión del actor considerando correcta la interpretación de la Administración Tributaria; esto es; “hay simulación y la actividad declarada por el demandante no es más que una pantalla jurídica de TELELAR, S.L., por lo que la propuesta de regularización parte de no considerar como actividad económica la declarada por el demandante” (...) “Procede en consecuencia computar los rendimientos netos declarados por el demandante como actividades económicas como rendimientos del capital mobiliario que derivan de su condición de socio de la entidad”.

A pesar de saber que esta sentencia se refiere a una declaración del IRPF correspondiente al ejercicio 2001, año en el cual ni tan siquiera existía el artículo 16.8 del TRLIS, a mi juicio el ajuste secundario no debería ser aplicado, siendo correcta la aplicación del artículo 16 de la LGT, dado la existencia manifiesta de la voluntad elusiva, así como la apariencia falsa de un negocio, o lo que es lo mismo, su causa falsa. Obsérvese como la Administración no ha entrado a discutir la valoración de los servicios (aunque como indicio los ha considerado desproporcionados teniendo en cuenta los medios de los que se disponía), sino que directamente ha entrado a examinar la verdadera existencia del negocio jurídico, y puesto que se trataba de un negocio simulado, lo ha considerado nulo, es decir, toda la actividad económica ejercida por los socios era una “pantalla”, de manera que no debería haber existido nunca.

suerte que la transacción principal se considera que se ha llevado a cabo por un precio distinto del convenido (pero sigue existiendo), y a su vez se dota de explicación la diferencia entre ambos precios mediante la creación de un nuevo hecho jurídico¹⁷⁹.

A modo de resumen cabe señalar lo que parece una obviedad, esto es, la afirmación que no siempre será fácil determinar estos requisitos, más si cabe teniendo en cuenta las sutilezas de muchas operaciones¹⁸⁰. Cosa distinta será si la regla específica de calificación contenida en artículo 16.8 del TRLIS debería haber tenido en consideración la voluntad elusiva del contribuyente, flexibilizando así su aplicación, como sí lo hace por ejemplo la normativa francesa; aspecto éste que por supuesto será tratado más adelante. Es más, en una gran mayoría de casos no existe una manipulación artificiosa de los precios, sino más bien una diferencia de criterio respecto lo que la Administración entiende que debería haber sido el precio; piénsese en lo complejos y tortuosos que pueden llegar a ser los métodos de valoración. Parece incongruente que también en estos casos, y sin mediar necesidad alguna de propósito elusivo, se aplique el ajuste secundario. ¿No sería esta actitud contraria al principio de capacidad económica? Pues al fin y al cabo se están generando nuevos hechos imponibles presuponiendo que la diferencia de criterio en el precio se origina en una voluntad manifiesta de “simular” una operación secundaria. Las cuestiones relativas a la constitucionalidad del ajuste secundario serán abordadas con detalle en el tramo final del presente capítulo, aunque ya puedo afirmar que la regulación actual del ajuste secundario es sin duda del todo parca y desafortunada.

¹⁷⁹ En este sentido se trae a colación de nuevo las interesantes reflexiones de CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, (“Presupuestos y limitaciones del ajuste valorativo del artículo 16 TRLIS”, 2009, p. 84), con quienes comparto opinión por entender que “el artículo 16 del TRLIS, como la jurisprudencia reconoce, es una norma de valoración principalmente”, (...) “pero no puede convertirse en el sustitutivo de los artículo 13, 15 y 16 de la LGT”.

¹⁸⁰ SENDÍN CIFUENTES, J. L., (“Operaciones vinculadas: aplicabilidad del ajuste secundario en operaciones internas”, en AA. VV. de *Las operaciones vinculadas. Análisis contable y fiscal*, coord. González González, J.M., CISS, 2009, p. 108.) de manera breve pero clara afirma que “la utilización de los principios generales de calificación, como el de la calificación o las cláusulas antiabuso, es impecable en ausencia de norma concreta, y ante determinados supuestos, pero la misma no está exenta de polémica doctrinal y podría pensarse en su utilización exclusivamente en determinados supuestos muy concretos”. Con estas palabras parece que el autor considera la aplicación de las reglas de calificación de la LGT, aptas para supuestos muy concretos, a pesar de tratarse de reglas genéricas de calificación, pues como se sabe su aplicación no es casi automática como sí lo es sin duda el ajuste secundario tal y como está concebido actualmente. De hecho, y conjugando la opinión del autor con la mía propia, quizás sería acertado entender que los casos de causa falsa y voluntad elusiva son minoritarios respecto aquellos en los que simplemente hay una discrepancia en el precio.

5.2.- Alcance del ajuste secundario

5.2.1.- Alcance geográfico. Nacionalidad e Internacionalidad del ajuste secundario. Diferencias procedimentales

Como bien se sabe, el redactado del artículo 16.8 del TRLIS no señala diferencia alguna respecto las operaciones internas e internacionales; siendo el mandato del legislador extremadamente claro y contundente: el ajuste secundario debe ser aplicable a todas aquellas operaciones que cumplan únicamente dos requisitos; a saber, que estén dentro del perímetro de vinculación contemplado en el artículo 16.3 del TRLIS y en las que se observe una discrepancia de valoración entre el precio convenido y el valor de mercado.

A mayor abundamiento, puede encontrarse una referencia explícita en el texto que concluye todavía más, si cabe, la vocación también internacional del ajuste secundario. Me refiero concretamente al segundo párrafo de la letra b) del artículo 21.2 del RIS en cuanto a la calificación de la renta correspondiente a la diferencia a favor de la entidad que no se corresponde con el porcentaje de participación *cuando se trate de contribuyentes del IRNR sin establecimiento permanente*, pues en estos casos la renta se considerará ganancia patrimonial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.1.i).4 del TRLIRNR. Este texto simplemente corrobora la extensión del mandato de calificación ante operaciones en las que una las partes sea no residente.

Ahora bien, ¿es lo mismo la aplicación del ajuste secundario ante operaciones internas que ante transacciones con componente subjetiva internacional? Es evidente que la respuesta sólo puede ser negativa, y no únicamente a efectos impositivos¹⁸¹ (pues ya se ha visto que en operaciones internas es más factible un resultado neutro que en transacciones internacionales)¹⁸² sino sobretodo y

¹⁸¹ Recuérdese el posible efecto neutro de la aplicación de los tres ajustes (primario, correlativo y secundario) ante determinadas operaciones cuando ambos sujetos intervinientes en la operación son residentes fiscales. Remisión al epígrafe 4.2 del presente capítulo.

¹⁸² Ciertamente es que también en una transacción internacional podría ocasionarse un efecto neutro pero no es menos cierto que para que esto ocurriera sería necesario que el otro Estado aceptara el ajuste primario efectuado por otro Estado miembro, practicase el ajuste bilateral, aceptara, por ejemplo, que ha sido receptor de dividendos y a su vez facilitara un método para eliminar la doble imposición; escenario éste de más difícil cumplimiento, que en cualquier caso podría ser una realidad en el seno de un procedimiento amistoso.

especialmente, respecto al procedimiento formal que se que sigue en uno y otro caso. Así, ante una operación interna, la Administración puede por ella misma efectuar el ajuste primario, el bilateral y el secundario, no siendo así ante una operación en la que interviene otra autoridad fiscal. Se extraen aquí dos cuestiones a debatir, una de fondo y la otra de forma.

En términos de fondo jurídico del ajuste secundario, parece que esta cuestión no origina debate alguno según la redacción de nuestro artículo 16.8 del TRLIS, pues a cualquier operación, interna o internacional, deberá serle de aplicación el ajuste secundario. Ahora bien, la cuestión reside en si ello es o no coherente, o si su aplicación debería limitarse exclusivamente a operaciones internacionales, como en gran medida sucede en Francia, cuya preocupación se centra básicamente en las transacciones acaecidas en un contexto internacional.

Ya SANZ GADEA¹⁸³ se pronunció sobre este extremo incluso antes que se aprobara el tantas veces citado artículo 16.8 del TRLIS, tal y como ya se ha señalado en este capítulo, poniendo de relieve el efecto neutro que suponía la recalificación de las operaciones internas¹⁸⁴. A su vez, GARCÍA NOVOA, ya con el redactado vigente de la actual normativa, se cuestiona el sentido de la aplicación del ajuste secundario en operaciones internas. Su argumento es claro: el ajuste secundario “constituye una auténtica ficción” dice el autor, pues en determinados supuestos, esto es, respecto la parte de la diferencia de precio que no se corresponde con el porcentaje de participación, la ley determina la existencia de una “liberalidad”, esto es, “una manifestación de capacidad contributiva” inexistente, “no expresivas de la capacidad económica”¹⁸⁵. Trataré este aspecto más detenidamente en el apartado relativo a la constitucionalidad del ajuste secundario.

¹⁸³ SANZ GADEA, “Operaciones vinculadas (I)”, *IEF*, núm. 50/2.000, p. 103

¹⁸⁴ Recuérdese que en la fecha de publicación del trabajo de este autor en el que se pronunció sobre este asunto, todavía estaba vigente la Ley 43/1995 de la LIS. Como no podría ser de otra manera, y teniendo en cuenta la gran calidad jurídica de las obras del citado autor, algunas de sus reflexiones pueden ser todavía vigentes, mientras otras ya no podrían serlo, pues la existencia del desarrollo reglamentario y sus específicas recalificaciones, en especial respecto la parte del diferencial de precio que no se corresponde con el porcentaje de calificación, hacen que aquellos efectos que antaño podían ser considerados de neutros, ahora ya no podrían.

¹⁸⁵ GARCÍA NOVOA, “La necesaria modificación de la regulación de las operaciones vinculadas”, enero 2010, p. 107.

Sin embargo, en mi opinión, y a pesar de ser consciente que las recalificaciones sobre la parte del diferencial de precio que no se corresponde con la participación es un invento genuinamente español, puesto que el alcance del artículo 16.8 del TRLIS es también internacional, las reflexiones del mencionado autor también podrían y deberían ser aplicables a transacciones internacionales. Imagínese una matriz española generadora de más gasto en una operación que, en mayor o menor medida, y sin entrar en la existencia o no de una voluntad elusiva, favorece a su filial extranjera. La Administración tributaria española aplicaría un ajuste primario que aumentaría la base imponible de la sociedad matriz y a su vez, por la parte de la diferencia que se corresponde con el porcentaje de participación se entendería realizada una aportación de fondos a favor de la filial y respecto a la parte que no se corresponde con el porcentaje de participación, la matriz se calificaría como donante de una liberalidad a favor de su participada. También en este caso la creación artificiosa de un hecho imponible expresivo de la capacidad económica del contribuyente podría ser manifiestamente contrario a los principios tributarios constitucionales. Ahora bien, cabe entender que la aplicación real de todos los ajustes no sería fácil y lo más lógico sería que estuvieran insertados en un procedimiento amistoso, en el cual, pudiera ser que se acabara adoptando otra solución. Quizás por eso GARCÍA NOVOA únicamente menciona como elemento erosionador la aplicación del ajuste secundario en las operaciones internas, pues en ellas sí que la Administración tiene potestad para cerrar el círculo de los ajustes.

Conviene detenerse en este aspecto procedimental, el aspecto de forma que comentaba al principio, pues la normativa interna no ha escatimado esfuerzos en cuanto al detalle del procedimiento respecto el ajuste primario y bilateral, como así lo demuestra el apartado 9 del artículo 16 del TRLIS y su correspondiente desarrollo reglamentario¹⁸⁶ Sin embargo, nada dice respecto el ajuste secundario y varias son la dudas que suscita esta falta de tacto normativo; entre otras, se enumeran varias cuestiones sobre las que no se

¹⁸⁶ Para más información en profundidad sobre este procedimiento se recomienda la lectura del capítulo 14 de nombre “El procedimiento de comprobación del valor normal de mercado de las operaciones vinculadas” de CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A., en AA. VV. de *Fiscalidad de las operaciones vinculadas* (coord. Carmona Fernández, N.), CISS, Madrid, 2009, pp. 427-461.

pronuncia, ¿cómo debe desarrollarse el proceso de aplicación del ajuste secundario?, ¿cuáles son las fases del proceso?, ¿debe ser generador de un acta independiente?, ¿en qué momento debe llevarse a cabo?, ¿ante quién debe efectuarse?, ¿únicamente ante el obligado tributario cuya declaración ha sido objeto de comprobación o ante todas las partes intervinientes en la transacción?, etc.

La doctrina se ha hecho eco de esta laguna legal, a mi modo de ver, significativamente grave, pues cualquier deber u obligación impuesta por el Derecho positivo debe llevar aparejado su correspondiente camino procesal, y más aún si el alcance de este imperativo legal es tan extremadamente vasto como el ajuste secundario. No obstante, y puesto que el ajuste secundario está indisolublemente vinculado al ajuste primario y bilateral, pues precisamente la existencia del ajuste primario es el generador de la diferencia entre la verdadera situación patrimonial del sujeto pasivo y su realidad fiscal, entiendo que el cauce procedimental previsto para la aplicación del ajuste primario y bilateral debería también ser útil para el ajuste secundario. Así opinan también destacados autores como CORDÓN EZQUERRO¹⁸⁷, SENDÍN CIFUENTES¹⁸⁸, CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ¹⁸⁹ que, en aras a promover la eficacia procedimental, son partidarios de unificar la regularización del ajuste secundario junto con el primario y el bilateral, cuya consecuencia final sería su regularización en una misma acta de inspección. En este aspecto, estoy plenamente de acuerdo con SENDÍN CIFUENTES, dado el ahorro procedimental que ello supondría. Sin embargo, tal y como sigue al autor, ello no debería ser posible cuando se trate de regularizar dos impuestos distintos, pues como se sabe cada acta debe aludir de modo individual a un impuesto concreto; pudiendo el ajuste primario afectar a un impuesto mientras que el secundario involucre a otro cuyo origen provenga de la propia calificación de una renta¹⁹⁰.

¹⁸⁷ CORDÓN EZQUERRO, “Valor de mercado y ajuste secundario en las operaciones vinculadas”, 2009, p. 169.

¹⁸⁸ SENDÍN CIFUENTES, “Operaciones vinculadas: el ajuste secundario en operaciones internacionales. Procedimiento y sancionabilidad” en AA. VV. de *Las operaciones vinculadas. Análisis contable y fiscal*, (coord. González González, J.M.), CISS, 2009, p. 145.

¹⁸⁹ CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, “Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas” en AA.VV. *Fiscalidad de las operaciones vinculadas* (Coord. Carmona Fernández, N.), Madrid, 2009, p. 508, nota 46.

¹⁹⁰ Conviene transcribir el interesante ejemplo con el que nos brinda SENDÍN CIFUENTES (“Operaciones vinculadas: el ajuste secundario en operaciones internacionales. Procedimiento y

Otro aspecto relevante que tampoco aclara la actual normativa pero que es extremadamente importante es cuándo debe desplegar sus efectos el ajuste secundario, en cuyo debate doctrinal sí pueden encontrarse posturas contrapuestas, o más bien, una postura realista y fiel al texto legal frente a una postura más idealista que respondería a un desiderátum de lo que debería ser el texto legal. La cuestión es, ¿debe condicionarse la realización del ajuste secundario a la firmeza del ajuste primario, como sí le sucede al ajuste bilateral?¹⁹¹ En sentido negativo, y defendiendo una interpretación acorde con el literal de la ley tenemos al inspector SENDÍN CIFUENTES, quien entiende que el texto legal no da pie a interpretar en modo alguno que la “suspensión” prevista para el ajuste bilateral sea aplicable también para el ajuste secundario, pues no siendo de aplicación esta suspensión, tampoco lo sería la regla específica respecto la liquidación a practicar el ajuste secundario, hecho éste que provocaría graves problemas de prescripción. *A sensu contrario*, considera el autor que el ajuste secundario puede y debe efectuarse una vez se lleve a cabo la realización del ajuste primario, sin necesidad de esperar a su posterior condición de “acto firme”¹⁹².

Contraria es la interpretación de CORDÓN EZQUERRO, quien asume que la regulación del procedimiento de comprobación del valor normal de mercado, ajuste primario y bilateral, es aplicable también al ajuste secundario. El autor

sancionabilidad”, 2009, pp. 145-146) respecto este tema. Dice lo siguiente: “Así, imaginemos un supuesto de ajuste primario por operaciones vinculadas entre una sociedad matriz extranjera y una filial española, del que se deriva un aumento de base imponible de esta última. El ajuste secundario consideraría la existencia de dividendos a favor de la matriz extranjera, con posibilidad que proceda la retención sobre los mismos. Existirían dos actas de inspección: una por el concepto impositivo Impuesto sobre Sociedades (el ajuste primario) y otro por el IRNR (retención sobre dividendos)”. Acierta el autor alertando de esta posibilidad, dada la imposibilidad de mezclar dos impuestos distintos en una misma acta, a pesar que ambas afecten al mismo contribuyente. Lo que sí pudiera hacerse en una misma acta, como se hace diariamente, es la inclusión de varios ejercicios pero siempre sobre un mismo concepto impositivo.

¹⁹¹ Recuérdese el procedimiento señalado en el 16.9 del TRLIS. El ajuste bilateral tendrá efectos en la otra parte implicada en la operación, generalmente para reducir su base imponible, cuando la liquidación administrativa que contenga el ajuste primario sea firme. De no haber ninguna cláusula adicional podría haber el riesgo de la prescripción, esto es, que cuando el ajuste primario hubiese adquirido firmeza, hubiese prescrito el derecho a efectuar el ajuste bilateral. Precisamente para evitar este efecto perverso, el legislador estimó oportuno asumir que la regularización del ajuste bilateral tendrá lugar en el último periodo impositivo cuyo plazo de declaración e ingreso hubiera finalizado en el momento en que se produzca la firmeza del ajuste primario.

¹⁹² SENDÍN CIFUENTES, “Operaciones vinculadas: el ajuste secundario en operaciones internacionales. Procedimiento y sancionabilidad”, 2009, p. 146.

en su artículo “Valor de mercado y ajuste secundario en las operaciones vinculadas” reproduce parte del apartado 4 del artículo 21 del RIS, lo cual hace pensar al lector que efectivamente el inspector aboga por la aplicación de la totalidad del precepto referido *ab initio* expresamente al ajuste primario y bilateral, también para el secundario¹⁹³.

Debate éste de difícil posicionamiento, pues una cosa es qué redactado sería de nuestro agrado y la otra el redactado literal. Sea como fuere, una y otra interpretación no son más que meras conjeturas dado el silencio normativo en cuanto al procedimiento del ajuste secundario. En este sentido también la interpretación de SENDÍN CIFUENTES no es exactamente literal, pues a pesar de ser cierto que el artículo 21.4 del RIS está expresamente concebido para el ajuste primario y bilateral, y si se quiere, excluyente del ajuste secundario, no es menos cierto que tampoco existe ningún artículo ni en la ley ni en su desarrollo reglamentario que confirme que el ajuste secundario desplegará sus efectos ante la realización del ajuste primario sin esperar a que éste adquiera firmeza. En cualquier caso creo que el procedimiento, el día que el legislador lo regule, que buena falta nos hace, debería regirse por criterios de coherencia, cuya traducción en este supuesto concreto sería que el artículo 21.4 del RIS fuese aplicable respecto todos los ajustes, inclusive el secundario; partiendo esta conclusión de una premisa previa sobre la que parece que hay acuerdo en la doctrina; el ajuste secundario está indisolublemente unido al ajuste primario. Optar por la interpretación contraria, es decir efectuar el ajuste secundario antes que el ajuste primario adquiera firmeza es asumir el riesgo de que en el seno de un procedimiento de comprobación éste sea modificado, lo cual afectará sin lugar a dudas al ajuste secundario.

Obsérvese que este debate no es exclusivo de nuestra normativa interna, pues tampoco los CDI suscritos entre los Estados hacen mención alguna al procedimiento del ajuste secundario, de hecho, ni tan siquiera se alude a su existencia. Como se sabe los conflictos en operaciones vinculadas a nivel internacional se acaban dirimiendo a través de procedimientos amistosos o arbitrales, los cuales se regularon expresamente para el acuerdo en la

¹⁹³ CORDÓN EZQUERRO, T., “Valor de mercado y ajuste secundario en las operaciones vinculadas”, 2009, p. 169.

valoración del precio, ajuste primario y bilateral. Entiendo, al igual que SENDÍN CIFUENTES¹⁹⁴, que también en el seno de estos procedimientos debe discutirse sobre el efecto del ajuste secundario. En este mismo sentido se ha pronunciado la OCDE a través de sus *Guidelines*, en cuyo párrafo 4.76, cuando menciona la técnica de la repatriación como posible solución a la operación secundaria, recomienda acordar los extremos de dicha repatriación en el seno del mismo procedimiento amistoso que se ha iniciado en relación al ajuste primario.

Sería absurdo, a la par que ineficiente, que fuera necesaria la apertura de otro procedimiento amistoso o arbitral para tratar el ajuste secundario una vez ya se alcanzado acuerdo respecto el ajuste primario y bilateral en otro procedimiento. Ahora bien, pudieran existir casos en los que ambas autoridades fiscales coincidan en la valoración de la transacción, esto es en el ajuste primario y bilateral pero no en el secundario, y precisamente el procedimiento amistoso o arbitral se concentrarse en exclusiva en el ajuste secundario, en su aplicación o más concretamente en la eliminación de la doble imposición en el caso que uno de los dos Estados no proporcionara herramientas que facilitaran la eliminación de la misma.

A estos efectos conviene tener en cuenta la alusión directa que el MEMAP de la OCDE realiza sobre los acuerdos amistosos en materia de precios de transferencia y en concreto sobre el ajuste secundario, cuya primera opción pasa por decantarse por la fórmula de acuerdos de repatriación de fondos, cuya consecuencia directa es precisamente la no aplicación del ajuste secundario. De hecho, se considera esta técnica como la más óptima para evitar situaciones de doble imposición, y en mi opinión, también por su mayor facilidad procedimental, pues el hecho de acotar el acuerdo a la imposición o no de intereses y al plazo de pago, reduce sustancialmente la discusión que los Estados sí abordan cuando la pretensión es aplicar el ajuste secundario¹⁹⁵.

¹⁹⁴ SENDÍN CIFUENTES, J. L., “El ajuste secundario en operaciones vinculadas. Incidencia en operaciones internacionales”, 2008, p. 236.

¹⁹⁵ Según el apartado 4.6 del MEMAP de la OCDE “*Las valoraciones mutuamente acordadas entre ambas autoridades competentes en relación con un ajuste en materia de precios de transferencia suelen incluir generalmente los términos acordados para la repatriación de los fondos relacionados con el ajuste primario. Estos términos son específicos de esa valoración entre las dos administraciones y pueden variar, pero normalmente permiten la repatriación de fondos por medio de un reembolso directo o de una compensación en las cuentas de las sociedades. Lo normal es que los términos acordados permitan al contribuyente hacer la repatriación en un plazo razonable mutuamente acordado y sin sometimiento a retención por parte del país desde el que se realiza la*

La cuestión del “cuándo” sigue presente también en el ámbito internacional, pues nada se dice acerca de en qué ejercicio el ajuste secundario debe desplegar sus efectos, si cuando la Administración española recibe la solicitud de efectuar un ajuste bilateral, o en caso contrario, cuando es la Administración española quien efectúa el ajuste primario y solicita a otra administración la realización del ajuste bilateral, o bien, en ambos casos, cuando se resuelva el eventual procedimiento amistoso y el ajuste primario y bilateral estén definitivamente acordados. También sobre esta cuestión ha reflexionado SENDÍN CIFUENTES, entendiendo más lógico la última opción, pues al fin y al cabo el ajuste secundario depende del primario. El riesgo, como en las operaciones nacionales, estriba en la prescripción, pues es muy probable que cuando el ajuste primario esté finalmente acordado ya habrá prescrito el derecho de efectuar un ajuste secundario. Para evitar este riesgo, la solución debería pasar por la misma que ya establece el artículo 21.4 del RIS, debiendo precisar el legislador que este artículo será aplicable también para el ajuste secundario y respecto todas las operaciones, tanto internas como internacionales.

A modo de conclusión, y en opinión de quien escribe estas líneas, el debate ya no debe basarse sobre el alcance geográfico del ajuste secundario, pues entiendo que el hecho de actuar en escenarios nacionales o internacionales no desvirtúa para nada la vinculación entre dos sujetos pasivos y la transferencia de beneficios de uno a otro; si bien es cierto que en marcos internacionales todo el procedimiento se torna mucho más complejo. Bajo mi punto de vista, lo que debe ser objeto de revisión es el ajuste secundario como un todo, de hecho, la totalidad del redactado del artículo 16.8 del LGT y su correspondiente desarrollo reglamentario debería ser repensado. Dicho de otro modo, la esencia del ajuste secundario es la que debería estar en tela de juicio y muy especialmente los efectos negativos, directos e indirectos, que el mismo puede causar, a saber, el posible incumplimiento del principio de capacidad económica, su objetividad y por tanto su falta de tacto en cuanto a la voluntad elusiva, la afectación a terceros que no han intervenido en la operación, su falta de regulación procedimental, etc. Es todavía pronto para extraer conclusiones

repatriación ni otro gravamen adicional en el país que la recibe. Esta repatriación puede estar sujeta a comprobación”.

definitivas, más si cabe teniendo en cuenta que todos estos “efectos” que he mencionado serán analizados en profundidad durante la extensión del presente trabajo, pero sí estoy en disposición de afirmar que, entendiendo acertado el alcance geográfico más allá de nuestras fronteras, lo que debería plantearse es si efectivamente la regulación actual no propicia más efectos negativos e incoherentes que positivos. Y por supuesto deviene urgente que el legislador aclare cuál es el cauce procedimental en el que debe tener cabida el ajuste secundario. Pero sigamos con la exposición sin adelantar puntos del estudio que pueden ser determinantes a la hora de valorar el presente y el futuro del ajuste secundario.

5.2.2.- Alcance subjetivo del ajuste secundario

Desde la entrada en vigor del ajuste secundario en nuestro Derecho positivo no se ha apreciado demasiada preocupación entre los estudios sobre esta materia respecto el alcance subjetivo de esta regla específica de recalificación, probablemente debido a la inexistencia de debate doctrinal al respecto, o dicho de otro modo, porque parece que la gran mayoría de la doctrina, con quien comparto opinión, ha optado por entender que el ajuste secundario se aplica tanto a las personas jurídicas como físicas.

Sin embargo, existen dos autores con tesis contrapuestas, basando curiosamente ambos profesores sus argumentos en el sentido literal de la norma, con la diferencia que para dirimir una misma cuestión parten de distintas normas, a saber, uno prima el artículo 16.8 del TRLIS mientras que el otro se apoya en la redacción literal del artículo 41 de la LIRPF.

La tesis más reciente es la defendida por el profesor MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, en virtud de la cual concluye que no existe fundamento legal para sostener la aplicación del artículo 16.8 del TRLIS a los sujetos pasivos del IRPF. Basa al autor su discurso en la remisión concreta que el artículo 41 de la LIRPF realiza respecto la valoración de las operaciones vinculadas al artículo 16 del TRLIS. El texto literal de esta remisión dice exactamente que “*la valoración de las operaciones entre personas o entidades vinculadas se realizará por su valor normal de mercado, en los términos previstos en el artículo 16 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades*”. Así, sostiene el autor que la remisión

afecta única y exclusivamente a las reglas de valoración pero que en modo alguno puede interpretarse que esta remisión es extensiva al resto del artículo 16 del TRLIS, excluyendo por tanto, el ajuste secundario. Pero incluso va más allá en su interpretación literal del artículo 41 de la LIRPF, pues el profesor señala que inclusive la remisión legal ni tan siquiera abarcaría la relación de supuestos de partes vinculadas, es decir, dejaría fuera de la remisión el apartado 3 del artículo 16 del TRLIS¹⁹⁶.

Entiendo el razonamiento del profesor MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI pero no lo comparto, dado que entender que a las personas físicas no les es de aplicación la regla de calificación sería tanto como admitir un doble rasero, así, para las personas jurídicas sí se aplicaría a regla específica de valoración contenida en el artículo 16.8 del TRLIS, mientras que la calificación de una transferencia de fondos a favor de una persona física únicamente podría contar con las reglas generales previstas en la LGT. ¿Y respecto el régimen sancionador? ¿También en este aspecto habría diferencias en función de la naturaleza del sujeto pasivo? Ello carecería de sentido alguno, de modo que la remisión debe entenderse también comprensiva del ajuste secundario. Reforzando este argumento no puede dejar de mencionarse el apartado 6 del artículo 93 del Reglamento del IRPF, el cual fue añadido por el RD 1.804/2008 por el que se desarrolla la Ley 36/2006, en cuyo texto se señala la obligación de retener sobre una renta originada por la aplicación del artículo 16.8, siendo la base de retención la diferencia entre el valor convenido y el valor de mercado.

A mayor abundamiento, y atendiendo al razonamiento último del autor, esto es, la no remisión legal del precepto de la Ley del IRPF a la relación de supuestos de vinculación, tampoco me muestro favorable al mismo, pues precisamente la enumeración del artículo 16.3 del TRLIS en algunos supuestos alude directamente a la persona *física* del cónyuge¹⁹⁷. Así pues, parece clara la

¹⁹⁶ MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, “El ajuste secundario en la Ley y Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (a propósito del RD 1793/2008, de 3 de noviembre)”, 2009, p. 84.

¹⁹⁷ El autor cita la consulta de la DGT V0772-07 como argumento reforzador de su tesis, pues según el profesor MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI la DGT en esta consulta se remite al artículo 16 del TRLIS pero sólo para determinar la valoración de una operación vinculada (“El ajuste secundario en la Ley y Reglamento del Impuesto sobre Sociedades”, 2009, p. 84). Habiendo leído la consulta más me inclino a pensar que la DGT simplemente se está refiriendo a la cuestión concreta planteada por la consultante, la cual hace referencia única y exclusivamente a la valoración del uso de vehículos por parte de los trabajadores y consejeros de una empresa; pues

voluntad del legislador de aplicar a las personas físicas el artículo 16 del TRLIS en toda su dimensión y no exclusivamente respecto la regla de valoración.

Ahora bien, y a pesar de lo expuesto, entiendo la reflexión de autor, pero no tanto desde una finalidad literal de la norma y llevar ésta hasta sus últimas consecuencias, sino en cuanto a una crítica formal de la vigente redacción del artículo 41 de la Ley del IRPF; de suerte que desde estas líneas se aboga por un redactado más extensivo de esta remisión para entenderla sin lugar a dudas como una remisión en bloque a todo el artículo 16 del TRLIS. En este sentido, puede apreciarse un legislador detallista respecto determinadas consecuencias del ajuste secundario, como bien es la introducción de un supuesto concreto de retención, tanto en sede del IRPF como del IS, mientras que quizás la remisión del artículo 41 de la Ley del IRPF al artículo 16 del TRLIS podría ser considerada un tanto parca o confusa. Sin embargo, bajo mi punto de vista, y más allá de disquisiciones textuales, una interpretación coherente y teleológica sólo puede entender que el ajuste secundario también afecta a las personas físicas.

Es el turno ahora de estudiar la sorprendente tesis del profesor ALONSO GONZÁLEZ en virtud de la cual el ajuste secundario únicamente será aplicable en operaciones entre una persona física y una jurídica, lo cual es lo mismo que dejar fuera del ámbito del ajuste secundario a una transacción efectuada entre dos personas jurídicas. Su argumento de necesaria intervención de una persona física en una operación vinculada se base en el literal del artículo 16.8 del TRLIS, que dice textualmente que *“la diferencia entre ambos valores tendrá para las personas o entidades vinculadas el tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia”*. El citado profesor sostiene que en el listado previsto en el artículo 16.3 del TRLIS el legislador se refiere a entidades como sinónimo de personas jurídicas y por ende el término “personas” se reserva sólo para personas físicas¹⁹⁸.

en ningún momento se le ha formulado ninguna consulta relativa a la calificación de un posible exceso.

¹⁹⁸ ALONSO GONZÁLEZ, “Operaciones vinculadas, elusión y fraude fiscal”. *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 295, octubre 2007, p. 77.

Con el máximo respeto que me merece el citado autor, pues hay otros aspectos en su artículo que llego a compartir, disiento de su teoría acerca del alcance subjetivo del ajuste secundario. De hecho, admitir lo concluido por el profesor ALONSO GONZÁLEZ, sería tanto como aceptar una visión muy reduccionista del ajuste secundario, pues dejaría fuera del ámbito de actuación del artículo 16.8 del TRLIS a una mayoría de operaciones vinculadas efectuadas entre personas jurídicas. En este sentido, creo que una interpretación absolutamente literal y reduccionista del artículo, interpretación muy discutible, no puede primar sobre la coherencia del sistema, dado que exigir la presencia de una persona física, supone tanto como admitir que en las transacciones entre dos entidades es necesaria la voluntad elusiva, puesto que sólo serían aplicables las reglas generales de calificación de la LGT, mientras que respecto las transacciones entre una entidad y una persona física, sí les es aplicable el imperativo legal del artículo 16.8 del TRLIS sin entrar a examinar la existencia de propósito elusivo. A modo de ejemplo, carece de sentido asumir que si una sociedad realiza exactamente la misma operación con sus dos socios, uno siendo persona física y el otro persona jurídica, las consecuencias fiscales van a ser distintas. Ello no quiere decir que ante una misma calificación (participación en fondos propios a título de ejemplo) habrá las diferencias propias de cada impuesto (tipo de gravamen distinto, exención previsto en el artículo 7y de la Ley del IRPF *versus* deducción para eliminar la doble imposición, etc.).

A mayor abundamiento, cabe destacar que en aquellas soberanías fiscales, algunas inclusive de tradición antigua respecto el ajuste secundario (EEUU, Alemania, Francia) en las que se ha incorporado una regla de calificación, ésta aplica en especial para operaciones realizadas entre dos personas jurídicas.

A su vez, tampoco coincido con el autor respecto su interpretación literal del redactado del artículo 16.8 del TRLIS, cuyo fundamento redunda en la enumeración listada por el apartado 3 del mismo artículo. Bajo mi punto de vista, cuando el artículo 16.3 del TRLIS detalla los supuestos de partes vinculadas, si bien es cierto que enumera “entidades” para referirse a personas jurídicas, ello no implica su exclusión en cualquier otro término. De hecho, la amplitud de miras del legislador es suficientemente extensa como para entender

que en el caso de vinculación entre un socio y su sociedad, o entre una sociedad y su consejero, pueda entenderse que socio y consejero pueden ser tanto personas físicas como jurídicas.

A modo de resumen, concluyo entendiendo que el alcance subjetivo del ajuste secundario afecta tanto a las personas físicas como jurídicas, pudiendo darse transacciones entre dos personas jurídicas o entre una persona física y una jurídica. El único tipo de operación que por supuesto quedaría fuera del ámbito del artículo 16.8 del TRLIS es la llevada a cabo entre dos personas físicas, pues ello sí es menester específico de la Ley del IRPF.

5.3.- Automaticidad del ajuste secundario y su naturaleza objetiva

En relación a este aspecto, la doctrina es tan crítica como unánime. Como ya se ha dicho en anteriores ocasiones, el ajuste secundario se configura como un mandato legal, imperativo¹⁹⁹ y objetivo que debe aplicarse si da dan las dos condiciones requeridas, a saber, la existencia de una operación acaecida entre dos partes consideradas dentro del perímetro de vinculación del artículo 16.3 del TRLIS, así como una discrepancia en la valoración del precio.

En aras a procurar una mayor seguridad jurídica se podría llegar a entender la necesidad legislativa de regular una regla específica de calificación; ahora bien, teniendo en cuenta la redacción actual del artículo 16.8 del TRLIS y su desarrollo reglamentario, creador de nuevos hechos jurídicos generadores de una duda razonable en cuanto a la vulneración de principios constitucionales, quizás hubiera sido más sensato seguir con las aplicación de las reglas generales de calificación que asumir una regla de aplicación automática que para nada valora la existencia de propósito elusivo, presumiendo *iuris tantum* una capacidad contributiva inexistente.

¹⁹⁹ SENDÍN CIFUENTES (“Operaciones vinculadas: aplicabilidad del ajuste secundario en operaciones internas”, 2009, p. 117) nos ofrece un interesante análisis terminológico en relación al carácter potestativo o imperativo del ajuste secundario. De su lectura no hay duda alguna de su naturaleza absolutamente imperativa, pues de ahí el uso de expresiones como “tendrá”, en contraste que expresiones no empleadas en la redacción del artículo 16.8 del TRLIS y su desarrollo reglamentario, tales como, “podría tener” o “podrá tener”.

Recordando lo que ya se ha analizado en el apartado 3.2 del presente capítulo, sólo existe un apartado específico en el reglamento que nos brinda algo de esperanza en relación a esta objetividad tan cerrada del artículo 16.8 del TRLIS. Me refiero al artículo 21 bis.3 del RIS, cuyo texto permite a las partes probar la existencia de una causa distinta a la presumida por el artículo 21 bis.2 del RIS. Debe analizarse ahora qué se entiende por “causa distinta”.

Antes de abordar esta cuestión, obsérvese que esta “excepción a la objetividad” aplica únicamente, como no podría ser de otra manera, respecto aquellos supuestos que sí han sido previamente calificados por el legislador, es decir, en aquellos supuestos en los que la vinculación se define por la relación socio-sociedad. Respecto el resto de letras listadas en el apartado 3 del artículo 16 del TRLIS, la norma simplemente establece un mandato general de otorgar a la renta generada por la diferencia entre el valor convenido y el valor normal de mercado el tratamiento fiscal que se corresponda a la naturaleza de esta renta. De modo que en relación al resto de supuestos de operaciones vinculadas que no caen en el escenario “socio-sociedad”, parece que la objetividad deja paso a la subjetividad, pues si bien es cierto que la aplicación del ajuste secundario sigue siendo obligatoria no está determinada su concreta calificación. También puede alcanzarse otra increíble y peligrosa conclusión: el legislador presume una voluntad elusiva en *todas* las operaciones vinculadas en la que exista una discrepancia en el precio, lo cual resulta tan grave como incierto, y es el contribuyente quien debe probar la no existencia de propósito fraudulento²⁰⁰. Sin embargo, sólo respecto las operaciones socio-sociedad se ha atrevido a determinar calificaciones apriorísticas.

En relación al citado artículo 21 bis.3 del TRLIS, éste se configura como elemento vehicular para poder destruir la presunción *iuris tantum* en casos en los que la vinculación se determina entre una sociedad y su socio. A mi modo de ver, el hecho que el sujeto pasivo pretenda y consiga ir por este cauce, no supone *per se* la no aplicación del ajuste secundario. Es decir, el contribuyente

²⁰⁰ En el mismo sentido se muestran CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, (“Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas”, 2009, p. 56) afirmando lo que indiscutiblemente es un hecho, esto es, que “el modelo de ajuste secundario automático en el que se desplaza al contribuyente la carga probatoria de justificar que no existe la operación secundaria no resulta el más idóneo y, en realidad, encubre una presunción (*iuris tantum*) de comportamiento fraudulento o con fines elusivos cuya constitucionalidad resulta dudosa.”

puede, tal y como señalan CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ²⁰¹ probar la no existencia de voluntad elusiva, diferencias de apreciación en cuanto al cálculo del precio o bien incluso asumir la existencia de un error, en cuyo caso podría llegar a no aplicarse el ajuste secundario. Ahora bien, imagínese un supuesto en el que sí ha existido propósito elusivo y lo único que puede pretender el obligado tributario es “otra” aplicación del ajuste secundario, es decir, una calificación distinta acorde a la situación patrimonial de la empresa. Así y a modo de ejemplo, si la Administración determinase la calificación de una distribución de fondos propios de una sociedad a su partícipe, careciendo la filial de fondos reales para proceder a este reparto de dividendo presunto, sería factible que la Administración, una vez comprobado este extremo a petición del contribuyente, modificase su calificación inicial considerando esta transferencia de fondos como una devolución de aportaciones, operación ésta con distintas consecuencias fiscales que la recepción de beneficios, pues lo contrario sería forzar la realidad económica.

De ahí que en el citado apartado 3.2 de presente capítulo, en el que se efectúa un estudio comparativo entre las reglas contable y fiscal de calificación, abogo por entender que el ajuste secundario, tal y como está concebido actualmente por el legislador, es eminentemente objetivo pero con tintes de subjetividad por dos razones; la primera por determinar *a priori* calificaciones sólo respecto relaciones socio-sociedad, dejando a la discreción del sujeto pasivo o de la Administración las calificaciones referentes al resto de supuestos de vinculación listados en el artículo 16.3 del TRLIS; y en segundo lugar, por introducir el artículo 21 bis.3 del RIS, que a pesar de ser, como ya se ha dicho anteriormente, de redacción parca e insuficiente, permite al menos defender una causa distinta precisamente en el único supuesto regulado, es decir, la letra a) del artículo 16.3 del TRLIS. Todo ello me lleva concebir el ajuste secundario como una regla de calificación objetiva parcialmente.

Permítame el lector recordar la no confusión entre la objetividad relativa de la regla de valoración respecto de la que se impregna la regla de calificación. La redacción actual del artículo 16 del TRLIS otorgada por la Ley 36/2006, elimina el enfoque antielusivo que tenía la regulación sobre precios de transferencia, en

²⁰¹ CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, “Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas”, 2009, p. 56.

la cual, dicho sea de paso, no se daba entrada al ajuste secundario. Dicho de otro modo, la maquinaria reguladora de precios de transferencia se ponía en marcha únicamente cuando la valoración de los precios suponía un perjuicio para la Administración tributaria, ya sea en forma de una menor tributación o de una tributación diferida en el tiempo. Con la nueva redacción, esta perspectiva ha quedado obsoleta, siendo lo fundamental la valoración de las transacciones, distribuyendo así la verdadera renta de la operación a cada sujeto pasivo, o si se quiere, a cada Estado. Así nos lo recuerda CENCERRADO MILLÁN, quien inclusive pone de relieve el acercamiento que este cambio de mentalidad supone respecto las directrices de la OCDE²⁰².

Sin embargo, respecto la regla de calificación también la OCDE²⁰³ se ha pronunciado pero en este caso con intención de restringir el ámbito de aplicación del ajuste secundario a aquellos supuestos en los que “el comportamiento del contribuyente denote su intención de disfrazar un dividendo con la finalidad de evitar la retención en la fuente”. Como puede apreciarse la OCDE ejemplifica su voluntad restrictiva con un ejemplo concreto, pero su mensaje no genera duda alguna: teniendo en cuenta los problemas de doble imposición que puede acarrear el ajuste secundario, más en transacciones internacionales, la OCDE aconseja su utilización en aquellos casos en los que verdaderamente existe una voluntad elusiva o fraudulenta. Precisamente este enfoque es absolutamente opuesto a la normativa española, dado el empeño que pone nuestro artículo 16 del TRLIS y su correspondiente desarrollo reglamentario en presumir un propósito elusivo a *todas* las operaciones vinculadas cuyo precio convenido difiera del valor normal de mercado; de ahí su automaticidad.

Justamente por esta presunción elusiva, la mayoría de la doctrina se muestra crítica acerca de la objetividad y automaticidad de la actual regulación del

²⁰² Particularmente interesante me parece la comparativa que el profesor CENCERRADO MILLÁN (“Los efectos de ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”. 2007, p. 47) realiza entre la anterior regulación sobre precios de transferencia y la norma que regula las operaciones residentes en paraísos fiscales, pues respecto las operaciones efectuadas con residentes en paraísos fiscales “es más razonable sostener la intención elusiva del contribuyente”.

²⁰³ *Vid.* Parágrafo 4.71 de las Directrices de la OCDE de Precios de Transferencia (versión julio 2010)

ajuste secundario²⁰⁴. Como ya se señaló, la doctrina no sólo critica la falta de concreción de un procedimiento que determine quién debe realizar el ajuste secundario, el momento de su aplicación, entre otros aspectos, sino que el

²⁰⁴ A continuación se señalan algunas de las reflexiones de la doctrina, todas ellas con un denominador común; la crítica global, en mayor o menor medida al ajuste secundario y a su automaticidad.

- CENCERRADO MILLÁN (“Los efectos de ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”. 2007, p. 58) considera “legítimo que el legislador quiere ampliar los supuestos en los que es posible aplicar una técnica de recalificación de la renta, pero debería hacerlo con cautela y con claridad en aras al principio de seguridad jurídica”. En opinión del autor “la cautela exigiría que sólo se aplicase esta técnica a aquellas concretas situaciones en las que resulte razonable entender que ha existido una operación encubierta que sea fácilmente calificable como tal”.

- ALONSO GONZÁLEZ (“Operaciones vinculadas, elusión y fraude fiscal”, 2007, p. 92) atisba tantos conflictos graves de constitucionalidad que aboga directamente por la completa eliminación del ajuste secundario.

- CORDÓN EZQUERRO (“Valor de mercado y ajuste secundario en las operaciones vinculadas”, 2009, p. 169) va más allá afirmando que “quizás, con las reglas particulares, el legislador ha pretendido una mayor seguridad jurídica, pero probablemente bastaba un principio general como en la normativa contable”.

- CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, (“Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas”. 2009, p. 43”) son contrarios también a la automaticidad actual que presenta nuestro artículo 16.8 del TRLIS y su correspondiente desarrollo reglamentario. En palabras textuales de los profesores, “lo que parece razonable es limitar la automaticidad de los ajustes secundarios, de manera que no todo ajuste primario conlleve necesariamente la realización de un ajuste secundario; por el contrario, estos solo deberían realizarse cuando a través de un análisis sustancia vs forma se llegue a la conclusión de que a través de la operación vinculada se pretendió ocultar una distribución de dividendos o una aportación de capital (o cualquier otra “operación secundaria”), pero no allí donde las partes trataron de establecer un precio de mercado de forma diligente con los medios a su alcance”.

- CAAMAÑO ANIDO, (“Comentarios al nuevo régimen de documentación de las operaciones vinculadas”, 2009, p. 59) se ratifica en su postura señalando que “han sido muchas las ocasiones en las que quien firma estas líneas ha criticado el ajuste secundario, al menos con el automatismo que ha sido configurado en el artículo 16 LIS. Poco puede hacer el Reglamento en desagravio a este”.

- MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI (“El ajuste secundario en la Ley y Reglamento del Impuesto sobre Sociedades”, 2009, p. 82); quien a pesar de mostrarse en parte comprensivo con el legislador, es crítico con la redacción actual del ajuste secundario. Dice así: “al margen de la lógica y comprensible voluntad antifraude del legislador, como sucede con otras “normas tributarias de choque” frente a determinadas situaciones de hecho abusivas, la consecuencia de la norma del ajuste secundario analizada acaba siendo desmesurada y excesiva”.

- CALVO VÉRGEZ (“La práctica del ajuste secundario en el marco de las operaciones vinculadas”, 2010, p. 47 y *Operaciones Vinculadas y Subcapitalización*, 2011, p. 217), también se muestra desfavorable al actual naturaleza automática de la que adolece nuestro ajuste secundario. El autor se pregunta la cuestión para mostrar contundencia en su respuesta. Dice así: “Deben practicarse los ajustes secundarios de manera automática? A nuestro juicio ha de restringirse su automaticidad. Y es que no toda práctica de un ajuste primario ha de ir seguida de la realización del correspondiente ajuste secundario”.

- LÓPEZ-HERMOSO AGIUS (“El ajuste secundario”, 2010, p. 736) considera que es necesario “subjektivizar y limitar el automatismo de los ajustes secundarios, de manera que no todo ajuste primario determine necesaria, inexorable e inexcusablemente la práctica de un ajuste secundario; dichos ajustes sólo deberían realizarse cuando se probara por parte de la Administración tributaria que, a través de una operación vinculada, se hubiera pretendido ocultar una determinada realidad, pero no deberían practicarse cuando las partes establecieron de forma diligente, con la información disponible y los medios a su alcance, un precio de mercado.”

aspecto más reprochable es directamente la propia esencia de su regulación. En otras palabras, se censura directamente su naturaleza automática y su falta de tacto ante situaciones que en modo alguno son concebidas desde un propósito elusivo; y aún así el legislador obliga igualmente a la recalificación de las rentas originadas por la diferencia entre el precio convenido y el valor normal de mercado; cuya consecuencia pudiera ser la dudosa constitucionalidad del ajuste secundario por posible vulneración en algunos supuestos del principio de capacidad económica. Esta reflexión se agrava si además se añade que en cuanto a la determinación de métodos de valoración la normativa deja poco margen de actuación, obligando el sujeto pasivo a valorar sus transacciones vinculadas mediante uno de los cinco métodos previstos en el artículo 16.4 del TRLIS.

La experiencia práctica de las operaciones vinculadas demuestra que en infinidad de ocasiones no existe voluntad alguna de elusión, sino más bien discrepancias en el precio. En este sentido no sorprenderé al lector si afirmo que muchas empresas en plena elaboración de su documentación obligatoria (conocido como *Master* o *Local file*) para poder justificar su política de precios de transferencia no tienen otra alternativa que acudir al último de los métodos previstos en la normativa, esto es método del margen neto del conjunto de operaciones, método que obliga a efectuar un laborioso estudio de comparables. No son poco frecuentes las ocasiones en las que las empresas se ven forzadas a rechazar los otros métodos permitidos por el artículo 16.4 del TRLIS por incapacidad de poder aplicarlos, mayoritariamente por la falta de datos. No es este un trabajo dirigido al estudio de los métodos de valoración pero sí es importante señalar la manifiesta dificultad que presenta la aplicación del método del margen neto del conjunto de operaciones respecto su veracidad, pues con relativa facilidad pueden existir discrepancias con la Administración en cuanto a la elección de los comparables o del cuartil de referencia, etc. Siendo esto así, ¿no es extremadamente exagerado, a la par de injusto, presumir voluntad elusiva en cualquier operación vinculada en la que se pueda apreciar una diferencia de criterio en la determinación del precio? La respuesta, a mi juicio, únicamente puede ser afirmativa.²⁰⁵

²⁰⁵ Tal y como sostienen los profesores CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, (“Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas”, 2009, p. 42, nota 10) “en la mayoría de las ocasiones el precio de transferencia se basa en una metodología de determinación de precios teóricamente objetiva pero muy subjetiva en su aplicación”. Precisamente a este

De hecho, la automaticidad alcanza unas cotas de aplicación tan elevadas, que la Administración, en su DGT V0249-08, considera obligatoria la aplicación del artículo 16.8 del TRLIS inclusive en operaciones efectuadas en el seno de un grupo que consolida fiscalmente. ¿No es cierto que aunque se efectúen ajustes primarios y correlativos los mismos quedarían eliminados por tributar en régimen de consolidación fiscal? ¿No sería también cierto que en caso de considerar la existencia de una distribución encubierta de dividendos, los mismos serían también eliminados de la base imponible del grupo? Increíble pero cierto.

Siguiendo con el análisis, otro tema relacionado con la automaticidad del ajuste secundario es plantearse si la esfera de vinculación no es excesivamente rígida. Me explico. Dada la concepción de distribución de rentas como finalidad última de la regla de valoración, puede entenderse que, aún con un porcentaje de participación escaso, cada sujeto pasivo debe incorporar a su base imponible su renta acorde con el valor normal de mercado. Ahora bien, ¿este planteamiento es también válido para la regla de calificación? En otras palabras, ¿puede presumirse siempre que un socio que sólo alcanza el 5% de participación sobre una entidad (no cotizada, pues siendo cotizada el porcentaje de vinculación se alcanza con el 1%) tiene suficiente capacidad de decisión como para “fraguar” una transacción cuyo propósito sea esencialmente elusivo? No lo creo así; o al menos no siempre. Teniendo en cuenta los hechos jurídicos ficticios creados por la actual regulación del ajuste secundario, me muestro contraria a la obstinación que muestra el legislador en cuanto a su presunción de voluntad elusiva transversal a todas las operaciones vinculadas. Pero si ello es así y asumiendo la preferencia del legislador por una concepción objetiva del ajuste secundario, ¿no hubiese sido más acorde a la realidad flexibilizar algunos de los supuestos de vinculación listados en el artículo 16.3 del TRLIS? Aumentar el porcentaje de participación entre socio y sociedad sería un buen comienzo^{206/207}.

extremo me refería respecto la diferencia de criterios en el cálculo, pues como se sabe, la búsqueda de comparables puede ser una labor tremendamente subjetiva.

²⁰⁶ En este sentido se muestran CENCERRADO MILLÁN (“Los efectos de ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”. 2007, pp. 58-59) y VADILLO CASERO (“El ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2008, p. 258), quien inclusive se pregunta si “el problema del excesivo alcance dado al ajuste secundario quizás no sea más que una consecuencia del extenso ámbito que nuestra LIS ha diseñado para las operaciones

Por último, cabe aludir a otra reflexión en relación con el tan comentado “propósito elusivo”. La crítica a la automaticidad y objetividad del ajuste secundario viene motivada por la creación de hechos jurídicos ficticios atribuyendo una capacidad económica inexistente a un contribuyente. Ahora bien, ¿podría crearse un hecho jurídico que no interfiriese en la capacidad económica del sujeto pasivo cuya existencia fuese independiente de la voluntad elusiva de las partes? Tal y como se configura el ajuste secundario actualmente, y muy especialmente respecto la parte de la diferencia de renta que no se corresponde con el porcentaje de participación, los hechos jurídicos presumidos no sólo asumen una renta ficticia contraria al principio de capacidad económica sino que su mera existencia supone una doble imposición que no puede ser paliada (piénsese en las utilidades por la condición de socio, o bien en las liberalidades que son gasto no deducible en el donante).

Ante este escenario, y sin pretensión de precipitarme en mi análisis, concibo la solución de considerar la diferencia de renta como un préstamo, solución de origen americano, como la creación de un nuevo hecho jurídico que no interfiere en la capacidad económica del contribuyente, pues al fin y al cabo, una parte ya cuenta con un exceso de renta en su contabilidad, a la par que esta solución no requiere tampoco de voluntad elusiva. Así pues, nos encontramos con una solución de naturaleza objetiva pero no contraria a los principios tributarios. Consiéntame el lector que aborde esta solución jurídica más adelante, una vez se haya estudiado en especial la legislación americana sobre la materia²⁰⁸.

vinculadas, al incluir operaciones entre partes cuya influencia en el precio es potencialmente escasa”. También la AEDAF propone un incremento del grado de participación para incrementar la vinculación socio-sociedad (Reconsideración y modificación del régimen fiscal de las operaciones vinculadas. La urgente necesidad de modificación del régimen actual”, 25 de febrero de 2010, p. 7.

²⁰⁷ Es curioso observar como la profesora COMBARROS VILLANUEVA, en su monografía sobre las operaciones vinculadas de 1988 y teniendo en cuenta los importantes defectos de redacción de los que adolecía el artículo 16 de la Ley 61/1978, entendía que el porcentaje mínimo para alcanzar la relación socio-sociedad debía ser del 25%, y de hecho así podía inferirse del propio texto legal. Argumenta la autora su tesis señalando que “es lógico así entenderlo, ya que carecería de sentido considerar al socio con una pequeña participación en el capital como persona suficientemente influyente en la marcha de la sociedad como para impeler a ésta a realizar con él determinado tipo de operaciones que implican una traslación de beneficio”. Sorprende ver cómo años más tarde la relación vinculada entre socio y sociedad se sustenta sobre “esa pequeña participación” que cita la profesora. *Régimen tributario de las operaciones entre sociedades vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, 1988, p. 117.

²⁰⁸ No ha sido mucha la doctrina española que se ha mostrado favorable a la solución del préstamo y quienes lo han hecho no han entrado a fondo en la cuestión, pero entre ellos,

5.4.- ¿Quién ostenta la legitimidad para efectuar un ajuste secundario?

Lamentablemente la redacción del artículo 16.8 del TRLIS así como su correspondiente desarrollo reglamentario suscitan otra duda significativa originada por la torpeza normativa de la que adolece el texto legal. No hay duda alguna que el ajuste secundario se erige como un mandato legal e imperativo pero nada aclara sobre quién debe atenderlo. ¿Es el contribuyente quien debe aplicar directamente el ajuste secundario mediante ajustes extracontables después de haber efectuado también el correspondiente ajuste primario? ¿O será sólo la Administración la legitimada para aplicar el ajuste secundario en sede de un procedimiento de comprobación, con audiencia al obligado tributario? ¿Podría el sujeto pasivo proceder al cálculo del ajuste secundario una vez la Administración ha determinado el ajuste primario y bilateral? Todo ello me lleva una vez más a ser crítica con la redacción de esta particular regla de calificación.

Observe el lector que respecto el excesivo automatismo del ajuste secundario, la crítica se ha limitado a exponer su desacuerdo con el texto legal pero la redacción del precepto no induce a confusión alguna, pues la aplicación del ajuste secundario es efectivamente automática y de naturaleza eminentemente objetiva. Ahí queda toda esta crítica doctrinal que en su mayoría apunta hacia una misma dirección. Ahora bien, no sucede lo mismo respecto la cuestión que ahora nos ocupa, pues en relación a la legitimidad para aplicar el ajuste secundario, no se trata de críticas constructivas sobre el ideal de redacción que nos hubiera gustado, sino de interpretar una realidad galopante, de la que de momento no podemos escapar, pues de nada sirve una ley si no se determina a quién va dirigida.

Nos guste más o menos el enfoque actual del ajuste secundario y su incorporación a nuestro Derecho positivo nace con vocación obligacional; ahí no hay duda, pero sorprendentemente el legislador debió entender que del

podemos citar a CAAMAÑO ANIDO (“Comentarios al nuevo régimen de documentación de las operaciones vinculadas”, 2009, p. 59) quien dice textualmente “nos hubiera gustado una fórmula semejante a la norteamericana, que ha establecido un cauce para evitar el ajuste secundario; la restitución al pagador de los importes considerados como exceso sobre el valor de mercado”.

redactado podía inferirse claramente quien era el receptor de ese mandato. Precisamente esta laguna legal ha forzado a la doctrina a plantearse esta cuestión, a mi modo de ver, previa al análisis del contenido del propio ajuste secundario.

Tres han sido las posturas en relación a la legitimidad para aplicar el ajuste secundario. Una primera teoría apuesta por considerar extensivo el mandato del artículo 16.8 del TRLIS tanto al sujeto pasivo como a la Administración. Entre los autores que defienden esta postura encontramos a CENCERRADO MILLÁN²⁰⁹ y a CORDÓN EZQUERRO²¹⁰, pues entienden que la redacción de la norma es de alcance general y por ende extensiva tanto a los contribuyentes implicados como a la Administración. De hecho, esta primera teoría engarza perfectamente con la segunda, según la cual la aplicación de la regla de calificación fiscal va dirigida en primer lugar al sujeto pasivo y únicamente en una eventual fase de comprobación a la Administración. Así se han manifestado SANZ GADEA²¹¹ y VADILLO CASERO²¹²; quien acertadamente matiza los términos empleados por la doctrina; de suerte que el sujeto pasivo *califica* el exceso de renta y la Administración puede *recalificar* la calificación inicial o calificarla *ex novo*²¹³.

Teniendo en cuenta que por imposibilidad de medios la Administración no comprobará todas las operaciones vinculadas, en caso de entender que el sujeto pasivo es también destinatario del mandato, en primer lugar siempre sería el contribuyente quien pudiera aplicar el ajuste secundario y la Administración únicamente en caso de comprobación. En otras palabras, las teorías de los cuatro autores mencionados en este párrafo son perfectamente compatibles,

²⁰⁹ CENCERRADO MILLÁN, “Los efectos de ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2007, p.59.

²¹⁰ CORDÓN EZQUERRO, “Valor de mercado y ajuste secundario en las operaciones vinculadas”, 2009, p. 170.

²¹¹ SANZ GADEA, “Modificaciones introducidas en el Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 35/2006 y 36/2006”, 2007, p. 40.

²¹² VADILLO CASERO, “El ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2008, p. 258.

²¹³ VADILLO CASERO, “El ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2008, p. 256.

pues lo verdaderamente esencial es la entrada que otorgan al sujeto pasivo como destinatario directo del mandato de calificación.

Ahora bien, una vez el sujeto pasivo esté siendo inspeccionado y se efectúe el correspondiente ajuste primario y en su caso, el bilateral, se pondrá de manifiesto la renta originada por la diferencia entre el valor convenido y el valor normal de mercado. En ese momento, ¿quién debe aplicar el ajuste secundario?, ¿el sujeto pasivo, tal y como defiende CAAMAÑO ANIDO²¹⁴ o la Administración? El profesor CAAMAÑO basa su argumentación en el literal del apartado tercero del párrafo 4 del artículo 21 del RIS, en virtud de cuyo redactado “*los obligados tributarios deberán aplicar el valor comprobado en las declaraciones de los períodos impositivos siguientes a aquel al que se refiera la regularización administrativa cuando la operación vinculada produzca efectos en los mismos*”. Entiendo el razonamiento del autor, pues al fin y al cabo el ajuste secundario no deja de ser una repercusión directa de la regla de valoración pero precisamente por ello, ¿no sería más lógico que una vez determinado el ajuste primario por la Administración también se evaluase el ajuste secundario? Es obvio que no podemos desvincular un ajuste del otro, pues el ajuste secundario nace una vez se ha determinado el ajuste primario, y si bien es cierto que no existe un procedimiento específico para la determinación del ajuste secundario, habiendo concluido que lo más eficiente sería que el ajuste secundario formara también parte de este procedimiento, creo que lo más coherente sería que en caso de comprobación la Administración resolviese ambas reglas, la de valoración con el ajuste primario y la de calificación con el ajuste secundario.

Una tercera teoría cerraría el círculo de lo que hasta la fecha se ha dicho sobre este aspecto concreto. SANMARTÍN MARIÑAS²¹⁵ y también CALVO VÉRGEZ²¹⁶, conciben el artículo 16.8 del TRLIS como un mandato dirigido única y exclusivamente a la Administración, lo cual impediría al sujeto pasivo su aplicación directa; eso sí, tal y como señala el segundo autor citado en este

²¹⁴ CAAMAÑO ANIDO, “Comentarios al nuevo régimen de documentación de las operaciones vinculadas”, 2009, p. 60.

²¹⁵ SANMARTÍN MARIÑAS, J., *Tributación de las operaciones vinculadas y su documentación. Ejemplos prácticos*. Ed. El Derecho y Quantor, Madrid, abril 2009, p. 68.

²¹⁶ CALVO VÉRGEZ, “La práctica del ajuste secundario en el marco de las operaciones vinculadas”, 2010, p. 46.

párrafo, siempre con audiencia al obligado tributario en el seno del procedimiento de comprobación.

En mi opinión creo que no puede desvincularse este debate del engarce entre la normativa contable y la fiscal, siendo fundamental detallar los distintos escenarios en los que puede ser de aplicación una regla de calificación, ya sea la contable o la fiscal. Recuérdese que, tal y como se ha señalado en el apartado 3.2 del presente capítulo, en la normativa contable, a diferencia de lo que sucede con la regulación fiscal, no hay duda alguna sobre quién es el legitimado para aplicar la regla de calificación contenida en la NRV 21^a del PGC, esto es, el contribuyente.

La situación más común será aquella en las que las partes registran contablemente una transacción por el valor convenido entendiendo que el mismo es coincidente con el valor razonable y de mercado. En este caso, el sujeto pasivo no realizará ningún ajuste, ni primario ni secundario, ni contable ni extracontable, dado el cumplimiento del principio de plena competencia. Ahora bien, en una fase posterior y ante un eventual procedimiento de comprobación, la Administración podrá efectuar los correspondientes ajustes primarios y, a mi juicio, también secundario; todos ellos de naturaleza extracontable, tal y como ya se ha argumentado en apartados anteriores.

Otro escenario sería aquél en el que la operación vinculada se registra contablemente por su valor convenido, el cual no es coincidente con el valor razonable y el valor de mercado. Si las partes ponen de manifiesto esta diferencia, deberán aplicar una regla de calificación, la contable o la fiscal, dependiendo de la coincidencia en el perímetro de vinculación. Así, si se trata de una transacción entre empresas vinculadas tanto a nivel contable como a nivel fiscal, el sujeto pasivo deberá registrar contablemente la renta atendiendo a la verdadera realidad económica. En este caso, no cabría la aplicación de ningún ajuste primario ni secundario. Ahora bien, si una operación es vinculada únicamente a efectos fiscales, estoy de acuerdo con la mayoría de la doctrina, esto es, la capacidad del sujeto pasivo para la aplicación directa del ajuste secundario.

Por último señalar un supuesto no muy común pero que bien pudiera ocurrir, que no es otro que la eventual diferencia que pudiera ocurrir entre el valor razonable y el valor normal de mercado, no coincidiendo ninguno de los dos con el valor convenido. En este caso, tal y como señala LÓPEZ-HERMOSO AGIUS²¹⁷, podría contabilizarse la operación por el valor razonable y a su vez registrar contablemente la calificación del desplazamiento patrimonial. Ahora bien, si el valor razonable no es coincidente con el valor de mercado el sujeto pasivo únicamente podría cumplir el mandato fiscal del artículo 16.1 y 16.8 de TRLIS realizando él mismo el ajuste primario así como el secundario.

5.5.- ¿Aplica el ajuste secundario en las operaciones gratuitas?

Tradicionalmente la doctrina ha vinculado la existencia del ajuste secundario a un exceso de beneficio que residía en una de las partes intervinientes en la operación, dicho de otro modo, el ajuste secundario se ha concebido como aquél instrumento que otorga una explicación al exceso de renta que figura en la contabilidad de un sujeto pasivo en comparación con aquella renta que debería haber obtenido si se hubiese fijado un precio respetando el principio de plena competencia. De modo que tras la consecución del ajuste primario que afecta únicamente a la base imponible se pone de manifiesto un hecho revelador: el beneficio contable no coincide con el beneficio fiscal y de ahí la necesidad de calificar la operación secundaria dotándola de contenido para aunar contabilidad y fiscalidad. Si éste es el fundamento del ajuste secundario, también en los casos en los que la transacción sea gratuita (piénsese en una cesión gratuita de activos o en la concesión de un préstamo sin intereses) se pondrá de manifiesto, si cabe con mayor intensidad, la diferencia entre la base imponible ajustada (tras la aplicación de la regla de valoración a través del ajuste primario) y los estados financieros y contables del sujeto pasivo. De hecho, de la lectura del artículo 16.8 del TRIS y de su correspondiente desarrollo reglamentario, nada parece indicar que únicamente ante una operación pactada con una remuneración mayor a la que hubiese correspondido acorde al principio *arm's length* será de aplicación el ajuste secundario. Más bien se infiere todo lo contrario, dada la naturaleza extensiva del ajuste secundario a *todas* las operaciones vinculadas cuyo precio convenido

²¹⁷ LÓPEZ-HERMOSO AGIUS, "El ajuste secundario", 2010, p. 728.

resulte no coincidente con el valor normal de mercado, y qué duda cabe que una operación gratuita supondrá una diferencia cuantitativa aún mayor²¹⁸. De modo que en mi opinión, el ajuste secundario, tal y como está redactado en la normativa vigente, no debe limitarse sólo a operaciones en las que se ha pactado una remuneración superior y por ende habrá un ajuste a la baja del precio convenido, sino que debería aplicarse a todas las transacciones, pues simplemente basta con la existencia de una diferencial de valores, sin tener en cuenta el sentido positivo o negativo (por exceso o por defecto) de dicha diferencia.

Ahora bien, ¿la actual redacción del ajuste secundario es realmente una buena solución para este tipo de transacciones? La respuesta no se hace esperar, pues teniendo en cuenta las ficciones jurídicas que entraña el ajuste secundario, la contestación debe ser negativa. Si bien es cierto que considero que al alcance extensivo del ajuste secundario supone su aplicación también respecto operaciones gratuitas, ello no significa que no se pueda ser tremendamente crítico con esta solución. En este sentido, estoy totalmente de acuerdo con los profesores CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ²¹⁹ y CALVO VÉRGEZ²²⁰, coincidiendo los tres profesores en que la aplicación del ajuste secundario en estos casos no corrige la diferencia de tesorería sino que la agrava, pues se crea una transacción ficticia sometida a tributación.

Como digo, estoy de acuerdo con esta afirmación, aunque considero que la misma también sería aplicable a una operación cuya remuneración convenida hubiese sido excesiva (supuesto concebido por la OCDE)²²¹, pues al fin y al cabo

²¹⁸ En este sentido se pronuncian CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ (“Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas”, 2009, p. 40), quienes a pesar de ser constructivamente críticos con el ajuste secundario, entienden que de la redacción del precepto sólo se puede considerar que “el legislador español ha optado una posición de máximos, de manera que el ajuste secundario podría ser aplicado tanto en casos de operaciones sin remuneración o con remuneración inferior a la de mercado, como en los típicos supuestos de remuneración excesiva”.

²¹⁹ CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, “Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas”, 2009, nota 4, p. 40.

²²⁰ CALVO VÉRGEZ, “La práctica del ajuste secundario en el marco de las operaciones vinculadas”, 2010, p. 46. El citado autor reitera su postura en su ya citada monografía *Operaciones Vinculadas y Subcapitalización*, 2011, pp. 208-209.

²²¹ *Vid.* párrafo 4.66-67 de las Directrices en materia de Precios de Transferencia, en virtud del cual la OCDE se refiere a la práctica del ajuste secundario en aquellos casos en los que se pacte una remuneración excesiva.

también en estos escenarios se están gravando hechos imposables inexistentes cuya aplicación no supone más que agravar la situación previa. Obsérvese qué sucede ante una remuneración superior pactada entre una matriz y su filial a favor de la primera cuando el porcentaje de participación no alcanza la totalidad del capital social. ¿No sería la consideración de este exceso de renta como “utilidades” una explicación poco razonable que contribuye a imponer un gravamen excesivo al desplazamiento patrimonial efectivamente registrado en la contabilidad de una de las partes? La respuesta a mi modo de ver confirma una vez más la torpeza del ajuste secundario tal y como está redactado en la actualidad²²².

5.6.- Sancionabilidad del ajuste secundario

Otro de los aspectos de la redacción del actual artículo 16 del TRLIS que suscita controversia es el relativo a la posibilidad de aplicar el régimen sancionador previsto en el apartado 10 del mencionado artículo al ajuste secundario²²³. Una vez más, el legislador se muestra parco y nada clarificador sobre este aspecto; de hecho, en todo el artículo 16 del TRLIS no se hace ninguna sola referencia acerca de esta cuestión, hecho que estimula a la doctrina para formular sus elucubraciones e interpretaciones sobre el texto legal.

Como es bien sabido, el régimen de operaciones vinculadas tiene su propio régimen sancionador, desplazando así la aplicación del régimen sancionador general previsto en la LGT. La cuestión que se abordará a continuación es saber si el régimen específico para operaciones vinculadas es también aplicable al

²²² Por último, cabe hacer referencia al principio de no reconocimiento (*disregard* en la terminología anglosajona) aludido directamente por los profesores CALDERÓN CARRERO y MARTÍNEZ JIMÉNEZ en “Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas”, 2009, nota 4, p. 40. Coincido con ellos al entender que no cabe aplicación del ajuste secundario si la Administración Tributaria no ha reconocido una operación, pues es obvio que el ajuste secundario sólo aflora ante la existencia del ajuste primario y por ende la corrección valorativa de la transacción. Se estaría en estos casos ante una fase anterior en la que no se está discutiendo la valoración de la transacción sino la “sustancia *versus* la forma”.

²²³ Recuérdese que el Pleno del Tribunal Constitucional, desestimó la cuestión de inconstitucionalidad en relación con los apartados 2 y 10 del artículo 16 del TRLIS, por posible vulneración del artículo 25.1 de la Constitución (Sentencia núm. 145/2013 de 11 de julio)). Recuérdese el redactado del artículo 25.1 de la CE: “*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.*”

ajuste secundario, como sí lo es al ajuste primario y bilateral como reglas de valoración.

Aunque esta problemática en concreto no ha motivado en exceso la atención de la doctrina, sí que algunos autores, aunque de forma breve y concisa, se han referido a ello. A fecha de redacción de estas líneas, podría afirmarse que existen tres posturas al respecto, una que no descarta la aplicación del artículo 16.10 del TRLIS, otra contraria a esta tesis y la última que podría ser definida como subjetiva, pues sólo contempla su posible sancionabilidad ante un análisis casuístico y valorando la actitud del contribuyente.

CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ²²⁴, así como LÓPEZ-HERMOSO AGIUS²²⁵ y CALVO VÉRGEZ²²⁶ en sus respectivos textos afirman que el artículo 16.10 del TRLIS como régimen sancionador está concebido exclusivamente para los ajustes primario y bilateral pero en ningún caso nada dice la norma respecto el ajuste secundario. De hecho, ningún régimen sancionador podría ser aplicable al ajuste secundario. Sin embargo, LÓPEZ-HERMOSO y CALVO VÉRGEZ son conscientes de la incertidumbre del texto legal, y por ello la conclusión que alcanzan es en pro de principio de seguridad jurídica; no pudiendo aplicarse para el ajuste secundario una sanción distinta de la prevista en el artículo 16.10 del TRLIS.

Más contundente se muestra el inspector MELLADO BENAVENTE²²⁷, quien en su conferencia en la LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero sostuvo que ante la falta de previsión legal, debe entenderse que el artículo 16.10 del TRLIS no se refiere al ajuste secundario en modo alguno. Siendo ello así, ante un procedimiento de comprobación si la Administración detecta la existencia de

²²⁴ CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, “Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas” en AA. VV. *Fiscalidad de las operaciones vinculadas*, 2009, p. 517 y en *Los precios de transferencia en la encrucijada del siglo XXI. Estudio de las cuestiones actuales que plantea la regulación española de las operaciones vinculadas*, Ed. Netbiblo, 1ª ed., La Coruña, 2012, p. 315.

²²⁵ LÓPEZ-HERMOSO AGIUS, “El ajuste secundario”, 2010, p. 732.

²²⁶ CALVO VÉRGEZ, *Operaciones Vinculadas y Subcapitalización*, 2011, p. 319.

²²⁷ MELLADO BENAVENTE, F., “Los ajustes por operaciones vinculadas y su aplicación”, conferencia en el seno del LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero, publicado por la Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros, pp. 2-3.

una posible simulación, “en este momento el inspector debe abandonar el régimen de operaciones vinculadas e irse a la simulación”. En otras palabras, según el inspector MELLADO BENAVENTE, el ajuste secundario únicamente podría ser sancionable atendiendo al régimen sancionador general previsto en la LGT pero nunca al específico del artículo 16.10 del TRLIS.

Como postura intermedia podríamos citar a SENDÍN CIFUENTES²²⁸ quien considera aconsejable no establecer conclusiones apriorísticas asimilando esta afirmación al análisis concreto e individual de cada situación, valorando, en palabras del autor “de forma conjunta la actitud del contribuyente, y la procedencia o improcedencia de la calificación de la conducta del sujeto pasivo como constitutiva de infracción administrativa”. Observe el lector como el citado autor introduce un elemento subjetivo como delimitador para la aplicación del régimen sancionador al ajuste secundario. En cualquier caso, y aunque no lo dice expresamente, parece deducirse que en caso de ser aplicable una sanción, SENDIN CIFUENTES se refiere al régimen específico para operaciones vinculadas.

Una vez leídas y analizadas las posturas argumentales de la doctrina, me decanto por concebir el régimen sancionador previsto en el artículo 16.10 del TRLIS como un régimen pensado exclusivamente para los ajustes primario y correlativo, el cual no alcanza el ajuste secundario. Precisamente aludiendo al principio de seguridad jurídica, no estimo oportuno pensar en la posibilidad de aplicación del artículo 16.10 del TRLIS respecto el ajuste secundario; pues su falta de tipicidad de la infracción es motivo suficiente para descartar esa opción. De hecho, el ajuste secundario es una medida antielusiva (que no antisimulación), dada su capacidad para recalificar operaciones y atribuir a cada parte su correspondiente renta; y es precisamente por ello que no atiende a sanciones, pues en según qué escenarios en los que el ajuste secundario supone un aumento de gravamen, su simple aplicación ya es una sanción en sí misma. Pero más allá de reflexiones teleológicas, me reitero en un argumento del todo objetivo: el ajuste secundario (o más bien, su no aplicación) como constitutivo de tipo infractor no consta en el artículo 16 del TRLIS, motivo por el

²²⁸ SENDÍN CIFUENTES, “Operaciones vinculadas: el ajuste secundario en operaciones internacionales. Procedimiento y sancionabilidad”, 2009, p. 151.

cual no debería serle de aplicación el régimen específico sancionador de operaciones vinculadas. Recuérdese que el tipo infractor que da entrada al régimen sancionador está muy bien definido en la ley, esto es, incumplimiento de las obligaciones de documentación, bien por no aportarla o por hacerlo de forma inexacta o incompleta y también la utilización de valores distintos de los que se deriven de la documentación. Como puede apreciarse, el ajuste secundario, y a pesar de depender del ajuste valorativo, no está definido como tipo infractor.

Así, el ajuste secundario como tal carece, a mi modo de ver, de un régimen sancionador aplicable, ni el específico para operaciones vinculadas ni tampoco el genérico de la LGT. Ahora bien, esta afirmación es completamente compatible con la existencia de supuestos de simulación o fraude de ley, en cuyo caso, ya no estaremos en el régimen de operaciones vinculadas, pues de lo contrario llegaríamos al absurdo de aplicar sanciones de simulación a operaciones vinculadas cuyo único “pecado” ha sido una discrepancia en la valoración de la operación.

Es interesante destacar un aspecto concreto relacionado con el tema que se está abordando. Tal y como ya se ha analizado en epígrafes precedentes, el mandato del artículo 16.8 del TRLI así como su correspondiente desarrollo reglamentario, es taxativo en cuanto a determinadas calificaciones en función de la relación de vinculación que une a las partes (socio-sociedad). La cuestión es, ¿sería sancionable que los sujetos pasivos en aplicación del ajuste secundario hubiesen considerado que la filial realiza una donación a la matriz en lugar de un reparto de beneficios tal y como está establecido en la normativa? Extienda el lector esta cuestión a todas las calificaciones apriorísticas ofrecidas por el texto legal y sirva la cuestión planteada sólo de ejemplo. A mi entender, reiterándome en el argumento de falta de tipificación, ésta no podría ser en ningún caso una conducta sancionable siempre que en un procedimiento de comprobación, y en virtud el artículo 21 bis.3 del RIS, el contribuyente pudiese acreditar una causa diferente a las contempladas en el apartado 2 del artículo 21 bis del RIS.

Por último, es relevante traer a colación una de las conclusiones alcanzadas por EU JTPF, quien en su informe sobre el ajuste secundario en fecha 25 de

octubre de 2012 y publicado el 18 de enero de 2013, recomienda la no imposición de sanciones respecto el ajuste secundario²²⁹.

5.7.- Constitucionalidad del ajuste secundario

5.7.1.- Posible vulneración del principio de capacidad económica

Una de las primeras reacciones que propició la entrada en vigor del ajuste secundario fue su posible inconstitucionalidad por vulneración de determinados preceptos constitucionales. En concreto, fue la aprobación del desarrollo reglamentario del artículo 16.8 del TRLIS, esto es, el artículo 21 bis del RIS, lo que desató una corriente de artículos doctrinales²³⁰ extremadamente críticos con la configuración de nuestro ajuste secundario; y no es para menos, pues entender que determinadas transacciones pueden acabar siendo calificadas como liberalidades implica presuponer una capacidad económica absolutamente ficticia.

A mayor abundamiento, ello se agrava si se tiene en consideración la doctrina del TC y su concluyente y decisiva sentencia 194/2000 en virtud de la cual la DA 4ª de la Ley 8/1989, de Tasas y Precios Públicos fue declarada inconstitucional; pues muchas son las similitudes que pueden apreciarse. Sin embargo, antes de entrar en el análisis de la citada sentencia y en su relación con el ajuste secundario, deberíamos enlazar este estudio con la parte general

²²⁹ Textualmente la conclusión alcanzada por el EU JTPF señala que “*when a secondary adjustment is required, Member States should refrain from imposing a penalty with respect to the secondary adjustment*”.

²³⁰ Entre otros, *vid.* ALONSO GONZÁLEZ, “Operaciones vinculadas, elusión y fraude fiscal”, 2007, pp. 85-91; MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, “El ajuste secundario en la Ley y Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (a propósito del RD 1793/2008, de 3 de noviembre)”, 2009, pp. 81-82; FUSTER GÓMEZ, M., “¿Es constitucional el ajuste secundario del artículo 21 bis del RIS? Recordando la STC 194/2000”, *Tribuna Fiscal*, número 228, octubre 2009, pp. 73-79 y LÓPEZ-HERMOSO AGIUS, “El ajuste secundario”, 2010, pp. 735-740.

Cabe mencionar en esta nota también la opinión de los profesores FALCÓN y TELLA y ALONSO GONZÁLEZ, expresada antes de la publicación del RD 1.793/2008, de 3 de noviembre, por el que se modifica el RIS. El primero de ellos, intuyendo lo que vendría, señaló que “no se precisa qué ocurre con el resto de la diferencia, y mucho me temo que en algún caso pretenda asignarse a la misma el tratamiento de una donación, con las graves consecuencias que ello tendrá para el socio”, “El nuevo tratamiento de las operaciones vinculadas en el IS y en el IVA”, 2007, p.6. Más incisivo es el profesor ALONSO GONZÁLEZ quien señala que “aterra pensar que llegue a considerarse como una donación o incremento del patrimonio lucrativo del socio por las consecuencias fiscales que ello puede suponer para él. “Operaciones vinculadas, elusión y fraude fiscal” *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 295, 60/2007. p. 82.

del Derecho Tributario en cuanto al principio constitucional de capacidad económica.

Pero más allá de las definiciones de este principio recogido en el artículo 31.1 de la CE, muy estudiado por la doctrina, considero oportuno destacar cuándo el mismo se entiende que se ha vulnerado, aspecto éste destacado en diversas sentencias del TC. Si el índice más significativo de capacidad económica es precisamente la obtención de renta, existirá vulneración cuando, como dice MENÉNDEZ MORENO, recogiendo los textos de las sentencias del TC 221/1992, de 11 de diciembre, y la ya citada 194/2000, de 19 de julio, “se somete a gravamen una renta, no ya potencial, sino inexistente”²³¹.

Concretamente en la sentencia 193/2004, de 4 de noviembre, también citada por el mencionado autor, el TC entiende que “*el principio de capacidad económica (...) no autoriza a gravar riquezas meramente virtuales o ficticias, y en consecuencia, inexpresivas de la capacidad económica*”.

Precisamente creo que justo en este aspecto puede residir el debate doctrinal, esto es, en la concepción de renta ficticia. La cuestión es la siguiente: ¿Es el ajuste secundario creador de rentas ficticias y por ende no expresivas de la capacidad económica? Particularmente interesante me ha parecido el resumen doctrinal que nos ofrece el profesor ALONSO GONZÁLEZ en relación a la diferencia entre la presunción *iuris et de iure* y la ficción jurídica, cuestión ésta que ha sido estudiada con atención por otros autores e inclusive, tal y como sigue el autor, por la sentencia del TS de 29 de noviembre de 1995²³².

A modo de resumen podría decirse que mientras la presunción *iuris et de iure* se basa en un cálculo de probabilidades que permita asumir que aquello que se presume es muy posible que llegue a ser cierto, la ficción jurídica prescinde de este ejercicio probabilístico y asume aquella realidad que le interesa, aunque

²³¹ MENÉNDEZ MORENO, *Derecho Tributario y financiero. Parte General. Lecciones de Cátedra*, 2013, p. 75.

²³² Recoge el ALONSO GONZÁLEZ en su artículo (“Operaciones vinculadas, elusión y fraude fiscal”. 2007, pp. 86 y ss.) que “en la presunción cabe realizar un juicio de probabilidad que permita sostener que lo presumido puede llegar a coincidir con lo cierto y real. Por el contrario, en la ficción jurídica se prescinde por completo de la probabilidad de acierto y la ley se conforma con establecer una verdad formal que logra prevalecer por el imperio de la ley”.

ésta no sea acorde con lo que verdaderamente ha sucedido. A mi modo de ver, más me inclino por concebir el actual ajuste secundario como una presunción *iuris tantum*, que como se sabe, sí admite prueba en contrario, pues precisamente ese fue el sentido de la introducción del oportuno párrafo 3 del artículo 21 bis del RIS, el único elemento de subjetividad que puede apreciarse en todo el texto. En este sentido, también se pronuncia el inspector MELLADO BENAVENTE²³³, aunque no debe perderse de vista que la transformación de una presunción *iuris et de iure* a una presunción *iuris tantum* se materializa por la vía reglamentaria, aspecto éste no exento de polémica.

Es el turno ahora de abordar si la jurisprudencia constitucional a través de la mencionada sentencia 194/2000 puede ser aplicable al ajuste secundario, y por ende entender que el artículo 16.8 del TRLIS y su correspondiente desarrollo reglamentario debería ser también declarado inconstitucional, como sí lo fue la DA 4ª de la Ley 8/1989, de Tasas y Precios Públicos. De hecho, y siendo puristas, el artículo que realmente está siendo cuestionado a nivel de vulneración del principio de capacidad económica no es tanto el artículo 16.8 del TRLIS sino el artículo 21 bis del RIS, dado que es precisamente el artículo reglamentario el que define las calificaciones respecto aquella parte del exceso del precio que no se corresponde con el porcentaje de participación, y es justamente en estas calificaciones en las que podría quebrantarse el principio de capacidad económica. Cosa distinta será si también se ha infringido otro principio constitucional, el de reserva de ley, por haberse extralimitado el reglamento en sus calificaciones; aspecto éste que será analizado en el próximo apartado.

¿Qué tienen en común la derogada DA 4ª de la Ley de Tasas y Precios Públicos y el ajuste secundario? Ambas son normativas cuya finalidad última es impedir que el contribuyente manipule los precios en las transacciones, partiendo las dos de un concepto tan amplio e indeterminado como puede ser el “valor real” en el caso de la Ley de Tasas y Precios Públicos y el “valor de mercado” en el caso del ajuste secundario. En concreto, la mencionada disposición regulaba el

²³³ MELLADO BENAVENTE, en su ponencia “Los ajustes por operaciones vinculadas y su aplicación”, p. 1, en la LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero organizado por FUNDEF (Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros) y que tuvo lugar en fecha 18 de noviembre de 2009 en el auditorio BBVA de Madrid.

tratamiento fiscal a otorgar a las diferencias de precio resultantes de la comprobación administrativa en transmisiones patrimoniales onerosas. Textualmente el texto rezaba que *“en las transacciones onerosas por actos “inter vivos” de bienes y derechos que se realicen a partir de la entrada en vigor de la presente ley, cuando el valor comprobado a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales exceda del consignado por las partes en el correspondiente documento en más de un 20% de éste y dicho exceso sea superior a 2.000.000 de pesetas, este último, sin perjuicio de la tributación que corresponda por el impuesto citado, tendrá para el transmitente y para el adquirente las repercusiones tributarias de los incrementos patrimoniales derivados de transmisiones a título lucrativo”*. Una lectura con detenimiento del precepto transcrito nos conduce a una afirmación tan peligrosa como cierta: una misma operación llevará aparejada una doble tributación por dos impuestos diferentes. Es decir, se establecía la ficción jurídica que, respecto la diferencia de precio, se habían producido dos negocios jurídicos distintos, una transmisión onerosa y al mismo tiempo una donación, debiendo tributar el adquirente por ambos conceptos (ITP e ISD en caso de persona física o ITP e IS en caso de persona jurídica). A su vez, el transmitente debía tributar también por la misma cuantía como un incremento de patrimonio gravado, ya sea por IRPF o por IS. En palabras de la misma sentencia, *“se grava una misma adquisición o, más exactamente, un tramo de la misma (el equivalente al exceso comprobado), como una donación y como una compraventa”*.

En su FJ 7º la citada sentencia declara inconstitucional el precepto transcrito desplegando una serie de argumentos que desvirtúan totalmente la rigidez de la norma cuestionada, la cual establecía la ficción de un negocio jurídico inexistente, como lo es, un acto de liberalidad presumiendo que el diferencial de precio era la consecuencia directa de una conducta fraudulenta. Ciertamente, el Alto Tribunal entiende que no puede descartarse entre otros motivos, el simple ánimo de defraudar, pero junto a este motivo existen muchos otros, tales como una mera discrepancia en la valoración de la transacción, una situación coyuntural del mercado, o del contribuyente o simplemente un desconocimiento de los precios de mercado.

En este sentido vale la pena mencionar que, a lo largo del redactado del texto jurisprudencial, el Tribunal utiliza indistintamente los conceptos “presunción

iuris et de iure” y “ficción jurídica”, aunque en cualquier caso, lo que es un hecho cierto es que la ficción o presunción de existencia de un acto de liberalidad está gravando “una riqueza inexistente, ni siquiera en potencia, vulnerando, de este modo, las exigencias que derivan del principio de capacidad económica constitucionalmente reconocido”.²³⁴

A mi modo de ver, el párrafo que resume el sentir de la sentencia lo encontramos en el FJ 8º según el cual “aunque la finalidad perseguida sea constitucionalmente legítima –la lucha contra el fraude fiscal– la prestación tributaria no puede hacerse depender de situaciones que no son expresivas de capacidad económica porque, siendo muy amplia la libertad del legislador a la hora de configurar los tributos, éste debe, “en todo caso, respetar los límites que deriven de dicho principio constitucional, que quebraría en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea no ya potencial sino inexistente o ficticia”.

Siendo así las cosas, cabe plantearse si los argumentos esgrimidos por el TC son aplicables a la actual configuración del ajuste secundario.

Como similitud nos encontramos que también en el ajuste secundario, cuando la diferencia recae a favor de la sociedad y únicamente sobre la parte del exceso que no se corresponde con el porcentaje de participación, se presume la existencia de un acto de liberalidad. En línea con lo señalado por la profesora FUSTER GÓMEZ²³⁵, en un escenario como el descrito acaba existiendo una doble tributación debido a la existencia de dos negocios jurídicos. Por un lado, el socio, a través del ajuste primario positivo, tributa por el valor de mercado del servicio prestado o el bien entregado, y por el otro, aumenta de nuevo su base imponible a través del ajuste secundario en concepto de liberalidad efectuada a favor de su participada. Es decir, respecto la parte de la diferencia que no se corresponde con el porcentaje de participación, recae una doble tributación,

²³⁴ Para más información sobre esta sentencia, se recomienda leer a la profesora VILLAVERDE GÓMEZ, M. B., “La declaración de nulidad de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Tasas y Precios Públicos por la STC 194/2000, de 19 de julio 2000”, *Jurisprudencia Tributaria Avanzada*, núm. 18/2000, pp. 1-23 (en westlaw on line).

²³⁵ FUSTER GÓMEZ, “¿Es constitucional el ajuste secundario del artículo 21 bis del RIS? Recordando la STC 194/2000”, 2009, p. 78.

como una prestación de servicios o entrega de bienes y como una liberalidad²³⁶. Según la profesora FUSTER GÓMEZ, existe en este caso concreto, una vulneración flagrante del principio de capacidad económica, pues del mismo modo que ocurría en la DA 4ª de la Ley de Tasas y Precios Públicos, también en este supuesto se está gravando una riqueza inexistente. Entiendo y comparto la crítica de la autora en tanto una liberalidad es un gasto fiscalmente no deducible, pero de ahí a aumentar la base imponible si el gasto no está previamente contabilizado hay una diferencia sustancial. Permítame el lector que le dedique un epígrafe completo a la cuestión de cómo calificar extracontablemente una parte del diferencial como liberalidad (apartado 3.3.2 del capítulo III).

Otra similitud de la mencionada DA 4ª de la Ley de Tasas y Precios Públicos, extrapolable a nuestro ajuste secundario, es su tan criticada automaticidad. En ambas regulaciones el presupuesto de aplicación es puramente objetivo, operan las ficciones por el mero y simple hecho de existir una diferencia entre el precio convenido y, respectivamente, entre el valor comprobado o de mercado.

Sin embargo, existe una diferencia significativa que, en opinión de quien escribe estas líneas, salvaría al ajuste secundario de ser declarado inconstitucional. Me refiero a su naturaleza de presunción *iuris tantum* debido a posibilidad de probar causa distinta a las previstas en el mismo artículo 21 bis del RIS. A diferencia de la DA 4ª de la Ley de Tasas y Precios Públicos, el apartado 3 del artículo 21 bis del RIS, y a pesar de recaer la carga probatoria en el contribuyente, ofrece una salida a las recalificaciones apriorísticas legalmente establecidas. Bien es cierto que se trata de una “salida” estrecha y no falta de complicaciones, pero al fin y al cabo, este matiz puede marcar la diferencia entre una presunción que no admite prueba en contra y otra que sí la admite. Cuestión distinta sería el hecho de poder salvar la constitucionalidad de un precepto legal vía reglamentaria²³⁷

²³⁶ Imagínese dos sociedades, A que ostenta el 20% de B. A le presta un servicio a su participada por valor de 300 siendo el valor de mercado de 500. Debería efectuarse un ajuste primario positivo por importe de +200. A su vez, 40 se considerarían aportación de A a los fondos de B, y 160 como una liberalidad de A a favor de B; con lo que un tramo del diferencial, concretamente el 80% (160) acabará tributando dos veces, una como prestación de servicios y la otra como liberalidad.

²³⁷ Agudas y acertadas, bajo mi criterio, son las palabras de DELGADO GONZÁLEZ, quien en su artículo de análisis sobre el auto del TS del 8 de febrero de 2011, señala lo siguiente: “De la

Curiosamente, y a pesar de basar mi opinión en el apartado 3 del artículo 21 bis del RIS, merece la pena hacer alusión a la acertada observación efectuada por CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ acerca del citado artículo, el cual “carece por completo de apoyo en el artículo 16.8 del TRLIS, si bien es más difícil que su legalidad se cuestione en vía de recurso porque puede ser la salida para evitar el ajuste secundario para muchos contribuyentes afectados por él”.

En suma, y a pesar de ser la línea definitoria realmente débil, pues cabría la posibilidad, de que el apartado 3 del artículo 21 bis del RIS pudiese ser contrario al principio de reserva de ley, creo que la actual vigencia de dicho apartado permitiría la no declaración de inconstitucionalidad del ajuste secundario por vulneración del principio de capacidad económica²³⁸.

En este mismo sentido se ha pronunció el TS en su polémico auto de 8 de febrero de 2011, en virtud de la cual, con independencia de la solicitud de los recurrentes (Consejo Superior de Colegios de Titulares Mercantiles de España), planteó una cuestión de inconstitucionalidad al TC respecto el artículo 16.2 y 16.10 del TRLIS “*por su inadecuación con el artículo 25 de la Constitución*” (que recoge el principio de legalidad penal, *Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*). Como se sabe, el TS es soberano para plantear cuestiones de inconstitucionalidad con independencia de si lo solicitan los recurrentes o no. En este caso concreto, estimó oportuno elevar una cuestión de

impresión de que con lo dispuesto en este apartado 3 el Reglamento ha tratado de salvar la posible inconstitucionalidad del llamado “ajustes secundario”. Pero el tiro, si se nos permite la expresión, le puede haber salido por la culata al Gobierno como titular de la potestad reglamentaria, tanto porque un Reglamento no puede salvar la inconstitucionalidad de una ley, como porque puede con ello haber incurrido en ilegalidad reglamentaria”. “La regulación de las operaciones vinculadas. Cuestión de inconstitucionalidad e ilegalidades reglamentarias. Auto del TS de 8-2-2011”, *Quincena Fiscal*, núm. 15-16, 2012, p. 95.

²³⁸ En este sentido es interesante traer a colación las reflexiones de CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, (“Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas” en AA. VV. *Fiscalidad de las operaciones vinculadas*, 2009, p. 507) quienes en cierta forma relacionan algunos pronunciamientos del TC en las sentencias 146/1994 y 255/2004 (ambas sobre la tributación conjunta) con un aumento de respaldo constitucional del ajuste secundario. Así, según los autores, el hecho que el TC entienda que en caso de operaciones entre partes vinculadas el legislador establezca medidas cautelares de carácter probatorio, tales como la regla específica de valoración, podría suponer la aprobación de las consecuencias de estas medidas. Aún así, ambos profesores concluyen afirmando que esta reflexión muy probablemente no sería válida en casos en los que no exista intención fraudulenta.

inconstitucionalidad sobre los apartados mencionados, considerando *innecesario* que la cuestión de inconstitucionalidad abarcara también el apartado 8º del artículo 16, en los términos planteados. De hecho, la sentencia dedica su Razonamiento Jurídico 2º a justificar por qué no considera pertinente la inconstitucionalidad del precepto en los términos propuestos por los recurrentes.

En concreto, por providencia de apremio en fecha 26 de julio de 2010, se plantea la eventual inconstitucionalidad del artículo 16.8.2º párrafo del TRLIS “*por contener una presunción “iuris et de iure” que, si es contraria a la realidad, supondría un gravamen de capacidad económica inexistente, lo que resultaría contrario a la Constitución.*”. Justifica el Tribunal su argumentación en virtud de la existencia del apartado 3 del artículo 21bis del RIS. Textualmente la sentencia señala que “*resulta, pues, indudable que la norma impugnada no es una presunción iuris et de iure pues de modo explícito y terminante prevé que la calificación de renta “podrá ser distinta” (de la prevista en el apartado 2), cuando se acredite una causa diferente de las previstas en él.*

(...)

Ello comporta que, con independencia de los vicios que en el punto analizado adolezca la ley, estos no son predicables de la norma impugnada, lo que hace innecesario el planteamiento en este extremo de la cuestión de inconstitucionalidad en los términos propuestos.”

Ahora bien, el hecho que comparta con el TS el considerar que se está ante una presunción *iuris tantum* i no *iuris et de iure*²³⁹, nada tiene que ver con mi rotunda discrepancia con la actual configuración del ajuste secundario, pues el simple hecho que la doctrina se plantee la posible inconstitucionalidad del precepto por vulneración de principios tributarios básicos, ya debería hacer sospechar al legislador de la inoportunidad del precepto. Más aún, cuando se trata de un ajuste secundario que adolece de otros vicios, tales como la excesiva automaticidad, falta de regulación procedimental, regulación exclusiva de las relaciones socio-sociedad dejando sin resolver las otras relaciones de

²³⁹ También los profesores BARRIL CARULLA, J. , BERCHÉ MORENO, E. y PIEDRA ARJONA, S. en la obra colectiva *Tratado sobre la Imposición Directa* (coord. por Berché Moreno, E.), Ed. JM Bosch, 2ª edición, Barcelonam 2013, p. 743, entienden que el artículo 21bis.3 del RIS ha transformado la presunción *iuris et de iure* recogida en la Ley como una presunción *iuris tantum*.

vinculación, etc. En realidad, asombra el hecho que el TS no hubiese planteado una cuestión de inconstitucionalidad sobre tal precepto, dado que más allá de si es o no una presunción iuris tantum o iuris et de iure, vulnera claramente otros principios constitucionales, como el de legalidad y seguridad jurídica²⁴⁰.

Teniendo en cuenta el recurso planteado ante el TS sobre el artículo 21bis del RIS, cabría plantearse también si su redacción vulnera el artículo 25 de la CE, como sí parece tenerlo claro en TS respecto los apartados 2 y 10 del artículo 16 del TRLIS pero nada dice acerca del artículo 21bis del RIS. En cambio, la parte recurrente, no sólo concibe una vulneración al principio de capacidad económica y de legalidad, sino también un atropello claro al principio de tipicidad penal del artículo 25 de la CE. Acierta el profesor CALVO VÉRGEZ cuando determina que “para poder sancionar a un ciudadano es condición necesaria que éste pueda predecir con suficiente grado de certeza la conducta constitutiva de la infracción”. De hecho, sigue el autor, “no parece razonable que la prohibición de cometer fraude fiscal se efectúe mediante una amenaza al aumento del gravamen tributario” y precisamente por ello, creo que podría plantearse también una vulneración de este otro precepto constitucional²⁴¹.

5.7.2.- Posible vulneración del principio reserva de ley. Extralimitación reglamentaria

El tan controvertido desarrollo reglamentario del artículo 16.8 del TRLIS provocó de forma prácticamente inmediata un rechazo en gran parte de la doctrina, entre otros aspectos, por su posible extralimitación reglamentaria y por ende vulneración del principio de reserva de ley, constitucionalmente reconocido en los artículos 31.3 y 133.1 de la CE, así como en el artículo 8 de la LGT²⁴².

²⁴⁰ Vid. CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ en *Los precios de transferencia en la encrucijada del siglo XXI*, 2012, p. 44.

²⁴¹ CALVO VÉRGEZ, *Operaciones Vinculadas y Subcapitalización*, 2011, p. 227 y nota 176.

²⁴² Entre otros, vid. ALONSO GONZÁLEZ, “Operaciones vinculadas, elusión y fraude fiscal”, 2007, p. 92; MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, “El ajuste secundario en la Ley y Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (a propósito del RD 1793/2008, de 3 de noviembre”, 2009, p. 82; FUSTER GÓMEZ, M., “¿Es constitucional el ajuste secundario del artículo 21 bis del RIS? Recordando la STC 194/2000”, 2009, p. 76; CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, “Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas” 2009, pp. 61-62;

En concreto, tres podrían ser los aspectos vulneradores del principio de reserva de ley; a saber; en primer lugar, la recalificación como liberalidad o utilidad respecto la diferencia de precio que no se corresponde con el porcentaje de participación, en segundo lugar, tal y como ya se ha anticipado, el propio apartado 3 del artículo 21 bis del RIS, y por último, la obligación de retención sobre la renta puesta de manifiesto vía ajuste secundario, obligación ésta impuesta también por vía reglamentaria.

Respecto la primera cuestión, era de esperar que la misma suscitara controversia dada la manifiesta discordancia entre el texto legal y el texto reglamentario. De la lectura del artículo 16.8 del TRLIS se extrae una conclusión diáfana: únicamente la parte del diferencial entre el precio convenido y el valor de mercado *que se corresponda con el porcentaje de participación* será objeto de calificación. Cuestión distinta será si era necesario diferenciar entre la parte que se corresponde y la que no se corresponde con el porcentaje de participación²⁴³ pero en cualquier caso fue el reglamento quien “ideó” una nueva calificación para aquella parte del diferencial de precio que no se corresponda con el porcentaje de participación.

En este sentido el debate se sostiene por dos posturas contrapuestas, aquella que entiende que efectivamente se ha sobrepasado el principio de reserva de ley, y aquella que concibe el artículo 13 de la LGT como norma habilitadora suficiente para el desarrollo reglamentario.

Uno de los autores que con más vehemencia ha defendido el exceso reglamentario ha sido GARCÍA NOVOA, quien con buen tino, considera que “hay que adecuar el desarrollo reglamentario a la voluntad de la ley”, y precisamente la ley únicamente limita las consecuencias del ajuste secundario respecto a la parte del exceso de precio que se corresponde con el porcentaje de

LÓPEZ-HERMOSO AGIUS, “El ajuste secundario”, 2010, p. 729; GARCÍA NOVOA, “La necesaria modificación de la regulación de las operaciones vinculadas”, 2010, pp. 99-110 y CALVO VÉRGEZ, *Operaciones vinculadas y Subcapitalización*, 2011, p. 223.

²⁴³ En el capítulo posterior, se dedicará un apartado a debatir sobre esta cuestión.

participación, llegando a calificar el autor el desarrollo reglamentario del ajuste secundario como una “solución ilegal”.²⁴⁴

A *sensu* contrario, y siendo una minoría, debe citarse a CORDÓN EZQUERRO, quien se plantea si dicho exceso reglamentario no sería cuestionable si se concibiese el artículo 13 de la LGT como norma habilitadora suficiente, dada su naturaleza de regla general de calificación.

A mi modo de ver considero la postura de CORDÓN EZQUERRO un tanto arriesgada por las consecuencias que podrían derivarse y que incluso son asumidas por el mismo autor, quien sostiene la posible naturaleza de norma habilitadora del artículo 13 de la LGT para “cualquier norma jurídica con independencia de su rango”. Esta afirmación llevada al extremo podría llegar a situaciones realmente inverosímiles, pues ello daría carta blanca a los reglamentos, cuya objetivo es precisamente el desarrollo de preceptos legales. Si bien es cierto que el artículo 13 del LGT es un artículo previsto en una norma con rango de ley, no es menos cierto que el artículo 16.8 del TRLIS es también otra norma con rango de ley, pero además, específica para las operaciones vinculadas. Asumir que el artículo 21 del RIS es el desarrollo reglamentario del artículo 13 del LGT, sería tanto como expulsar de nuestro ordenamiento jurídico el artículo 16.8 de la LGT. Créame el lector si le digo que, en mi opinión, ésta sería la solución más óptima, o al menos, reformar en profundidad su redactado, pero desiderátums a un lado, la vigencia del artículo 16.8 de la LGT debe ser, por el momento, respetada.

A mayor abundamiento, y aún asumiendo como cierto el planteamiento de CORDÓN EZQUERRO, éste sería contrario a la redacción del artículo 8 de la LGT, en virtud del cual *“se regularán en todo caso por ley, la delimitación del hecho imponible, del devengo, de la base imponible y liquidable, la fijación del tipo de gravamen y de los demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria, así como el establecimiento de presunciones que*

²⁴⁴ GARCÍA NOVOA (“La necesaria modificación de la regulación de las operaciones vinculadas”, 2010, p. 108) considera que la ley pretende dejar libre de tributación a la parte que no se corresponde con el porcentaje de tributación, cuya consecuencia supondría “dividir el exceso en dos componentes. De un lado, la parte que se corresponde con la participación en la entidad, que recibiría el trato de dividendos o de aportación a los fondos propios, según el caso. De otro lado, el resto, que ha de ser irrelevante desde el punto de vista fiscal para todas las partes intervinientes”.

no admitan prueba en contrario". Precisamente el efecto directo del artículo 21 bis del RIS es la generación de nuevos hechos imponibles, tales como la obtención de renta vía acto de liberalidad, de modo que contradice frontalmente el mandato del principio de reserva de ley. Por todo ello, estoy de acuerdo con la mayoría de la doctrina, la cual considera la existencia de una posible vulneración del principio de reserva de ley.

En relación al apartado 3 del artículo 21 bis del RIS, es cierto que no parece que esté desarrollando ningún precepto legal del artículo 16.8 del LGT, pues de su lectura nada hace presagiar la existencia de un artículo reglamentario cuya misión es flexibilizar la rigidez del artículo 16.8 del TRLIS. Sin embargo, y tal y como ya advirtieron CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, es difícil la declaración de inconstitucionalidad del único artículo que puede ser utilizado como una "salida digna" al ajuste secundario. En este sentido, es menester recordar que el Consejo Superior de Colegios de Titulares Mercantiles de España interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala 3ª del TS contra el RIS alegando que 18 puntos deberían ser declarados nulos, siendo uno de ellos el artículo 21 bis del RIS, apartado 3, por no cumplir el principio de reserva de ley tributaria (artículo 31.3 CE y 8, letra a de la LGT).

Por último, no puede pasarse por alto la obligación de retener sobre las rentas ocasionadas por la aplicación del ajuste secundario; de hecho aquí entraríamos en un debate propio de la parte general del Derecho Tributario. Como es bien sabido, nuestro principio de reserva de ley se refleja en dos artículos de la Carta Magna, a saber, el artículo 31.3 de la CE, que señala que las prestaciones personales o patrimoniales de carácter público sólo podrán establecerse con arreglo a la ley, así como el artículo 133.1 de la CE, en virtud del cual "*la potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley*".

Precisamente ahí surge el debate, ¿deben entenderse las retenciones como una prestación patrimonial de carácter público o como un tributo? No es éste un trabajo encaminado a tratar esta cuestión en profundidad pero sí que es menester señalar lo que a mi juicio es una correcta valoración, esto es, entender la retención como obligación tributaria, tal y como la califican LUCHENA

MOZO²⁴⁵, GARCÍA NOVOA²⁴⁶ y CALVO VÉRGEZ²⁴⁷, entre otros. De ahí su protección por el principio de reserva de ley. Obsérvese cuán trascendente puede llegar a ser la obligación de retener, pues el retenedor es responsable frente a la Hacienda Pública de efectuar el ingreso originado por el nacimiento de determinado hecho imponible. Siendo así, parecería que también en este aspecto habría existido una vulneración constitucional.

Por todo ello, lo más deseado desde un punto de vista técnico, y aún para los defensores del vigente artículo 16.8 del TRLIS, es una reformulación de su desarrollo reglamentario.

Una vez más se alude a la doctrina del TC, quien en su sentencia 185/1995 de 14 de diciembre, se planteó el principio de reserva de ley y la función que debía desempeñar la figura del reglamento, sosteniendo que resulta admisible la colaboración del reglamento siempre que sea indispensable por motivos técnicos y la colaboración se produzca en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad. Sucede en el desarrollo reglamentario del artículo 16.8 del TRLIS que el concepto de “subordinación” brilla por su ausencia.

5.8.- La delicada situación procesal de los artículos 16.8 del TRLIS y 21bis del RIS

Por último, se especifica en qué punto procesal está actualmente el ajuste secundario y su desarrollo reglamentario. Tal y como ya ha sido señalado, el Consejo Superior de Colegios Titulares Mercantiles de España en fecha 16 de enero de 2009, interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala 3ª de TS contra el RIS por entender que la redacción del Capítulo V del Título I del citado texto legal era contraria al ordenamiento jurídico. En la demanda se alegaron 18 puntos contra el RIS los cuales, a juicio del recurrente, deberían

²⁴⁵ LUCHENA MOZO, G. M., *Retenciones e ingresos a cuenta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1997, p. 76.

²⁴⁶ GARCÍA NOVOA, “La necesaria modificación de la regulación de las operaciones vinculadas”, 2010, p. 109.

²⁴⁷ CALVO VÉRGEZ, “Operaciones Vinculadas y Subcapitalización”, 2011, p. 229.

ser declarados nulos, entre los cuales figuran el apartado 2 y 3 del artículo 21bis del RIS. En concreto, el recurso alega que deberían declarar nulo

- a) el apartado 2 del artículo 21bis del RIS por resultar contrario a los principios de capacidad económica (artículo 31.1 CE) y tipicidad penal (art. 25 CE); por contrariar los principios de legalidad (artículo 31.3 CE y 8, letra a de LGT); por ser contrario al artículo 16.8 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades; y por último, por no respetar el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) y;
- b) el apartado 3 del artículo 21bis del RIS por no cumplir el principio de reserva de ley tributaria (artículo 31.3 CE y 8, letra a de la LGT)

Además, en el mismo recurso se planteaba la conveniencia de elevar una cuestión de inconstitucionalidad respecto el artículo 16.8 del TRLIS. Obsérvese que ya no sólo se reprochada el desarrollo reglamentario de la ley, sino directamente un precepto del TRLIS.

El TS, mediante auto de 8 de febrero de 2011, acuerda elevar la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC en relación a los artículos 16.2 y 16.10 del TRLIS, relativos a las infracciones y sanciones relacionadas con la obligación de documentación por infracción del artículo 25 CE. Curiosamente y con una celeridad muy poco frecuente, el Pleno del TC resolvió en un plazo record, pues en dos años, concretamente en fecha 11 de julio de 2013, dictó sentencia desestimando la inconstitucionalidad de los apartados 2 y 10 de artículo 16 del TRLIS. Cuestión importante es no perder de vista que el TS en su auto de 8 de febrero de 2011 estima innecesario plantear la cuestión de inconstitucionalidad en relación al artículo 16. 8 del TRLIS en los términos propuestos por la recurrente, en la medida, en que el apartado 3 del artículo 21bis del RIS torna una presunción *iuris et de iure* en una presunción *iuris tantum*, luego, según el Alto Tribunal no habría vulneración del principio de capacidad económica prevista en el artículo 31.1 de la CE.

Lo verdaderamente relevante es que, a pesar que la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC ha supuesto la suspensión de la tramitación del recurso interpuesto por el Consejo Superior de Colegios del Titulares

Mercantiles, ahora el TS no tiene otra opción que pronunciarse sobre los 18 puntos alegados por el recurrente, debiendo determinar si el Capítulo V del Título I del RIS (relativo a la determinación del valor normal de mercado y obligaciones de documentación de las operaciones vinculadas y con personas o entidades residentes en paraísos fiscales) es o no contrario al ordenamiento jurídico.

A modo de resumen, bien planteada me parece la observación de DELGADO GONZÁLEZ quien en su análisis al auto del TS de 8 de febrero de 2011, señala lo curioso de la situación respecto el ajuste secundario, y es que “sin perjuicio de no plantearse cuestión de inconstitucionalidad, queda abierta la posible inconstitucionalidad de la Ley y también la posible ilegalidad del Reglamento por quiebra, entre otros, del principio de jerarquía normativa”²⁴⁸. Deberemos pues esperar al desenlace de este periplo jurisprudencial.

²⁴⁸ DELGADO GONZÁLEZ, “La regulación de las operaciones vinculadas. Cuestión de inconstitucionalidad e ilegalidades reglamentarias. Auto del TS de 8-2-2011”, 2012, p. 91.

CAPÍTULO III

EFFECTOS DIRECTOS E INDIRECTOS DEL AJUSTE SECUNDARIO

1.- Objeto y planteamiento del capítulo

En el capítulo anterior se han analizado las contradicciones de una regulación fiscal y contable que, a pesar de aparentar uniformidad y homogenización, acaban por entrar en conflicto, planteando graves problemas de superposición y legitimidad para efectuar los ajustes. Sin embargo, y aunque la normativa contable no entra en detalle, como sí lo hace la regulación fiscal, parece evidente que la doctrina entiende que también contablemente una transferencia a favor del socio debe contabilizarse como un dividendo, y si es a favor de la sociedad como una aportación de fondos. Por tanto, estemos en el terreno fiscal o contable, debe analizarse qué sucede si el diferencial entre el precio convenido y el de mercado se califica como dividendo o aportación a favor del socio, habiendo sido, a fecha de hoy, todavía tímidos los pronunciamientos actuales de la DGT²⁴⁹, que poco a poco va generando más respuestas a consultas sobre este tema, y prácticamente nula la jurisprudencia al respecto²⁵⁰, aunque todavía quedan muchos interrogantes por responder; a título de ejemplo, ¿Qué consecuencias directas e indirectas puede suponer para cada una de las partes implicadas el ajuste secundario? ¿Y para terceros que no han participado en la operación vinculada pero que son socios de una de las partes implicadas? En este caso sí que será importante distinguir entre un ajuste fiscal y contable. ¿Y respecto la parte que no se corresponde con el porcentaje de participación? En estos escenarios, estaremos claramente en el sombrío terreno de la doble

²⁴⁹ En este sentido vale la pena mencionar una de las primeras consultas de la DGT tras la entrada en vigor del desarrollo reglamentario del ajuste secundario. En dicha consulta, la V1827-09 de 5 de agosto de 2009, la DGT se limita simplemente a reproducir el artículo 16.8 del TRLIS pero no aclara ninguno de los múltiples interrogantes que derivan de su aplicación. En concreto, la DGT considera que es una operación vinculada la prestación de garantía por parte de los socios, cuya participación supera en todos los casos el 5%, a favor de la sociedad, debiendo por tanto valorar dicha operación financiera a valor de mercado. Así, la contestación de la Administración se limita a calificar esta transacción como operación vinculada, por cuanto se trata de un supuesto previsto en el artículo 16.3.a) del TRLIS, determinar su valor de mercado según alguno de los métodos previstos en el artículo 16.4 del TRLIS y a señalar que en caso de convenir un interés que difiera del de mercado, habría que aplicar el art. 16.8 del TRLIS. Otras consultas del mismo año, la V1832-09 y V1833-09 se limitan a reproducir la interpretación del ICAC respecto la contabilización de determinadas operaciones vinculadas, en concreto, la condonación del crédito de la filial a favor del matriz. Una de los últimos pronunciamientos de la DGT ha sido en su consulta V3495-13 de 2 de diciembre de 2013, aunque estéril respecto el ajuste secundario por cuanto se consideraba que ese canje de obligaciones no generaba renta, luego no había posibilidad de aplicar el artículo 16.8 del TRLIS.

²⁵⁰ A parte de las sentencias ya citadas del TS (auto de 8 de febrero de 2011) y del TC (sentencia núm. 145/2013 del 11 de julio), hasta ahora la jurisprudencia ha mencionado la existencia del ajuste secundario pero en ningún caso se ha entrada al fondo de la cuestión (*vid.* TSJ de Cantabria, sentencia núm. 108/2013 de 19 de febrero, TSJ de Andalucía, sentencia núm. 402/2013 de 11 de febrero, y la sentencia de la AN (sección 2ª de la Sala contencioso-administrativa) de fecha 9 de diciembre de 2010).

imposición.

En primer lugar se analizarán con detalle las implicaciones que supone una transferencia a favor del socio, luego a favor de la sociedad, así como aquellos supuestos que no están contemplados expresamente por el RIS pero que también deberán ser objeto de regularización, pues a juzgar por la objetividad de nuestra normativa, cualquier diferencia de precios, aún sin existir voluntad de elusión, deberá ser ajustada.

También el elemento de internacionalidad entrará en juego en este estudio, pues no es lo mismo una operación vinculada entre dos entidades residentes que cuando una de ellas reside en otra soberanía fiscal. Tampoco las consecuencias pueden ser las mismas cuando una de las partes es persona física. Todas estas cuestiones y más, serán analizadas con detenimiento en el presente capítulo, partiendo siempre de la base de ejemplos prácticos que facilitan no sólo la comprensión del lector sino también la labor explicativa de quien escribe estas líneas.

Antes de abordar este capítulo, es importante señalar que los mencionados casos prácticos que servirán de ejemplificación para la extracción de conclusiones, en su mayoría, basarán su labor calificativa a través de ajustes extracontables y no en su registro contable. Ello es así por dos motivos. El primero de ellos responde a una realidad ya comentada en el capítulo anterior, esto es, el notable número de operaciones vinculadas que lo son a nivel fiscal pero no a nivel contable, hecho éste que obliga a responder a la demanda fiscal de valoración y calificación únicamente a través de la vía extracontable. El segundo motivo, y no menos importante, tiene que ver con la flexibilización de la NRV 21ª del PGC respecto el artículo 16.8 del TRLIS y su correspondiente desarrollo reglamentario. Tal parece que la mayoría de la doctrina²⁵¹ asume como propia la normativa fiscal para el registro contable de las operaciones

²⁵¹ Entre otros, *vid.* CORDÓN EZQUERRO, “Valor de mercado y ajuste secundario en las operaciones vinculadas”, 2009, pp. 175 y ss; RUIZ GARRÓS, “La contabilización y tributación del ajuste secundario en las operaciones vinculadas. Visión práctica. La identidad sustancial entre los criterios contable y fiscal” 2010, pp. 71-108; GONZÁLEZ GARCÍA,, “El ajuste secundario en operaciones entre empresas del grupo y partes vinculadas”,, 2010, pp. 187-202; BORRÁS AMBLAR, y MARTÍNEZ ALONSO, “Registro contable y régimen fiscal de las operaciones vinculadas. Casos prácticos”, núm. 8/2010, 2ª quincena de abril, pp. 3-34;.

vinculadas pero lo cierto es que el PGC deja en manos del sujeto pasivo la creación de cuentas contables que reflejen la operación secundaria, de ahí que no necesariamente deberemos estar siempre en el terreno de la distribución de dividendos o de la aportación de fondos. A *sensu contrario*, la regulación fiscal en caso de relaciones socio-sociedad es mucho más estricta y deja poco margen a la imaginación del contribuyente. Es por ello que me ceñiré principalmente a las estipulaciones de la normativa fiscal, sin olvidar por supuesto, la dualidad normativa contable y fiscal que ya ha sido analizada. No obstante lo dicho, la resolución de determinadas cuestiones, como por ejemplo el impacto que el ajuste secundario supone para los otros socios que no han participado en la transacción vinculada, requiere un análisis comparativo de los efectos distintos que se producen cuando la operación secundaria se ha registrado contablemente y cuando la misma se ha aplicado solamente vía extracontable.

2.- Transferencia de renta de la sociedad a favor del socio

Como es bien sabido el artículo 16.8 del TRLIS y con más detalle el artículo 21 bis del RIS, determina que la diferencia de precio entre el valor de mercado y el convenido que favorezca al socio, se considerará para la sociedad que transfiera las rentas como retribución de fondos propios, y para el socio como dividendos, o dicho de otro modo, como participación en beneficios de la entidad. Ahora bien, esta calificación de dividendos únicamente afectará a la parte de renta que se corresponda con el porcentaje de participación, pues el resto, esto es, el exceso, tendrá la consideración para el socio de “utilidad percibida de una entidad por la condición de socio, accionista, asociado o partícipe, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.1.d) de la LIRPF”.

A mi juicio, creo que puede afirmarse la existencia de una cierta vuelta al enfoque antielusivo a través del ajuste secundario; lo cual no deja de ser curioso dado el giro genérico de la norma de operaciones vinculadas, cuya aplicación ya no depende en exclusiva de la Administración Tributaria y opera con independencia de la existencia de perjuicio para las arcas estatales²⁵². Sin

²⁵² En este mismo sentido se pronuncian los profesores CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ con una expresión muy gráfica señalando que “con el ajuste secundario del art. 16.8 del TRLIS entra por la ventana lo que se pretendió expulsar por la puerta, esto es, podría recobrar la norma en materia de operaciones vinculadas unos ciertos tintes antielusivos que, en buena

embargo, de una lectura más profunda y a pesar de considerarme detractora de la actual redacción del artículo 16.8 del TRLIS, considero que podría entenderse la visión transversal del legislador cuyo denominador común para el artículo 16 del TRLIS, tanto para la regla de valoración como para la regla de calificación, es la objetividad. En otras palabras, poco importa el componente subjetivo de las partes intervinientes, ni tan siquiera el efecto recaudatorio que ha supuesto una operación vinculada, si el precio convenido difiere del valor de mercado habrá ajuste primario, bilateral y secundario²⁵³.

Es el turno ahora de analizar con detalle los efectos que la aplicación del ajuste secundario puede provocar no solamente en las partes intervinientes en la operación sino también a los otros socios.

2.1.- Fundamento económico-jurídico de la normativa fiscal en cuanto a la calificación de rentas con especial atención al porcentaje de participación

No diré nada novedoso si recuerdo las múltiples críticas²⁵⁴ que ha sufrido el artículo 16.8 del TRLIS desde su aprobación, y todavía con más intensidad, su desarrollo reglamentario; ya no sólo por una posible extralimitación normativa, algo que atañe estrictamente al uso (o al mal uso) del rango de normas, sino además al contenido de dicha regulación. Es curioso ver que el legislador español ha diferenciado el tratamiento de las rentas en función del porcentaje de participación, cuando nuestro Derecho comparado no lo ha hecho²⁵⁵. ¿Cuál ha sido la base para esta novedad legislativa? ¿Qué ha pretendido el legislador

lógica, debieran haberse olvidado o dejado atrás en la actual configuración del art. 16 TRLIS, más cercana a un modelo de racionalidad objetiva que subjetiva. *Los precios de transferencia en la encrucijada del siglo XXI*, 2012, p. 43.

²⁵³ Sin perjuicio de las dificultades inherentes a una operación transfronteriza.

²⁵⁴ Inclusive el profesor FALCÓN y TELLA, quien fue uno de los primeros en escribir desde el cambio normativo y mereciéndole la introducción del ajuste secundario en nuestra normativa, en sus propias palabras, “un juicio positivo”, ya apuntó que consideraba innecesaria la limitación de la calificación de rentas, en cuanto sólo hasta el límite del porcentaje de participación la renta es calificada como dividendo o aportación. Piénsese que dicho artículo fue redactado antes de la entrada en vigor del nuevo artículo 21bis del RIS. “El nuevo tratamiento de las operaciones vinculadas en el IS y en el IVA”, *Quincena Fiscal*, núm. 22, 2006, p. 6.

²⁵⁵ CAAMAÑO ANIDO (“Comentarios al nuevo régimen de documentación de las operaciones vinculadas”, 2009, p. 63) fue uno de los primeros que alertó que esta “solución disparatada” carecía de precedentes en el Derecho comparado ni en las Directrices de la OCDE.

español aún a sabiendas que no goza del respaldo ni tan siquiera las Directrices de la OCDE? De hecho, aquellas soberanías fiscales que han optado por la regulación del ajuste secundario, tales como, entre otras, Estados Unidos, Francia, Canadá, Alemania, etc., entienden que toda la renta ocasionada por la diferencia entre el precio convenido y el valor de mercado debe ser considerada dividendo²⁵⁶. En el mismo sentido que las legislaciones expuestas se muestra CALVO VÉRGEZ quien entiende que “el socio no tiene ninguna relación en realidad con el porcentaje de participación, debiendo concebirse independientemente de este último. Porque cuando un accionista recibe un determinado importe de su filial por su condición de accionista lo recibe en concepto de dividendo y por la totalidad de la renta obtenida”²⁵⁷.

Coincido plenamente con el razonamiento del citado autor, pues y fin y al cabo el único beneficiario del exceso de fondos es el socio que ha tomado parte directa en la operación vinculada, y por ende todo este exceso debería ser considerado como dividendo. ¿Qué necesidad hay que manipular la realidad hasta tal punto de considerar que el exceso que ha recibido el socio sólo lo es en parte y el resto tiene otra explicación adicional a la distribución de beneficios? ¿Por qué no puede ser considerado todo el excedente como dividendo? La realidad es única e irrefutable: un socio ha recibido un excedente de su filial y lo ha hecho drenando los fondos propios de la participada, de ahí la recepción de dividendos presuntos respecto todo el exceso. También los autores LÓPEZ-HERMOSO AGIUS²⁵⁸, SUÁREZ MOSQUERA²⁵⁹ y FUSTER GÓMEZ²⁶⁰ en sus

²⁵⁶ Téngase en cuenta que precisamente en algunas de estas legislaciones extranjeras existen otras soluciones que van más allá del propio ajuste secundario, tales como una repatriación de beneficios, pero ello se objeto de estudio en otro capítulo.

²⁵⁷ CALVO VÉRGEZ, “La práctica del ajuste secundario en el marco de las operaciones vinculadas”, 2010, p. 48.

²⁵⁸ LÓPEZ-HERMOSO AGIUS, (“El ajuste secundario”, 2010, pp. 729-730) ha sido contundente al afirmar que “no se debería haber entrado en una cadena de ficciones sucesivas y en consecuencia se tendría que haber considerado, tal y como sucede en la realidad, que, si por la condición de socio se percibe una determinada cantidad de la sociedad en la que se participa, es decir, un dividendo, éste debería serlo en su totalidad, ya que dicho socio sería el único beneficiado, con independencia del resto de los socios, que puedan participar en la sociedad”. Sigue al autor señalando que además esta calificación de la renta como “utilidad” vulnera el espíritu del Informe de la OCDE de 1995.

²⁵⁹ SUÁREZ MOSQUERA (“La calificación jurídica de las operaciones vinculadas en la imposición directa, según la modificación realizada por la Ley 36/2006, de prevención del fraude fiscal”, 2007, p.19) directamente cree que debe tratarse de un error.

respectivas obras y artículos, conciben esta fragmentación de la renta recibida por el socio como “otra ficción más” que debería ser sustituida por el sentido común, esto es, considerar todo el exceso como dividendos prescindiendo del porcentaje de participación.

Parece éste un argumento irrefutable, aunque ello no desvirtúa la incongruencia mercantil que supone la distribución de beneficios a un solo accionista, lo cual contraviene directamente las disposiciones en Derecho Mercantil, pues por todos es sabido que el reparto de beneficios debe ser proporcional al porcentaje de participación (artículo 275 de la LSC), así como el deber de obediencia al cumplimiento de un cauce legalmente previsto que empieza por el acuerdo de la Junta de Accionistas y finaliza con el cumplimiento de una serie de requisitos de fondo igualmente relevantes, tales como no incurrir en situación de desequilibrio patrimonial, destino de los beneficios si existen pérdidas de ejercicios anteriores, atención a la reserva legal, etc. (artículo 273 de la LSC).

En el último apartado del anterior capítulo ya se ha expuesto la manifiesta incongruencia mercantil que supone la distribución de beneficios a un único socio, y ello por supuesto no queda salvado por el simple hecho de atribuir la condición de dividendo únicamente al exceso de renta que se corresponde al porcentaje de participación, pues en cualquier caso, los otros accionistas no han percibido beneficio alguno. Ahora bien, a pesar de ser ésta una realidad que sorprendentemente parece que el legislador fiscal ha pasado por alto, es la regulación tributaria actualmente vigente y por tanto, es menester seguir con el análisis.

Ante una operación vinculada entre un socio y su sociedad en virtud de la cual el socio a través de una transacción (entrega de bienes o prestación de servicios) está percibiendo más o entregando menos de lo que el mercado establece, equivale a una acción de “drenaje de fondos” de la sociedad, o lo que es lo mismo, se están retirando fondos de la sociedad únicamente a su favor. Esto es lo que el legislador ha considerado pero ha ido más allá, puesto que esta

²⁶⁰ FUSTER GÓMEZ (“¿Es constitucional el ajuste secundario del artículo 21 bis del RIS? Recordando la STC 194/2000”, 2009, pp. 75-76) no concibe la calificación simultánea de dividendos y utilidades.

“disminución de fondos” puede justificarse hasta donde alcance el porcentaje de participación de este socio, pero ¿y respecto el resto? Muy elocuentes me han parecido las reflexiones de LÓPEZ ALBERTS, en cuanto la no existencia de una parte de este “sobreprecio” que es normal y otra que no lo es. Reconoce el autor que “la anomalía está en la situación en su conjunto: el socio que percibe sobreprecios es el único que está recibiendo cantidades procedentes de la sociedad, que no están respaldadas ni por la transacción realizada, ni en una decisión social de retribuir a los socios en proporción a su participación”²⁶¹.

Parece pues que el fundamento técnico respecto la sociedad participada es claro y contundente; ha habido un trasvase de fondos de la filial a su socio, ya sea en forma de dividendo o en forma de utilidades y por ende cualquier gasto en este sentido es fiscalmente no deducible al tratarse de una retribución de fondos propios. En caso de prescindir de la NRV 21^a del PGC esta condición de “gasto no deducible” ya se consigue mediante el ajuste positivo de valoración que aumenta la base imponible de la sociedad participada. Pero el debate no reside en la sociedad filial sino en la doble calificación de rentas que recibe el socio en función de su porcentaje de participación.

Así pues, antes de entrar directamente en el estudio de los efectos directos e indirectos que puede producir el ajuste secundario, creo que es imprescindible preguntarse a dónde quería llegar el legislador con este matiz reglamentario que tantas líneas de tinta ha provocado, siendo en su gran mayoría, contrarias a la regulación actual. La crítica unánime de la fragmentación de la renta recibida por el socio tiene su base en el veto directo que supone la no aplicación de ningún mecanismo que permita eliminar o al menos aliviar, la doble imposición que supone la obtención de una renta derivada de la participación en fondos propios.

De ahí que la pregunta todavía no haya quedado resuelta, ¿por qué el legislador ha dividido la renta percibida por el socio? A mi modo de ver, el autor que más claramente ha procurado explicar el sentido de esta doble calificación de renta

²⁶¹ LÓPEZ ALBERTS, “El ajuste secundario y la contabilización de las operaciones vinculadas”, 2009, p. 162. También CALVO VÉRGEZ, entre otros, entiende que “no resulta congruente la doble calificación de la renta efectuada por el legislador y la interpretación realizada por la normativa sobre el porcentaje que no se corresponde con la participación”, *Operaciones Vinculadas y Subcapitalización*, 2011, p. 223.

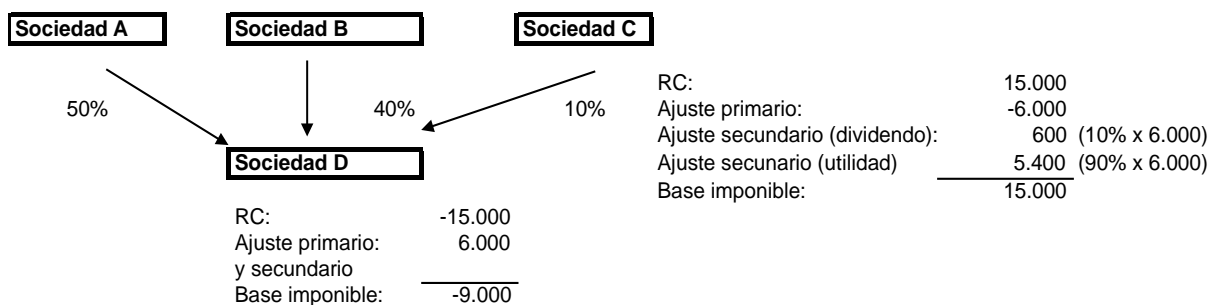
ha sido el inspector VADILLO CASERO²⁶². Precisamente, y a pesar que no pueda parecerlo, el legislador ha tenido en cuenta el efecto que una operación de “disminución de fondos” produce sobre los otros socios. En realidad, el hecho que un socio perciba beneficios por encima de su porcentaje de participación únicamente puede responder a un hecho: los otros socios también han percibido este beneficio en proporción a su participación y posteriormente han efectuado una donación a favor del socio interviniente en la operación vinculada; o lo que es lo mismo, la renta calificada como “utilidad percibida por la condición de socio” no deja de ser una “adquisición lucrativa”, ajena a la *causa societatis*. En este sentido, VADILLO CASERO considera que con esta doble calificación el legislador se ahorra el “rodeo” de inmiscuir a los otros socios, consiguiendo un efecto similar si califica doble y directamente al socio finalmente favorecido.

Creo conveniente partir de un ejemplo para poder afirmar que lo expuesto en el párrafo anterior es cierto, pues de alguna manera debe procurarse entenderse esta doble calificación de renta impuesta por el legislador y que tanto debate ha suscitado, amén de la posible extralimitación reglamentaria que ya ha sido analizada en el anterior capítulo.

Imagínese una sociedad, llamémosle D, participada por tres socios, la sociedad A (al 50%), la sociedad B (al 40%) y la sociedad C (al 10%). La entidad C le presta un servicio de alquiler de una maquinaria industrial a la sociedad D por un precio convenido de 15.000 euros anuales, siendo el valor de mercado de 9.000 euros. Obsérvese que las dos partes implicadas en la operación vinculada no constituyen grupo mercantil y por tanto el registro contable de la transacción se ha efectuado por su valor de adquisición. Sin embargo sí se consideran partes vinculadas según el artículo 16.3.a) del TRLIS.

A continuación se adjunta un esquema de la operación:

²⁶² VADILLO CASERO, “El ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2008, p. 263 y ss.



Como puede observarse, el ajuste primario y bilateral implica la valoración de la transacción a precio de mercado, esto es, 9.000 euros. Aún así, la sociedad C sigue disponiendo de este exceso de fondos que tras el ajuste primario aflora como diferencia entre el patrimonio contable de la sociedad y su base imponible. Precisamente el ajuste secundario pretende dar cobertura a una explicación legal que concilie de nuevo resultado contable y fiscal. En el caso de la sociedad participada, el ajuste positivo en la base cumple el doble cometido de valoración y calificación, pues como se sabe, el artículo 14.1.a) del TRLIS considera gasto fiscalmente no deducible cualquier retribución a los fondos propios, ya sea en forma de dividendo o de “utilidades”.

A su vez, el socio receptor, efectuará un ajuste primario negativo (o ajuste bilateral) que siempre se verá compensado por un ajuste secundario positivo. Ahora bien, en ningún caso podrá predicarse que el efecto es neutro, salvo que el porcentaje de participación alcance el 100%. En este caso sí, y siempre que se cumplan los requisitos del artículo 30.2 del TRLIS, a saber, que la participación alcance el 5% y se mantenga o exista el compromiso de mantenimiento de la inversión como mínimo de un año, la deducción por doble imposición neutralizará por completo la renta correspondiente a los dividendos percibidos²⁶³. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, únicamente un 10% del ajuste secundario podrá gozar de esta deducción, siendo el resto inmune a la aplicación de ningún mecanismo para evitar o minimizar la doble imposición.

Obsérvese cuál sería la liquidación del Impuesto sobre Sociedades de la sociedad C:

²⁶³ Téngase en cuenta que en caso de socio persona física el único mecanismo que logra paliar en parte la doble imposición es la exención de los primeros 1.500 euros percibidos en forma de dividendos, contemplados en la letra y) del artículo 7 de la LIRPF.

RC:	15.000
Ajuste primario:	- 6.000
Dividendo (ajuste secundario):	600 (10% x 6.000)
Utilidades art. 25.1.d) LIRPF (ajuste secundario):	5.400 (90% x 6.000)
Base imponible:	15.000
Cuota íntegra (30%):	4.500
DDII (art. 30.2 TRLIS):	- 180 (30% x 600)
Cuota líquida:	4.320

Supóngase ahora que la sociedad C únicamente ha recibido un dividendo correspondiente al 10%, habiendo recibido las sociedades A y B sus respectivos dividendos correspondientes a su porcentaje de participación. Acto seguido a esta recepción, las entidades A y B donan este “dividendo” al otro socio, esto es, a la sociedad C, la cual procedería a la siguiente liquidación:

RC:	15.000
Ajuste primario:	- 6.000
Dividendo (ajuste secundario):	600 (10% x 6.000)
Renta por donación de A:	3.000 (50% x 6.000)
Renta por donación de B:	2.400 (40% x 6.000)
Base imponible:	15.000
Cuota íntegra (30%):	4.500
DDII (art. 30.2 TRLIS):	- 180 (30% x 600)
Cuota líquida:	4.320

Parece evidente que la sociedad C se ha enriquecido pero no sólo a costa de “empobrecer” a su filial sino también al resto de socios. Tal y como plantea la situación VADILLO CASERO los otros socios sufren un caída en su patrimonio dada la disminución de reservas que ha sufrido la sociedad participada como consecuencia de la distribución del dividendo; en otras palabras, ahora su participación vale menos gracias al trasvase patrimonial que ha favorecido al socio que ha intervenido directamente en la operación. Ciertamente ello es así y muy posiblemente el legislador cuando decidió delimitar las rentas percibidas por el socio partió de la premisa que la operación secundaria se registraría contablemente según el mandato directo de la NRV 21^a del PGC. En estos casos, y de haber registrado la operación por su valor razonable, también los

socios A y B deberían haber contabilizado la donación efectuada y posteriormente realizar un ajuste extracontable. Ahora bien, ¿qué sucede en casos como el que se acaba de plantear en el que no hay aplicación de la NRV 21ª por no existir grupo mercantil? ¿O qué, siendo grupo según la Norma 13ª de Elaboración de las Cuentas Anuales del PGC, el sujeto pasivo haya optado por considerar que el valor razonable es precisamente el valor convenido? ¿Podrá seguir manteniéndose el mismo argumento basado en la donación de los otros socios al socio favorecido por la operación vinculada? Indudablemente en estos supuestos el cumplimiento del artículo 16.8 del TRLIS únicamente puede recaer en los ajustes extracontables, cuyo efecto *directo*²⁶⁴, atañe en exclusiva a las partes intervinientes en la operación, pues los “otros accionistas” no tiene la obligación fiscal de recalificar una renta respecto una transacción en la que no han intervenido. En otras palabras, la aplicación del ajuste secundario según el literal del artículo 16.8 del TRLIS y su desarrollo reglamentario, únicamente emplaza al socio y a la sociedad que han llevado a cabo la operación para que realicen los ajustes extracontables que reflejen una distribución de beneficio, pero en modo alguno la obligación de realizar ajustes extracontables se hace extensible al resto de socios, y mucho menos nada dice acerca de una posible donación que los otros socios realizan a favor del socio favorecido tras la transacción vinculada.

No obstante lo expuesto hasta ahora y el “cuadre” numérico del ejemplo propuesto, ¿podría este fundamento técnico ser predicable en el caso de socio persona física? Lamentablemente no, lo cual añade, si cabe, otro argumento más para descartar la actual redacción del artículo 16.8 del TRLIS. En cuanto a la tributación del socio persona jurídica, se ha visto que es equivalente la recepción de una renta en concepto de “utilidad” que el ingreso por donación efectuada por otros socios, pues en cualquier caso ambas rentas suponen un aumento de la base imponible del socio sin posibilidad de aliviar la doble imposición con ningún mecanismo previsto por la normativa. Sin embargo, un socio persona física sí distingue la tributación por la recepción de una renta en concepto de utilidad por su condición de socio *versus* una renta percibida como donación; de hecho, la diferencia de la naturaleza de rentas supone tributar por

²⁶⁴ En este sentido, cabe señalar que durante el desarrollo del presente capítulo se analizarán las diferencias concretas entre el registro contable de la operación secundaria y el cumplimiento estrictamente fiscal del artículo 16.8 del TRLIS, estudiándose todos los efectos, que aunque indirectos, pueden afectar a los otros socios.

dos impuestos diferentes, dado que, mientras la “utilidad” es integrada en la base imponible del ahorro como rendimiento del capital mobiliario, el donatario tributa por ISD, cuyo tipo impositivo difiere sustancialmente del previsto en la Ley del IRPF.

En este sentido creo importante hacer hincapié a mi más absoluto desacuerdo en que los terceros accionistas no intervinientes en la operación puedan verse afectados por la misma. Siendo ello así, me parece inconcebible que se obligue a los otros socios a efectuar una donación a favor del socio que sí ha participado directamente en la operación y que es el único que debe “sufrir” las consecuencias de no haber respetado el principio de “*arm’s length*”²⁶⁵; ¿Dónde está el *animus donandi* del resto de los socios? En un ejercicio de coherencia, si realmente la fragmentación de la renta percibida por el socio responde precisamente a donaciones realizadas por los otros socios, dicha fragmentación carece de sentido, debiendo considerarse toda la renta ocasionada por el diferencial de precios como participación en beneficios a nivel fiscal. Es decir, sin involucrar a terceros accionistas y muchos menos registrar contablemente una disminución de reservas en la filial ni una donación en los otros socios. Al fin y al cabo el socio involucrado en la transacción ha sido, junto con la sociedad, el único responsable de la fijación del precio, y por tanto todo el exceso debería ser considerado como reparto de beneficios a su favor. Otra cosa bien distinta es si este reparto ajeno al principio mercantil de proporcionalidad debería tener cabida en nuestro ordenamiento; o bien, si las rentas percibidas como “utilidades” deberían gozar del derecho a la doble imposición; pero estas son ya otras cuestiones.

A modo de conclusión, cabe señalar que si el legislador ha optado por una fórmula mixta de rentas, es decir, dividendos y utilidades percibidas por la condición de socio, y lo ha hecho teniendo en cuenta el efecto contable que produce el registro de tales operaciones, lo comprendo pero no lo comparto en absoluto. Ahora bien, si además tenemos en cuenta que existen multitud de operaciones en las que la NRV 21ª del PGC no es aplicable, todavía tiene menos sentido esta fragmentación, pues en ningún caso la normativa fiscal obligará a

²⁶⁵ Como se verá más adelante, se anticipa que la OCDE se pronuncia en sus *guidelines*, versión 2010 (párrafo 4.70) en este mismo sentido, entendiendo que los accionistas minoritarios no deberían beneficiarse de un dividendo presunto. En realidad, con la legislación española vigente, no se benefician de ningún dividendo presunto (incumpliendo así las normas mercantiles de proporcionalidad) pero sí que pueden ver afectado el valor contable y/o fiscal de su participación.

los otros socios a efectuar ningún ajuste extracontable. Si ello es así, ¿qué sentido tiene obligar al socio a que tribute como si extracontablemente hubiese recibido unas donaciones de los otros socios cuando a estos terceros accionistas la norma no les obliga a registrar extracontablemente ninguna liberalidad? De hecho el legislador hábilmente ya se ha ahorrado este paso intermedio, pues a sabiendas que sería complicado, sustituye directamente el efecto de una “adquisición lucrativa” por el de una “utilidad”, dada la condición de ambas rentas como no aptas para la aplicación de ningún mecanismo que elimine total o parcialmente la doble imposición. Sin embargo, parece que ha obviado el efecto distinto que tales rentas pueden generar en sede del socio persona física.

En este sentido señalar que el ICAC, en la consulta núm. 6 del BOICAC 79 de septiembre de 2009²⁶⁶, ya se ha pronunciado respecto la calificación contable que merece la diferencia de importe entre el valor razonable y el valor de mercado cuando no se corresponde con el porcentaje de participación. En concreto, señala que debe registrarse como un gasto (no deducible) para la sociedad donante y un ingreso para la sociedad receptora, cuyo efecto tributario es el mismo que la calificación fiscal como “utilidad”, pues en todo caso se trata de ingresos que aumentan la base imponible sin posibilidad de aplicación de ninguna deducción.

Así pues, si bien es cierto que entiendo el razonamiento que ha llevado al legislador a diferenciar las rentas percibidas por el socio, no es menos cierto que no comparto su visión, lo que me hace ser tremendamente crítica con esta dualidad ya no solo de normativa (contable y fiscal) sino también de rentas a favor del socio (dividendo y utilidad).

2.2.- Efectos para el socio

Una vez analizado el fundamento técnico de la doble calificación de rentas en

²⁶⁶ La consulta núm. 6 del BOICAC 79 de septiembre 2009 resuelve dudas acerca de la contabilización de un préstamo a tipo de interés distinto del de mercado). En el caso que nos ocupa, concluye que *“en el supuesto de que existiendo otros socios de las sociedades dependientes, la distribución se realice en una proporción superior a la que le correspondería a la sociedad dominante por su participación efectiva, el exceso sobre dicha participación se contabilizará de acuerdo con los criterios generales. Es decir, un gasto para la sociedad donante y un ingreso para la donataria”*.

aquellos casos en los que el exceso de tesorería favorece al socio, es el turno ahora de estudiar con profundidad cuáles son los efectos concretos que esta calificación produce en el socio, ya sea persona física o jurídica, residente o no residente.

2.2.1.- Calificación de renta como participación en beneficios y su relación con la eliminación de la doble imposición. Especial atención en cuanto a los efectos en el socio persona física y persona jurídica

Sin pretensión de reiterar lo que es una obviedad, la transcendencia práctica de la doble calificación de rentas estriba, como ya se ha señalado, en que sólo la renta considerada como participación en beneficios puede gozar de la aplicación de mecanismos para evitar la doble imposición mientras que la renta calificada como “utilidad percibida de una entidad por la condición de socio, accionista, asociado o partícipe, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.1.d) de la LIRPF” en modo alguno puede paliar una doble imposición que sí existe y que el legislador se empeña en no reconocer.

En efecto, el artículo 30.1 y 30.2 del TRLIS permite la aplicación de la deducción para evitar la doble imposición, ya sea en un 50% o en un 100%, respecto los *dividendos* o *participaciones en beneficios* procedentes de entidades residentes²⁶⁷. No es una casualidad que tanto el artículo 16.8 del TRLIS como el artículo 21 bis del RIS se refieran a *participaciones en beneficios* respecto aquella renta puesta de manifiesto como consecuencia del diferencial de valores entre el precio convenido y el valor de mercado. La cuestión pues reside en determinar qué debe entenderse por “participación en beneficios”. La interpretación de la DGT se muestra estricta en este sentido, hasta el punto de no considerar apta para la aplicación del artículo 30 del TRLIS la renta derivada de la prima de asistencia a juntas por no derivar ésta de un acuerdo de aplicación de resultados adoptado por la Junta General de Accionistas, como sí sucede con los dividendos²⁶⁸. Si este es el argumento, ¿por qué sí se considera apta para la aplicación de la deducción para evitar la doble imposición aquella renta calificada como “participación en beneficios” respecto la parte del

²⁶⁷ Téngase en cuenta que más adelante se analizará la eliminación de la doble imposición cuando la sociedad participada sea no residente.

²⁶⁸ *Vid.* Consulta vinculante V2254-05 y el Informa núm. 128462.

diferencial de precio correspondiente al porcentaje de participación? Obsérvese que en este caso, y a pesar de su calificación, en modo alguno ha existido un acuerdo de la Junta General de Accionistas, sino más bien una imposición legal de percibir dividendos únicamente sobre un solo socio.

De hecho, y haciendo honor a la verdad, el artículo 16.8 del TRLIS nada menciona acerca de la posible aplicación o no del artículo 30 del TRLIS en relación a la renta calificada como dividendos pero no hay un solo autor que haya estudiado y escrito sobre este asunto que no entienda absolutamente factible y viable la aplicación de la deducción para evitar la doble imposición, opinión a la cual me sumo convencida, pues la calificación de una renta debe llevar aparejada todas sus consecuencias²⁶⁹. Sin embargo, no está de más poner de manifiesto la incongruencia de la que hace gala una vez más el legislador, así como la DGT.

A mayor abundamiento, también se detecta una discordancia entre las rentas que son merecedoras de la aplicación de un mecanismo para evitar la doble imposición entre las personas jurídicas respecto aquellas que son percibidas por personas físicas. En concreto, el artículo 7y) de la LIRPF especifica qué rentas pueden gozar de la exención de los 1.500 euros, entre los que se encuentran, a parte de los dividendos, las primas de asistencia a juntas.

Sea como fuere, y a pesar de estas disquisiciones teóricas, lo cierto es que cuando es el socio el que percibe el excedente de tesorería, sobre la parte de esa renta calificada como participación en fondos propios podrá aplicar el artículo 30 del TRLIS en caso de tratarse de una persona jurídica y la exención del artículo 7y) de la LIRPF en caso de ser persona física.

Siendo ello así no es difícil llegar a la siguiente conclusión: cuando la participación del socio persona jurídica alcance el 100% sobre su filial, y por tanto todo el diferencial sea calificado como dividendo, el ajuste secundario se verá completamente neutralizado por la deducción para evitar la doble

²⁶⁹ En este mismo sentido se pronuncia el profesor CENCERRADO MILLÁN (“Ajuste secundario”, en AA. VV. de *Casos prácticos de operaciones vinculadas a la empresa familiar (precios de transferencia)*, 2010, p. 564), quien entiende que “la recalificación de rentas que se deriva del ajuste secundario debe entenderse efectuada a todos los efectos, y no únicamente para la inclusión de determinadas rentas en la base imponible del IS.”

imposición, siempre y cuando pueda aplicarse la deducción del artículo 30.2 del TRLIS²⁷⁰. En cambio, esta tan preciada “neutralidad” no podrá ser predicada respecto el socio persona física dado que la exención prevista únicamente alcanza el importe de 1.500 euros, y sólo en el caso que el diferencial no superase dicha cuantía, el efecto sería neutro.

Pese a lo expuesto en el párrafo anterior, no puede afirmarse que en el caso de socio persona jurídica y aún ostentando la totalidad de la inversión sobre su filial, el efecto del ajuste secundario será siempre neutro, y por ende con el ajuste primario y bilateral hubiese sido suficiente. Ello no será así principalmente debido a dos causas. La primera vendría ocasionada por las bases imponibles negativas pendientes de compensación que puede tener la sociedad receptora del exceso de tesorería, o inclusive deducciones pendientes de aplicación. Obsérvese como el ajuste secundario (positivo) neutraliza el ajuste bilateral (negativo), lo cual supone dejar la base imponible con el resultado acordado por las partes, hecho éste que podría propiciar el interés en compensar bases imponibles negativas cuya prescripción esté a punto de agotarse. En cambio, si únicamente se llevara a cabo el ajuste bilateral, el resultado de la base imponible sí se ve efectivamente disminuido, y por ende, con menor capacidad de absorción de pérdidas de ejercicios anteriores²⁷¹. La

²⁷⁰ Téngase en cuenta que el porcentaje de participación exigido para poder aplicar un 100% de deducción es a partir del 5%, porcentaje éste también que determina la vinculación entre un socio y una sociedad (no cotizada, siendo el 1% para las sociedades cotizadas).

²⁷¹ Ejemplo: La sociedad A ostenta el 100% de la sociedad B, ambas residentes en territorio español. La sociedad A presta un servicio de alquiler de inmueble a la sociedad B por importe de 10.000 euros, siendo el valor de mercado de dicha operación de 5.000 euros. Por supuesto, en el caso de no existir pérdidas o deducciones pendientes de aplicación de ejercicios anteriores, el resultado de la cuota a ingresar sería exactamente el mismo. A continuación se muestra una comparativa de cálculos:

AJUSTE PRIMARIO, BILATERAL y SECUNDARIO

<div style="border: 1px solid black; padding: 2px; display: inline-block;">Sociedad A</div> <div style="text-align: center;">↓ 100%</div>	RC:	10.000
	Ajuste bilateral:	-5.000
	Ajuste secundario:	5.000
	Base imponible:	10.000
	CI (30%)	3.000
	DDII (art. 30.2 TRLIS)	-1.500
	CIA:	1.500
↓		
<div style="border: 1px solid black; padding: 2px; display: inline-block;">Sociedad B</div>	RC:	-10.000
	Ajuste primario y secundario:	5.000
	Base imponible:	-5.000

AJUSTE PRIMARIO y BILATERAL

<div style="border: 1px solid black; padding: 2px; display: inline-block;">Sociedad A</div> <div style="text-align: center;">↓ 100%</div>	RC:	10.000
	Ajuste bilateral:	-5.000
	Base imponible:	5.000
	CI (30%)	1.500
↓		
<div style="border: 1px solid black; padding: 2px; display: inline-block;">Sociedad B</div>	RC:	-10.000
	Ajuste primario y secundario:	5.000
	Base imponible:	-5.000

Como puede observarse el resultado a ingresar en la sociedad A es exactamente el mismo. Ahora bien, imagínese ahora que la sociedad A tiene unas bases imponibles pendientes de compensar cuyo último período vivo antes de su prescripción es justamente el año en que se realizan los ajustes por una operación vinculada. Con ánimo de ilustrar mejor lo que se quiere decir, supóngase que las bases imponibles pendientes de compensar alcanzan justamente los 10.000 euros. En este caso, la sociedad A, gracias a la operación vinculada y al juego de los ajustes, no únicamente tendría una base imponible de cero, sino que además generaría una deducción para evitar la doble imposición interna pendientes de compensar. Se adjunta el cálculo:

segunda causa ha sido muy bien ejemplificada por CENCERRADO MILLÁN²⁷², quien señala que no es cierto que la práctica de dos ajustes de signo contrario es equivalente a no practicar ningún ajuste cuando entra en juego el artículo 18 del TRLIS. En este sentido es innegable que deben diferenciarse las transacciones de adquisición de bienes de inversión de aquellas operaciones de registro inmediato del gasto e ingreso, como son las prestaciones de servicios.

Así, ante la adquisición por parte del socio persona jurídica de un bien de inversión por un valor inferior al de mercado, a efectos fiscales su valor será mayor y por ende, su gasto fiscal por amortización también, lo que supondrá la realización de ajustes negativos durante la vida útil de bien. Sin embargo, el ajuste secundario relativo a calificación de la renta como dividendo se efectuará el mismo ejercicio en que se ha realizado la transacción, pues es en este ejercicio en el que, en palabras del citado autor “se produce la transferencia de renta”. Como puede apreciarse, aunque la suma global de los ajustes que realizará el socio será igual a cero, el hecho que afecte a distintos ejercicios

AJUSTE PRIMARIO, BILATERAL y SECUNDARIO (con BINS)

Sociedad A	RC:	10.000	
	Ajuste bilateral:	-5.000	
	Ajuste secundario:	5.000	
	Base imponible previa	10.000	
	BINS:	-10.000	
	Base imponible:	0	
	CI (30%)	0	
	DDII (art. 30.2 TRLIS)	-1.500	Pendiente de compensar (art. 30.6 TRLIS)
	CIA:	0	
100%	↓		
Sociedad B	RC:	-10.000	
	Ajuste primario y secundario:	5.000	
	Base imponible:	-5.000	

En este caso, se generaría una deducción pendiente de aplicación, aunque se habrían compensado unas BINS por 10.000 euros, y no por 5.000 euros, que sería el importe de BINS que se habría compensado en caso de no haber aplicado el ajuste secundario. Así, puede concluirse que casos como el expuesto son los que precisamente impiden que pueda afirmarse que aún siendo posible la aplicación del artículo 30.2 del TRLIS sobre la totalidad del diferencial de precios, el efecto entre aplicar el ajuste bilateral y secundario es exactamente el mismo que si sólo se aplicara el ajuste bilateral.

²⁷² CENCERRADO MILLÁN, “Los efectos de ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2007, p. 61, nota 17.

impositivos supone un efecto financiero que en modo alguno será neutro.

En otro orden de cosas y antes de entrar en el terreno del socio persona física, particularmente interesante me ha parecido la reflexión de LÓPEZ ALBERTS²⁷³ respecto la posibilidad de tener en cuenta el artículo 30.4.e) del TRLIS como freno a la aplicación de la deducción para evitar la doble imposición. Coincido plenamente con el autor cuando no se muestra partidario de la aplicación del citado artículo. Como se sabe, la letra e) del artículo 30.4 del TRLIS no permite la aplicación de la deducción cuando *“la distribución del dividendo o la participación en beneficios no determina la integración de renta en la base imponible”*. Ante una lectura purista y literal de la norma, podría entenderse que puesto que el ajuste secundario (ajuste extracontable positivo) neutraliza por completo el ajuste primario negativo o bilateral (ajuste extracontable negativo) en realidad no ha existido una verdadera integración de renta en la base imponible. Admitir esta interpretación como buena sería tanto como anular la esencia de los ajustes primario y secundario, lo que puede suscitar varias cuestiones, tales como, ¿Qué sucedería en los casos en los que el efecto global es cero pero en distintos ejercicios impositivos? ¿Consideramos que el factor que prima es lo que sucede en el ejercicio de la transacción o por el contrario se toma en consideración los ajustes negativos que en virtud del artículo 18 del TRLIS el socio irá practicando a lo largo de la vida útil del bien o en el momento de su transmisión?

Otra cuestión que podría salir a relucir, ¿qué sucedería en aquellos supuestos en los que la participación no alcanzase el 100% y una parte de la renta sea calificada como “utilidad”? En un escenario como el que se plantea, el efecto neutro de los ajustes seguiría existiendo pero una parte del ingreso no se debería a una renta propiamente calificada como participación en fondos propios sino como “utilidad”. ¿Podría decirse entonces que la aplicación del artículo 30.4.e) del TRLIS únicamente sería aplicable si la participación sobre la filial fuera del 100%? En opinión de quien escribe estas líneas, no le veo sentido alguno en considerar esta posibilidad.

²⁷³ LÓPEZ ALBERTS, H., “El ajuste secundario y la contabilización de las operaciones vinculadas”, 2009, pp. 168-169.

Por último señalar que cuando el socio es persona física, el hecho que el IRPF divida las bases imponibles según distintos tipos impositivos, hace que sea, si cabe, todavía más complicado procurar un efecto neutro respecto el ajuste secundario, amén del saber que la doble imposición únicamente se elimina hasta 1.500 euros. Piénsese que el ajuste secundario, ya sea como dividendo o como “utilidad por la condición de socio” siempre será un rendimiento del capital mobiliario que tributará según la escala de la base del ahorro (actualmente de 21% hasta el 27%). En cambio, el ajuste primario puede afectar a la base general o a la base del ahorro o inclusive, puede que la bilateralidad del ajuste ni tan siquiera afecte a su base imponible tributable. Me explico. Un socio persona física puede desarrollar una actividad económica y facturar directamente a la sociedad por un servicio registrando un ingreso superior al que correspondería si la operación se hubiese valorado a mercado. En este caso, el ajuste bilateral afectaría a la base imponible general reduciendo el rendimiento neto de actividades económicas. A su vez, habría un aumento de tributación en cuanto el rendimiento de capital mobiliario que, y aún sabiendo la falta de mecanismos previstos en sede de persona física para eliminar la doble imposición (más allá de una exención de 1.500 euros) podría llegar a suponer un ahorro final en la tributación del socio debido al diferencial de tipos que gravan las distintas bases imponibles.

Ahora bien, imagínese que el socio persona física, que no realiza ninguna actividad empresarial más allá de la mera tenencia de determinadas inversiones, ha adquirido un bien de la sociedad a un precio inferior al de mercado. En este caso, el ajuste bilateral no tendría un efecto directo en la tributación del socio pero sí que vería aumentada su tributación respecto el rendimiento de capital mobiliario por la renta imputada en concepto de dividendos presuntos. En este supuesto, y teniendo en cuenta que la sociedad participada sí habría efectuado un ajuste positivo, cabría concluir que la renta final de la operación sí se vería claramente aumentada debido al efecto del ajuste secundario.

2.2.2.- ¿Existe doble imposición en el caso de la renta calificada como “utilidad percibida de la entidad por la condición de socio”?

Una vez analizada la renta calificada como “participación en beneficios”, es el turno ahora de ahondar en aquella parte de la renta que excede del porcentaje de participación y que merece la calificación de “utilidad, procedente de una entidad por la condición de socio, accionista, asociado o participe según el artículo 25.1.d) de la LIRPF”.

El artículo 25.1.d) de la LIRPF se configura, según la opinión predominante, como un “cajón de sastre”²⁷⁴ que pretende encuadrar en este apartado aquellas “ventajas patrimoniales” recibidas únicamente por la condición de socio. Afirma con acierto DE PABLO VARONA²⁷⁵ que en su mayor parte se trata de “todas aquellas ventajas atribuidas al socio prescindiendo del procedimiento establecido para la distribución de beneficios. Ello permite calificar como rentas del capital mobiliario a utilidades que, transferidas al margen de los mecanismos habituales de remuneración de la acción, encuentran sin embargo su causa en la condición de socio”. A título de ejemplo puede nombrarse el pago de gastos personales del socio (viajes, restaurantes, alquileres, condonación de deudas del socio con la sociedad, etc.), así como la utilización de elementos patrimoniales de la entidad (utilización de inmuebles o vehículos cuya titularidad pertenece a la sociedad, etc.).

En este sentido es importante señalar que, con anterioridad a la entrada en vigor del ajuste secundario, parte de la doctrina ya apuntaba que la concreción de negocios a un precio distinto del de mercado que produjera desequilibrios entre las prestaciones a favor del socio, ya debería ser considerada una

²⁷⁴ Se cita en este sentido a MARTÍN QUERALT, J., autor que señala que “estamos ante una *cláusula residual*, cuyo objetivo es el propio de este tipo de cláusulas: albergar la posibilidad de que cualquier retribución que derive de la condición de socio, accionista, asociado o participe, tribute como rendimiento del capital mobiliario, sea cual sea la fórmula jurídica a través de la cual se abone tal retribución”. *El Impuesto sobre la Renta de las Personas Fiscales, Curso de Derecho Tributario*, Ed. Marcial Pons, 15ª ed., 1999, p. 83.

²⁷⁵ DE PABLO VARONA, C., *La tributación del socio en el IRPF*, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., 2002, p. 172.

“utilidad percibida de la entidad por su condición de socio” ²⁷⁶ . En consecuencia, debe afirmarse que este tipo de rendimiento no va vinculado a la obtención de beneficios, pues puede no existir ganancia alguna y aún así satisfacer este tipo de gastos; lo cual indica que no se trata de una renta derivada de la participación en beneficios, como sí lo son los dividendos.

Una vez definido el concepto, debe reflexionarse acerca de si existe la posibilidad de considerar este tipo de rendimientos como susceptibles de generar doble imposición. En línea con la unanimidad de la doctrina²⁷⁷, la incorporación de esta cláusula residual supone que no puede aplicarse la deducción por doble imposición. De haberlo pretendido así el legislador habría considerado estas situaciones como otra modalidad de participaciones en los beneficios. De hecho, la intención del legislador no ha sido otra que la de dotar a la parte del diferencial que no se corresponde con el porcentaje de participación de una naturaleza distinta de la del dividendo, creando un nuevo hecho imponible. Así, posiblemente la pretensión del legislador no era otra que la de tratar esta renta, en palabras de CORDÓN EZQUERRO ²⁷⁸ como “adquisición lucrativa”, lo cual impide la eliminación de la doble imposición.

Sin embargo, y aún siendo consciente de la pretensión del legislador, ¿no es cierto que por la parte que se recalifica como “utilidades” también ha existido doble imposición? Desde estas líneas se muestra desconcierto respecto el hecho de asumir que estas rentas no sufren una doble imposición. Atinadamente

²⁷⁶ ROSEMBUJ ERUJIMOVICH, T. R., afirma que “las utilidades vinculadas a la condición de socio incluyen todas aquellas ventajas que suponen dividendos pero que ocurren bajo la forma de rendimientos aparentemente distintos –salarios, alquileres, préstamos, *adquisiciones de activo a precio inferior al de mercado*– que en la doctrina anglosajona se reconocen como *constructive dividends*. “La tributación de los rendimientos del capital mobiliario en España. Una reconstrucción crítica”. *Quincena Fiscal*, núm. 1/2000, p. 13. En el mismo sentido se ha pronunciado DE PABLO VARONA cuando menciona que también puede ser una utilidad “negocios de intercambio concertados en condiciones más ventajosas que las de mercado; esto es, contratos en los que se produzca un claro desequilibrio en las prestaciones de ambas partes en beneficio del socio. *La tributación del socio en el IRPF*, 2002, p.172.

²⁷⁷ Entre otros, el bufete de abogados Cuatrecasas, AA. VV., *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre las Personas Físicas*, Ed. Aranzadi, 2003, p. 660; SÁNCHEZ CUELLAR, M. y TALEGÓN VÁZQUEZ, J., “El desarrollo reglamentario del régimen fiscal de las operaciones vinculadas”, *Carta Tributaria* núm. 6, 2009, p. 21 y SENDÍN CIFUENTES, “Operaciones vinculadas: aplicabilidad del ajuste secundario en operaciones internas”, 2009, p. 118. También CORDÓN EZQUERRO, T., se manifiesta en este sentido, *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 312, 2009, p. 167.

²⁷⁸ CORDÓN EZQUERRO, “Valor de mercado y ajuste secundario en las operaciones vinculadas”, 2009, p. 167.

señalan los autores de la obra colectiva *Comentarios de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Persona Físicas* del bufete de abogados CUATRECASAS²⁷⁹, que este hecho puede originar un “perjuicio frente a otras categorías del mismo precepto y evidentes supuestos de doble imposición, en la medida en que el rendimiento haya sido considerado en origen como retribución a los fondos propios, no deducibles en el IS de la entidad que los satisface”.

Esta situación se agrava, si cabe, en el caso de operaciones vinculadas. A mi juicio, es un hecho que tanto la parte que se corresponde con el porcentaje como la que no se corresponde son integradas en la base imponible del socio, importe que coincide con el ajuste extracontable que efectúa la sociedad filial, luego existe doble imposición.

Bajo mi punto de vista y sin que probablemente ésta haya sido la intención original del legislador, podría considerarse que el artículo 21 bis del RIS como una norma susceptible de cometer una suerte de “injusticia tributaria”. Así, mientras el artículo 21 bis del RIS considera el diferencial entre el precio pactado y el valor de mercado (tanto la parte que se corresponde con el porcentaje como la que no se corresponde) para la entidad retribución de fondos propios (gasto fiscalmente no deducible), el socio sólo puede minimizar el impacto de la doble imposición respecto los dividendos. Ello conlleva a una situación un tanto sorprendente; existe doble imposición tanto respecto la renta calificada como dividendo como respecto la calificada como “utilidad” pero el socio sólo puede paliar esta doble imposición respecto la renta calificada como “participación en fondos propios”. Realmente asombra este comportamiento legislativo, teniendo en cuenta el cuidado que siempre ha procurado el legislador para evitar la doble imposición, más si cabe a sabiendas del expreso deseo de la OCDE de no dar cabida a situaciones generadoras de doble imposición en el régimen de operaciones vinculadas.

En este mismo sentido se han pronunciado CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, cuando señalan que “la aplicación de los métodos para evitar la doble imposición debe tener lugar en todo caso (tanto cuando el socio ostente la totalidad de la participación como en los restantes supuestos), salvo que se

²⁷⁹ CUATRECASAS, *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre las Personas Físicas*, 2003, p. 660.

acreditase por la Inspección una causa diferente a la *causa societatis* que permitiera alterar la calificación de la renta de forma que no constituyera una participación en los beneficios a los efectos del artículo 30 de la LIS”²⁸⁰.

Comparto la opinión de los citados autores aunque con un matiz respecto la salvedad relativa a la “*causa societatis*”. Estoy de acuerdo que en caso de no existir una verdadera *causa societatis* no deberíamos estar ante un reparto de dividendos pero no sólo respecto la parte que no se corresponde con el porcentaje de participación sino también en casos en los que se ostenta la totalidad de la participación. Así, y según mi opinión, si no existiese *causa societatis*, debería entenderse que la misma no existiría en el conjunto de la operación y no sólo respecto a una parte, lo cual podría conllevar a la consideración de adquisición lucrativa por la totalidad del diferencial entre el precio convenido y el valor de mercado, o de préstamo.

Una de las cuestiones que creo no debe pasarse por alto, y en coherencia con esta dualidad normativa respecto la que me muestro tan crítica, es precisamente qué ocurre con la renta que no se corresponde con el porcentaje de participación cuando la operación ha sido registrada siguiendo la NRV 21^a del PGC. Téngase presente que la división de rentas en atención al porcentaje de participación es una cuestión exclusivamente regulada a nivel tributario. Siendo así, ¿qué sucede a nivel contable? La ya comentada contaminación fiscal sobre la normativa contable hace que algunos autores cuando ejemplifican casos de operaciones vinculadas registren en la cuenta 760 “Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio” únicamente la renta correspondiente al porcentaje de participación. Este es el caso de BORRÁS AMBLAR y MARTÍNEZ ALONSO, quienes, conocedores que la normativa fiscal no admite deducción para evitar la doble imposición respecto la renta que excede del porcentaje de participación, registran esta parte de la renta como “ingresos excepcionales” en la cuenta 778, renta ésta a la que no se le aplicará

²⁸⁰ Siguen CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ con su razonamiento acerca de la existencia de la doble imposición también para la renta calificada como “utilidad”, señalando que “lo cierto es que tal calificación resulta extraña en aquellos supuestos donde el socio sea una persona jurídica, residente o no: si se trata de personas jurídicas residentes, lo lógico, aunque la norma no dice nada, sería que la renta generara el derecho a aplicar el artículo 30 del TRLIS, eliminado la doble imposición que se puede producir en sede del socio persona jurídica”. “Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas”, 2009, p. 58.

el artículo 30 del TRLIS²⁸¹. Mi cuestión es la siguiente: ¿Qué impide registrar contablemente todo el exceso de tesorería en la cuenta 760 como ingreso en participaciones? O dicho de otro modo, ¿es coherente que una misma transacción pueda tener dos soluciones distintas con dos efectos tributarios distintos en función de si se han seguido los dictados contables o bien los fiscales?

Imagínese una sociedad A, que ostenta el 60% de participaciones sobre su filial (sociedad B); porcentaje éste que encuadra ambas entidades en el ámbito de vinculación tanto contable como fiscal. La sociedad A presta un servicio de asesoría a su participada por importe de 150.000 euros, siendo su valor de mercado de 50.000. Teniendo en cuenta que es de plena aplicación la NRV 21^a del PGC, ¿cuál debería ser el registro contable de la operación por parte del socio?

Opción A²⁸²: *la totalidad del diferencial de precios se considera “dividendos” y por tanto habrá derecho a la aplicación de la deducción para evitar la doble imposición interna.*

150.000 Clientes, empresas del grupo (433)	a	Ingresos por prestación de servicios (700)	50.000
		Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio (760):	100.000

Opción B²⁸³: *Únicamente la parte del diferencial que se corresponde con el porcentaje de participación (60% x 100.000) tiene derecho a la aplicación de la deducción prevista en el artículo 30 del TRLIS.*

²⁸¹ BORRÁS AMBLAR y MARTÍNEZ ALONSO, “Registro contable y régimen fiscal de las operaciones vinculadas. Casos prácticos”,. 2010, p. 16.

²⁸² Ésta parece que es la opción de CENCERRADO MILLÁN, (“Ajuste secundario”, 2010, pp. 576 y 577) aunque el autor señala que fiscalmente existiría igualmente la posibilidad de aplicar la deducción para evitar doble imposición sobre la totalidad de la diferencia de renta o únicamente respecto la parte que se corresponde con el porcentaje de participación.

²⁸³ CORDÓN EZQUERRO en los ejemplos que ilustran su artículo sobre el ajuste secundario (“Valor de mercado y ajuste secundario en las operaciones vinculadas”. 2009, p. 181), opta precisamente por la opción que CENCERRADO MILLÁN nombra pero que no suscribe, es decir, registrar contablemente todo el diferencial como ingresos procedentes de la participación pero determinar la diferencia de la naturaleza del ingreso de manera extracontable. Concretamente, afirma que “sí procede el ajuste secundario pues en los ingresos por la participación no está diferenciada la calificación fiscal, en función del porcentaje de participación, aunque contablemente se ha realizado la recalificación según la naturaleza económica de los desplazamientos, salvo que proceda la aplicación del artículo 21 bis.3 del RIS.”

150.000 Clientes, empresas del grupo (433)	a	Ingresos por prestación de servicios (700)	50.000
		Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio (760):	60.000
		Ingresos excepcionales (778):	40.000

Como puede apreciarse, y aunque a nivel contable se trate igualmente de un ingreso, la consecuencia fiscal de registrar una renta como un dividendo o como un ingreso excepcional es determinante; de ahí un diferencial importante en cuanto al resultado a pagar. ¿Existen realmente distintas opciones de registro contable de la operación secundaria? La NRV 21ª PGC no parece que acote las cuentas a utilizar pero lo que es del todo incongruente es que en función del registro contable del ingreso y de una insana fidelidad de la norma contable hacia la norma fiscal, dos situaciones idénticas puedan resolverse de una forma tan dispar.

Imagínese ahora que el sujeto pasivo ha considerado el precio acordado como si fuese valor razonable y de mercado, registrando por tanto la operación por su valor de adquisición y no contabilizando ninguna operación híbrida. Ante una actuación de comprobación, tal y como ya se ha argumentado en el capítulo anterior, la Administración ajustaría extracontablemente (no contablemente) la operación, no ofreciendo la normativa fiscal espacio para la duda, de manera que únicamente habría deducción para la parte de renta calificada como participación en fondos propios, siendo el resto calificada como “utilidad por la condición de socio”. ¿Dónde está la coherencia y la lógica legislativa ante situaciones como la descrita? ¿Cómo puede ser que el legislador contable y fiscal pueden diferir hasta tal punto? O lo que es peor, ¿es posible aplicar las reglas fiscales sobre la normativa contable?

En mi opinión, tanto la normativa contable como la fiscal deberían considerar *todo* el diferencial entre el precio convenido y el valor razonable o de mercado como participación en fondos propios y en consecuencia poder aplicar los mecanismos para evitar la doble imposición.

En conclusión, y aún a sabiendas que el único motivo de fragmentación de las rentas percibidas por el socio responde precisamente a la voluntad del

legislador de no permitir la aplicación de mecanismos que eviten la doble imposición sobre la parte que excede del porcentaje de participación, de ahí su calificación como “utilidades”, si el artículo 21 bis de la LIS otorga respecto la sociedad participada el mismo tratamiento jurídico tanto a los dividendos como a las “utilidades”, considerando ambas rentas como retribución de fondos propios, cuya naturaleza es la de gasto fiscalmente no deducible, su tratamiento debería ser también equiparable en sede del socio, y por tanto debería poder aplicarse también respecto de estas rentas algún mecanismo para evitar la doble imposición. Se trataría simplemente de permitir paliar la doble imposición sobre unas rentas que efectivamente han sufrido un exceso de tributación, tal y como se permite respecto la renta calificada como participación en fondos propios. No obstante soy consciente que ello no está así previsto en el texto legal y que su literalidad no ofrece lugar a dudas.

2.3.- Efectos para la sociedad participada

2.3.1. Impacto sobre sus fondos propios

Es el turno ahora de estudiar qué efectos tiene para la sociedad participada el hecho de llevar a cabo una transacción que favorezca al socio. En realidad, este efecto ya ha sido previamente explicado, pues no puede entenderse el impacto en el socio sin saber qué sucede en la filial. Recuérdese que en sede de la sociedad participada únicamente existe un ajuste extracontable positivo, que a su vez, cumple con un doble objetivo, el propio del ajuste primario, es decir, valorar la operación según su precio de mercado, y el del ajuste secundario, esto es, calificar la operación como distribución de fondos propios, gasto éste, fiscalmente no deducible.

Ahora bien, ¿qué sucede si el sujeto pasivo, siguiendo la NRV 21^a del PGC, y teniendo obligación de ceñirse a ella, ha registrado la “operación secundaria” como una distribución de beneficios? La cuenta contable que se utilizará supondrá una disminución de reservas; hecho éste no comparable a la realización de un ajuste extracontable en la base. Piénsese que una disminución de reservas afecta irremediabilmente a los fondos propios de la entidad, y por ende, al valor contable de la participación. No sucede lo mismo si

se aplica en exclusiva la normativa fiscal, ya sea porqué la operación únicamente recae en el perímetro de vinculación fiscal y no es grupo mercantil, o bien sea porqué, teniendo la obligación de aplicar la NRV 21^a, las partes han considerado que el valor convenido coincide plenamente con el valor razonable y de mercado. En este caso, el ajuste fiscal no afectaría *directamente* la partida de reservas de la sociedad. Observe el lector que he utilizado el adverbio “directamente” de forma no casual. Me explico. Podría pensarse que el hecho de efectuar un ajuste extracontable positivo en la base imponible de la filial, supondrá un mayor gasto en Impuesto sobre Sociedades, luego, un menor resultado final, cuyo destino bien podría ser “engrosar” la partida de reservas o distribuir el beneficio a los socios; en otras palabras, la cuantía de las reservas podría ser de un importe inferior al que sería de no haberse realizado ningún ajuste extracontable “por la gracia” del artículo 16.8 del TRLIS. Ciertamente, ésta podría ser la explicación de aquellos que defienden el total “engarce” entre la normativa contable y la tributaria. Sin embargo, este efecto sobre las reservas que eventualmente tendría un ajuste extracontable positivo en la base imponible de la sociedad filial no siempre sería apreciable; piénsese en los casos de aplicación de deducciones en cuyo supuesto el resultado podría llegar a ser cero y las reservas existentes no se verían alteradas (tampoco se generarían nuevas reservas), como sí lo serían en caso de registrar contablemente su disminución.

A mayor abundamiento, y como argumento numérico que quiebra con el sueño idílico de aquellos que conciben la contabilidad como “inhibidor” de la fiscalidad, pues parece que según una parte de la doctrina la NRV 21^a del PGC desplaza el artículo 16 del TRLIS por cumplir ya sus funciones, cabe señalar que el impacto en el valor de los fondos propios no es equivalente. Es menester señalar que mientras el importe en el que se reducen las reservas contablemente se corresponde íntegramente con la diferencia de precio según el porcentaje de participación, el impacto sobre los fondos propios que padece la sociedad filial, tras el ajuste extracontable positivo, únicamente corresponde al tipo impositivo sobre la diferencia de precio. En otras palabras, si el exceso sobre el valor razonable cifra un total de 1.000 euros y se registra contablemente la operación secundaria, la reducción de reservas alcanzaría los 1.000 euros, siendo éste el impacto directo sobre los fondos propios de la

sociedad participada. En cambio, si únicamente se aplica la normativa fiscal, los fondos propios disminuirían únicamente en 300 euros (1.000 x 30%),

Véase el siguiente ejemplo: La sociedad B es participada al 100% por la sociedad A, la cual transmite a su filial un bien (activo circulante) por 1.000 euros, siendo el valor razonable de 600 euros. Es el turno de analizar cómo los fondos propios de la entidad B pueden verse afectados por esta operación.

Antes de entrar en los cálculos pertinentes, es menester saber cómo era la situación patrimonial de la sociedad B previa a la realización de la mencionada operación.

Activo		Pasivo	
2.000	Activo fijo	Capital social:	2.000
2.000	Tesorería	Reservas:	2.000
		TOTAL FFPP:	4.000

Tras la realización de la operación la sociedad participada sufre una disminución real de recursos por importe de 400 euros, del mismo modo que el socio se enriquece en exceso debido al sobreprecio convenido.

Es evidente que ambas entidades caen dentro del concepto de grupo mercantil y por ende es obligatorio registrar la transacción cumpliendo lo estipulado en la NRV 21^a del PGC, hecho éste que exige contabilizar la recepción de beneficios en participaciones en el socio y su correspondiente disminución de reservas en la sociedad participada. Obsérvese cuál sería el asiento a realizar en sede de la filial y su posterior situación patrimonial.

600 Activo circulante	a	Bancos	1.000
400 Reservas			

Activo		Pasivo	
2.000	Activo fijo	Capital social:	2.000
600	Activo circulante	Reservas:	1.600
1.000	Tesorería	TOTAL FFPP:	3.600

Como puede apreciarse, con independencia de cuál será el resultado del año en curso, los fondos propios de la sociedad B disminuyen en 400 euros debido a la distribución de dividendos. Insisto de nuevo, sea cual sea el resultado final a integrar en el balance (cuenta 129), los fondos propios se reducirán en 400 euros en comparación con el valor que tendrían los fondos propios si esta operación no se hubiese efectuado o de haberse realizado, se hubiese contabilizado su valor razonable. Dicho de otro modo, el valor contable de la inversión en la entidad A ha sufrido, tras la operación, una disminución de 400 euros.

Pero el análisis no debe quedarse aquí, pues de sobras sabemos que no siempre la NRV 21ª es respetada, y en la mayoría de ocasiones no por desconocimiento o voluntad elusiva, sino por considerar que el valor razonable coincide con el convenido. Si no se hubiese aplicado la NRV 21ª del PGC el balance de la sociedad B una vez efectuada la transacción hubiera sido el siguiente:

Activo		Pasivo	
2.000	Activo fijo	Capital social:	2.000
1.000	Activo circulante	Reservas:	2.000
1.000	Tesorería	TOTAL FFPP:	4.000

Así pues, tal y como ya ha quedado analizado en anterior capítulo, o bien el sujeto pasivo o bien la Administración Tributaria en el seno de un procedimiento de comprobación, pueden y deben cumplir la norma del artículo 16 del TRLIS vía ajustes extracontables, tal y como se expone a continuación:

Sociedad A	RC: 1.000 Ajuste bilateral: -400 Ajuste secundario: 400 <hr/> Base imponible: 1.000 CI (30%) 300 DDII (art. 30.2 TRLIS) -120 CIA: 180
↓ 100%	
Sociedad B	RC: -1.000 Ajuste primario y secundario: 400 <hr/> Base imponible: -600

El ajuste extracontable en la sociedad participada supone un aumento de 400 euros en su base imponible, lo cual se refleja en un mayor gasto por Impuesto sobre Sociedades y por ende, en una disminución de fondos propios, tal y como demuestra el siguiente cuadro comparativo, en el que se parte de la hipótesis de un resultado contable previo a la contabilización del gasto por IS de 5.000 euros.

	Esceario A: Sin aplicación del art. 16 TRLIS	Esceario B: Con aplicación del art. 16 TRLIS
RC:	5.000	5.000
Ajuste:		400
Base imponible:	5.000	5.400
CI (30%)	1.500	1.620
Resultado neto a integrar en el balance:	3.500	3.380
Diferencia:	120 (400 x 30%)	

Puede observarse que el efecto del ajuste primario y secundario en la sociedad participada supone también una disminución de fondos propios, tal y como sucede si el registro es exclusivamente contable, pero no de 400 sino de 120. Se

trata de una disminución comparativa, es decir, el valor contable²⁸⁴ de la filial sería 120 euros inferior al que hubiese sido de no haberse efectuado dicha transacción o de haber respetado el principio de *arm's length*. Por supuesto, este análisis variaría si el porcentaje no alcanzara el 100% y se tratara una parte del diferencial como “utilidades obtenidas por la condición de socio”.

Ahora bien, en el caso que la sociedad B tuviese pérdidas pendientes de compensar o bien deducciones pendientes de aplicar, el ajuste extracontable positivo ni tan siquiera supondría una disminución en sus fondos propios en comparación con el resultado que se obtendría sin haber efectuado la operación dado que en cualquier caso, el ajuste se vería neutralizado siendo el gasto por Impuesto igual a cero.

Por último, interesante reflexión me ha parecido la del profesor GONZÁLEZ GARCÍA²⁸⁵, quien estando a favor del registro contable de la operación “híbrida”, considera que una distribución de beneficios, “debería contar con la aceptación previa de la Junta General”. Va más allá el autor, afirmando que en caso de no contar todavía con la aprobación de la Junta General, debería usarse “la cuenta *dividendo activo a cuenta (557)* hasta que se produzca la convalidación por parte de la junta, momento en el que procederíamos a saldar esta cuenta con cargo a *Reservas voluntarias*”. Sigue el autor considerando que deberían cumplirse todos los requisitos previos para el reparto de resultado, tales como dotación de reserva legal y estatutaria, etc. Indudablemente esto sería lo deseable pero mucho me temo que las reflexiones de GONZÁLEZ GARCÍA parten más bien de los buenos anhelos e intenciones y no de lo que realmente sucede en la práctica; y es lógico, pues, ¿qué necesidad tiene la Junta General de aprobar un dividendo cuando el socio que presuntamente lo ha recepcionado vía operación vinculada ostenta por ejemplo, un 5%? Aunque también sería lógico pensar que un socio con un porcentaje tan reducido difícilmente tendrá influencia sobre el precio al que se cierran las transacciones. De hecho, habiendo registrado

²⁸⁴ Téngase en cuenta que se hace referencia en exclusiva al valor teórico contable de la inversión y a su posible deterioro contable pero no fiscal, pues el artículo 12.3 del TRLIS ha sido derogado por la Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establece determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras.

²⁸⁵ GONZÁLEZ GARCÍA, “El ajuste secundario en operaciones entre empresas del grupo y partes vinculadas”, 2010, p. 194.

contablemente la operación todavía podría pensarse que se sigue la totalidad de las normas mercantiles, siendo también el PGC una norma mercantil, pero si únicamente se han aplicado ajustes extracontables no existe motivo razonable que invite a pensar que se cumplirán los requisitos mercantiles que deben acompañar cualquier distribución de dividendos.

2.3.2.- Distribución de dividendos *versus* devolución de aportaciones

Algunos han sido los autores que se han hecho eco de esta posibilidad que no contempla el texto legal pero que efectivamente podría ser tan válida como la actualmente prevista. Me estoy refiriendo a considerar el exceso de tesorería que recae en manos del socio no como una distribución de beneficios sino como una devolución de aportaciones. ¿Cuándo tiene sentido plantearse esta cuestión y por qué? Imagínese el lector un caso no tan infrecuente como el de una sociedad que ha acumulado pérdidas en los últimos ejercicios y que, aún a sabiendas de su mala situación financiera, transmite un bien inmueble a uno de sus socios a un precio inferior al de mercado, hecho éste que no haría otra cosa que contribuir a la generación de más pérdidas o al menos a la no obtención de ingresos. Es más, aún obteniendo ingresos de la propia actividad, las bases imponibles negativas de otros años anteriores los compensarían dejando la base imponible a cero. Suponiendo que contablemente se hubiese registrado la operación por su valor de adquisición, el ajuste primario y secundario se resolvería con un solo ajuste extracontable positivo en la sociedad participada, el cual sería rápidamente absorbido por las pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores. No parece razonable que en un escenario como el que se acaba de describir, la entidad estuviera en condiciones de distribuir beneficios.

Ciertamente atina la doctrina, a mi entender, al considerar una manifiesta incongruencia el hecho de suponer una “distribución de beneficios” cuando precisamente de lo que carece la entidad participada es de “beneficios”²⁸⁶. Sin

²⁸⁶ En este sentido se han pronunciado CENCERRADO MILLÁN., “Los efectos de ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”. 2007, p. 69; SUÁREZ MOSQUERA, “La calificación jurídica de las operaciones vinculadas, en la imposición directa, según la modificación realizada por la Ley 36/2006, de prevención del fraude fiscal”, 2007, p. 19; VADILLO CASERO, “El ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2008, pp. 263-264; LÓPEZ-HERMOSO AGIUS, “El ajuste secundario” 2010, p. 727; GONZÁLEZ GARCÍA, “El

embargo, podría entenderse que en realidad lo que se está considerando como beneficios es justamente la parte de la renta que se corresponde con el ajuste positivo que se ha llevado a cabo en la sociedad filial. Ahora bien, ¿qué sucede si en la liquidación final de la entidad participada ese aumento de la base imponible originado por el ajuste positivo es neutralizado por completo por unas bases imponibles negativas pendientes de compensación? ¿Cuál será entonces el resultado a “repartir”? Si entendiésemos la aplicación del artículo 16.8 del TRLIS como un ajuste aislado sin tener en cuenta el resultado final de la liquidación del Impuesto sobre Sociedades, quizás no existiría debate alguno, pues simple y llanamente se trataría de una distribución de resultados a favor del socio. Ahora bien, teniendo en cuenta que los artículos forman parte de un todo cuyo objetivo final es un resultado conjunto, el ajuste secundario no debería aplicarse sin relacionar su efecto con el resto de la normativa. Por tanto, y ante escenarios en los que se careciera de resultado a distribuir, debería considerarse la posibilidad de calificar la operación como lo que quizás realmente es, una devolución de aportaciones al socio afectado.

No obstante lo expuesto, la cuestión abordada sigue todavía sin respuesta; ¿es posible calificar el excedente de tesorería como una devolución de aportaciones con el actual texto legal? teniendo en cuenta la rigidez en su redacción la respuesta debería ser tan negativa como contundente. Ahora bien, afortunadamente, el artículo 21 bis.3 del RIS ofrece la posibilidad de “escapar” de esta inflexibilidad legal y refugiarnos en aquella *calificación de renta distinta a la prevista cuando se acredite una causa diferente*. Así pues, a mi modo de ver, sería viable esta calificación siempre y cuando pueda acreditarse que efectivamente se está devolviendo la aportación al socio y no se trata de una distribución encubierta de resultados.

Merece la pena preguntarse cuál es la diferencia entre una calificación y la otra. Respecto la entidad participada es curioso observar lo siguiente: tal y como ya se sabe, ante operaciones entre socio y sociedad a favor del socio, el ajuste

ajuste secundario en operaciones entre empresas del grupo y partes vinculadas”, 2010, p. 195;; y CALVO VÉRGEZ, *Operaciones Vinculadas y Subcapitalización*, 2011, p. 299.

extracontable positivo en sede de la filial sirve tanto para cumplir con la regla de valoración (mayor ingreso o menor gasto) como con la regla de calificación, puesto que la retribución a los fondos propios es un gasto fiscalmente no deducible. En cambio, en el caso de considerar la transacción como devolución de aportaciones, no existe efecto fiscal y por ende no habría ajuste que efectuar. Sin embargo, no se detectaría diferencia alguna, pues el ajuste positivo realizado en la filial respondería en exclusiva a la regla de valoración; o dicho de otro modo, el ajuste extracontable positivo cumpliría con una sola función (la del ajuste primario), pues el ajuste secundario como tal no exigiría la realización de ningún aumento en la base imponible dada la no generación de renta que supone la operación de devolución de aportaciones al socio.

En cuanto al socio, tanto si es persona física como jurídica, una reducción de capital con devolución de aportaciones se consideraría como menor valor de la participación y no como un ingreso financiero, tributando únicamente el exceso²⁸⁷ y sin derecho a la deducción para evitar la doble imposición, tal y como señala el artículo 30.4.a) del TRLIS. Ello supondría a efectos prácticos que el ajuste positivo que supone la recepción de dividendos no existiría en caso de devolución de aportaciones en el ejercicio en que se realiza la operación vinculada, pero sí cuando se transmitiese la participación, puesto que habría más plusvalía a integrar a nivel fiscal que a nivel contable.

Hasta ahora se ha partido de la base que las operaciones se han registrado contablemente por su valor convenido. Sin embargo, debemos preguntarnos en qué cuentas se registraría la operación en cumplimiento de la NRV 21ª del PGC. Precisamente la reciente consulta 2 del BOICAC N° 96/2013, se centra en exclusiva en determinar si, ante una condonación de un préstamo de la dominada a la dominante nos encontramos ante una distribución de resultados o ante un recuperación de la inversión. En este caso el ICAC, haciendo uso de sentido común, y sabiendo que carece de una norma que lo obligue a la utilización de unas cuentas concretas, se centra en el mandato del artículo 34.2 del CCO, atendiendo por tanto a la verdadera realidad económica de la operación. La cuestión clave es, textualmente, “*determinar si en el momento de*

²⁸⁷ En el caso de socio persona jurídica el eventual exceso sería una renta más a integrar en la base imponible y en caso que fuera persona física tributaría como un rendimiento del capital mobiliario (artículo 33.3.a) de la LIRPF).

la condonación del crédito existían reservas procedentes de beneficios no distribuidos por importe superior al valor del crédito". En caso afirmativo, se estará ante una distribución de resultados (ingreso para el socio). A esta conclusión se llega razonando a *sensu contrario* la NRV 9ª del PGC, en virtud de la cual *"si los dividendos distribuidos proceden inequívocamente de resultados generados con anterioridad a la fecha de adquisición porque se hayan distribuido importes superiores a los beneficios generados por la participación desde la adquisición, no se reconocerán como ingresos, y minorarán el valor contable de la inversión"*²⁸⁸.

Contando con el precedente interpretativo del ICAC, y habida cuenta de la intensa relación entre la normativa fiscal y contable, creo firmemente que con el texto legal vigente puede defenderse la calificación del exceso de renta a favor del socio como una devolución de aportaciones, eso sí, siguiendo las reglas del artículo 21 bis.3 del RIS, lo que implica demostrar una causa distinta de la prevista en la norma, es decir, acreditar realmente lo absurdo e incoherente de un reparto de dividendos ante un escenario de pérdidas. Por supuesto, y en línea con lo expuesto en el anterior epígrafe, en estos casos, considero también que todo el diferencial de valores debería considerarse devolución de aportaciones con independencia del porcentaje de participación del socio sobre su filial. En este mismo sentido se ha manifestado CENCERRADO MILLÁN, entendiendo que únicamente se produciría una disminución del valor fiscal de la participación que englobaría toda la cuantía sin atención al porcentaje de acciones. Sin embargo, no es ésta una opinión ajena al debate expuesto con anterioridad, pues en atención al redactado actual todo parece indicar que sólo la parte del diferencial que corresponde al porcentaje de participación podría ser calificado como devolución de aportaciones, manteniendo el resto su condición de "utilidad".

Por último, añadir mi discreta discrepancia con CENCERRADO MILLÁN, a pesar de suponer ambas conclusiones el mismo efecto tributario para socios personas jurídicas, de ahí el uso del cauto adjetivo. Vaya por delante mi opinión

²⁸⁸ Así lo entendían algunos autores incluso antes de la publicación de la consulta 2 del BOICAC 96/2013 que simplemente ha venido a reiterar el criterio. Entre otros, *vid.* LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, *Memento del Impuesto sobre Sociedades*,) y GONZÁLEZ GARCÍA, "El ajuste secundario en operaciones entre empresas del grupo y partes vinculadas", 2010, p. 195.

favorable a no fragmentar las rentas percibidas por el socio en función de su porcentaje de participación, ya sea en el caso de “dividendos” o “rentas por devolución de aportaciones”, y así también lo manifiesta el citado autor. Ahora bien, en el caso que no pudiera evitarse la división de rentas debido a su imperativo legal y en un esfuerzo de coherencia con el texto normativo, entiendo que la parte de la renta que no se correspondiese con el porcentaje de participación debería poder considerarse como “utilidad” y no liberalidad como propone el profesor CENCERRADO MILLÁN²⁸⁹. Dicho de otro modo, si el legislador únicamente posibilitara una interpretación favorable a la fragmentación de rentas en función del porcentaje de participación, no existe motivo alguno para alterar la calificación de la parte de la renta que no se corresponde con el porcentaje de participación, debiendo ser ésta calificada como “utilidad”, tanto en los casos en los que sí existe reparto de beneficios como en los escenarios de devolución de aportaciones. De hecho, tal y como ya se ha analizado, el concepto de “utilidad percibida por la condición de socio” cuenta con una diversidad tan amplia que podría tratarse simplemente del uso de un activo de la sociedad, ajeno por tanto al resultado de la sociedad. No obstante, y valiéndonos de la aplicación del artículo 21 bis.3 del RIS, en escenarios de pérdidas, sería aconsejable un estudio en profundidad del supuesto concreto. En cualquier caso se trata de dos rentas (la utilidad y la liberalidad) cuyo efecto supondría un ajuste extracontable positivo para el socio persona jurídica sin posibilidad de mitigar su impacto con la aplicación de la deducción para evitar la doble imposición.

Ahora bien, la cuestión no es baladí si prestamos atención al socio persona física, pues no es lo mismo la recepción de una renta por la condición de socio, la cual se insertaría en la base del ahorro como un rendimiento del capital mobiliario sin posibilidad de aplicar la exención de 1.500 euros prevista en la letra y) del artículo 7 de la LIRPF, que la tributación de una donación en el ISD. En estos casos, no podría afirmarse que la calificación como “utilidad” o “liberalidad” es la misma.

²⁸⁹ CENCERRADO MILLÁN, “Ajuste secundario”, 2010, p. 584.

2.4.- Efectos en los otros socios

Aunque pueda sorprender, parece que el legislador no ha tenido en cuenta los efectos que el ajuste secundario puede acarrear sobre los otros socios; si bien es menester señalar que parte de la doctrina no ha pasado por alto este detalle. En este sentido, LÓPEZ ALBERTS, aún a pesar de dejar bien claro su desacuerdo con la NRV 21^a del PGC, refleja ejemplos en los que el “otro socio” que no ha intervenido en la operación vinculada sufre lo que el profesor denomina “una pérdida por deterioro forzada”²⁹⁰, no en vano los otros socios no reciben ningún beneficio pero sí ven como su participada reparte dividendos a un socio en concreto. Esta situación por supuesto no les es inmune en cuanto afecta a los fondos propios de la filial y por ende al valor de su participación.

Conviene ahora distinguir entre operaciones a las que se ha aplicado la NRV 21^a respecto aquellas en las que la aplicación de la norma ha sido estrictamente fiscal. ¿El efecto es el mismo? Existe una diferencia de vital importancia, y es que la normativa contable, siendo fiel a su principio de libertad subjetiva, únicamente se limita a exigir el registro contable de la realidad económica de la operación si el precio acordado difiriese de su valor razonable, pero deja la puerta abierta a interpretar cuáles deben ser las cuentas contables a utilizar y quién debe efectuar los nuevos asientos contables. De ahí que algún autor, entendiendo que el socio que ha realizado la operación se enriquece “gracias al empobrecimiento de los otros socios”, consideran oportuno registrar este hecho en la contabilidad de los otros socios (siempre que sean personas jurídicas o físicas con la obligación de llevar la contabilidad, esto es, cuando se desarrolle una actividad económica en régimen de estimación directa normal). Este es el caso de LÓPEZ ALBERTS, quien sosteniendo que los ejemplos prácticos que ilustran su artículo corresponden a la opinión de “académicos contables implicados directamente en la reforma” (y no a la suya propia), propone un ejemplo en el que el otro socio que nada ha tenido que ver con la operación vinculada, registra una donación (cuenta 679) contra una disminución del valor de la cartera (cuenta 250). Es decir, parece que contablemente podría (o debería) llegar a entenderse que los otros socios han sufrido una pérdida forzada del valor de su inversión, pues en modo alguno tenían intención (en la mayoría de casos) de donar nada al otro socio. Imagínese

²⁹⁰ LÓPEZ ALBERTS, “El ajuste secundario y la contabilización de las operaciones vinculadas” 2009, p. 175.

ahora que nada se ha registrado en sede de los otros socios, ¿qué impacto tendría el hecho de registrar contablemente la operación secundaria en las partes que efectivamente han participado en la transacción vinculada? La realidad es que registrar una reducción de reservas en la sociedad participada incide directamente en el valor contable de la inversión, y en función de su valor de adquisición y de los fondos propios, podría propiciar la contabilización de un deterioro que también afectaría a los otros socios (no sólo al socio a favor del cual se han transferido los fondos), deterioro de cartera que tendría la consideración de gasto fiscalmente no deducible, según la nueva redacción del artículo 12.3 del TRLIS otorgada por la Ley 16/2013 sobre Fiscalidad medioambiental y otras medidas tributarias.

Es el turno ahora de analizar si los otros socios pueden verse afectados de alguna forma si no fuera aplicable la NRV 21^a del PGC, o siéndolo, se hubiese considerado el valor convenido coincidente con el valor razonable o de mercado. En este caso, se habría conseguido cumplir con la regla de valoración y calificación vía ajustes extracontables. A estos efectos, merece la pena subrayar que la redacción del artículo 21 bis del RIS, a diferencia de la normativa contable, sí especifica a quién debe afectar la regla de calificación, esto es, al socio y a su participada; lo cual es tanto como afirmar que únicamente se permiten ajustes extracontables por la calificación de la operación a las partes intervinientes en la misma, y no a los otros posibles socios. Dicho esto, aún así, ¿pueden sufrir los otros socios algún efecto derivado precisamente del ajuste extracontable positivo efectuado a la base imponible de la filial? Quizás no directamente pero entiendo que sí indirectamente. Me reitero en lo explicado en anteriores apartados. Un ajuste positivo en la base imponible de la sociedad participada, entendiéndolo mismo como una diferencia permanente dada su imposibilidad de reversión, supondrá un aumento de su base tributable a la vez que un aumento del gasto por Impuesto sobre Sociedades, lo cual acabará repercutiendo en una disminución de los fondos propios, hecho éste que sí afectaría al valor contable de la participación para todos los socios. Sin embargo, en el caso de pérdidas pendientes de compensar o deducciones pendientes de aplicar, el impacto sobre el valor de la inversión sería nulo.

A modo de resumen, en el caso de registro contable de la operación secundaria, el efecto sobre los otros socios sería inmediato; o bien por entender que también

ellos deberían registrar contablemente la donación a favor del socio favorecido o bien por entender que, aún no habiendo registrado la donación, la reducción de reservas de la filial impacta directamente en el valor de la inversión. En cambio, ante la aplicación de ajustes extracontables, podría hablarse de un efecto indirecto (y no siempre) sobre los otros socios a través también de la alteración del valor de la inversión. Nótese que la diferencia es cardinal, pues ante el registro contable de la operación, el valor de la inversión siempre se verá afectado (el registro contable de una disminución de reservas afecta irremediablemente al valor de la participación), mientras que si nos movemos en el terreno de los ajustes extracontables, no siempre el valor de la inversión se verá modificado, de suerte que dependerá de la posible neutralización del ajuste positivo efectuado en la filial, vía compensación de pérdidas o aplicación de deducciones, y aún en el caso de ver efectivamente reducido el valor contable de su participación, esta reducción sería inferior si el ajuste secundario supone un aumento extracontable de la base imponible de la sociedad participada²⁹¹.

2.5.- Efectos en ambas partes vinculadas cuando una de ellas es no residente

En este epígrafe se analizarán los posibles escenarios en los que una de las partes es no residente y sus posibles variantes; a saber:

- a) La sociedad filial española distribuye un beneficio encubierto al socio no residente, el cual puede ser persona jurídica o física.

- b) La sociedad filial extranjera distribuye un beneficio encubierto al socio residente que puede ser persona jurídica o física.

Cabe señalar que en este apartado se analizará siempre una relación de socio-sociedad, pues es ésta precisamente, y no otras, la relación de vinculación que ofrece calificaciones apriorísticas legales en relación al ajuste secundario. Sin embargo, observe el lector que el elemento internacional puede estar presente en cualquiera de las partes vinculadas enumeradas en el artículo 16.3 del TRLIS (administrador no residente de una sociedad residente o viceversa, integrante

²⁹¹ Vid. ejemplo del apartado 2.3.1 del presente capítulo.

extranjero del grupo familiar que ostenta las participaciones de una entidad residente, sociedades hermanas siendo una de ellas no residente, etc.).

2.5.1.- Filial española que distribuye un beneficio encubierto a favor de su socio no residente

La Administración Tributaria española muy probablemente tenga interés en este tipo de supuestos, es decir, en operaciones en las que la filial española se ha deducido un gasto excesivo o bien tributado por un ingreso inferior al que debería; de suerte que la inspección se congratulará de efectuar un ajuste primario positivo. Sin embargo, el flujo de rentas seguirá en manos del socio no residente, y en virtud de nuestra normativa interna la calificación de este exceso sería de reparto de dividendos respecto la parte que se corresponde con el porcentaje de participación y de utilidad percibida por la condición de socio. Ahora bien, ¿tiene transcendencia práctica el hecho de dividir la renta en función del porcentaje de participación cuando el socio receptor es un no residente? Para la sociedad española es evidente que no, pues exactamente igual que si se tratase de una transacción entre dos residentes, el gasto sería fiscalmente no deducible de conformidad con el artículo 14.1.a) del TRLIS.

Respecto el socio, debemos acudir a la normativa reguladora, tanto interna (TRLIRNR) como de ámbito internacional (CDI), la cual concibe el “dividendo” como un concepto amplio en el que se incluyen *otros rendimientos derivados de la participación en los fondos propios*. En concreto, así define este rendimiento de capital mobiliario el artículo 13.1.f) 1 del TRLIRNR, mientras que el artículo 10 del MC OCDE también propone una definición abierta de dividendos²⁹², concepto éste al que se acoge España en los CDI que ha suscrito. En consecuencia, todo el exceso²⁹³ de fondos sería tratado de una manera unitaria, sometidos a una retención del 21% según establece el artículo 25.1.f) del TRLIRNR.

²⁹² Obsérvese cuán amplio es el concepto de dividendos en el redactado del artículo 10.3 del MC OCDE: “El término «dividendos», en el sentido de este artículo, significa los rendimientos de las acciones o bonos de disfrute, de las partes de minas, de las partes del fundador u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como los rendimientos de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones por legislación del Estado del que sociedad que hace la distribución sea residente”.

²⁹³ A estos efectos, cabe señalar que de una manera explícita así lo menciona la conocida obra Memento Fiscal 2013 en su marginal 5041, en el que se reconoce como dividendo la renta derivada

Acertada y coherente me parece el razonamiento de gran parte de la doctrina en cuanto a la posible aplicación de las exenciones que prevé nuestra normativa interna,²⁹⁴ de suerte que la calificación de dividendo presunto debería sostenerse a todos los efectos. De ahí la posibilidad de aplicar las exenciones previstas en el artículo 14 del TRLIRNR, aunque en este caso, sí existe una diferencia entre la exención aplicada a la persona jurídica y la destinada en exclusiva para las personas físicas. Curiosamente, únicamente en el supuesto de que el socio no residente sea una persona física residente en otro Estado miembro de la UE o en países en los que exista un efectivo intercambio de información, sí alcanzará su importancia la diferenciación de rentas en función del porcentaje de participación, dada la remisión literal que la letra j) del artículo 14 del TRLIRNR efectúa al artículo 7y) de la LIRPF, cuyo redactado, como se sabe, sólo ampara la exención de los primeros 1.500 euros respecto dividendos y participaciones en beneficios a los que se refiere el artículo 25.1 letras a) y b), dejando fuera las rentas calificadas como “utilidades”. A *sensu contrario*, cuando se trate de un residente en un Estado que no sea miembro de la UE o de cualquier otra soberanía fiscal con la que no exista un efectivo intercambio de información, no existirá exención alguna y por ende toda la renta sería fiscalmente tributable en territorio español como obligación real.

En el caso de socios personas jurídicas, la exigencia de requisitos para la aplicación de la exención introducida por la Directiva 2011/96/UE, de 30 de noviembre), comúnmente conocida como la Directiva Matriz - Filial²⁹⁵ y recogida internamente en la letra h) del ya mencionado artículo 14 del TRLIRNR, es más elevada, lo cual tiene toda su lógica, teniendo en cuenta que la normativa no impone un límite cuantitativo a la exención, como sí hace para las personas

de la aplicación del ajuste secundario. También VADILLO CASERO se muestra favorable a esta tesis (El ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2008, p. 267).

²⁹⁴ En este sentido se han pronunciado, entre otros, CENCERRADO MILLÁN, “Los efectos de ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2007, pp. 62-63, SENDÍN CIFUENTES, “El ajuste secundario en operaciones vinculadas. Incidencia en operaciones internacionales”, 2008, p. 233 y VADILLO CASERO, “El ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2008, p. 267.

²⁹⁵ Indicar a estos efectos la publicación de un proyecto de nueva Directiva matriz - filial (Directiva 2013/0400) cuyo objetivo es introducir una regla común anti-abuso. La reforma permitirá a los Estados miembros ignorar las estructuras artificiales utilizadas para eludir impuestos y someter a tributación la sustancia económica real.

físicas. Entre otros, se exige un porcentaje mínimo de participación que alcance el 5% que se haya mantenido de forma ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea *exigible* el dividendo, o en su defecto, que se mantenga durante el tiempo que sea necesario para completar un año. Precisamente no me parece pacífica la cuestión de la “exigencia del beneficio”, pues como se sabe en el caso de una distribución regular el procedimiento está pautado y la fecha de exigibilidad coincide con el acuerdo de distribución aprobado pero no sucede así en el caso de una recalificación de renta derivada de la aplicación del ajuste secundario²⁹⁶.

Por último y a pesar de nuestra normativa interna, recuérdese que en caso de tratarse de un Estado con el que se tiene suscrito un CDI, la tributación de la renta ocasionada por la distribución de dividendos se someterían a la regla de la tributación compartida, lo que en el caso que nos ocupa, supondría que España como estado de la fuente podría someter a gravamen limitadamente esta renta a un tipo máximo de carácter general, el cual no supera el 15%, o inclusive a un tipo reducido si se cumple determinado porcentaje de participación en el capital de la sociedad pagadora de los dividendos (normalmente cuando la participación alcanza el 25%, aunque en determinados CDI firmados por España este porcentaje es menor, como en el caso del Reino Unido que únicamente exige el 10%).

2.5.2.- Filial extranjera que distribuye un beneficio encubierto a favor de su socio residente en territorio español

Este escenario es completamente opuesto al descrito en el anterior apartado, y quizás, hasta fecha de hoy más frecuentes, pues es cierto que España resolvía más casos de ajustes realizados desde el exterior. A pesar de ello, y como es razonable, cada vez más los Estados, soberanos fiscalmente, y España no es una excepción, tienen más interés en aumentar las bases imponibles de sus contribuyentes.

²⁹⁶ Se anticipa al lector que puesto que la cuestión de exigibilidad está íntimamente vinculada a la obligación de retención, más adelante se dedicará un apartado *ex profeso* para el análisis de esta cuestión.

En el caso de recibir un ajuste realizado por otra Administración, se habría producido un ajuste primario positivo en sede de la filial extranjera, disminuyendo así su gasto deducible o aumentando sus ingresos. No obstante, la Administración española podría no estar de acuerdo con el ajuste propuesto, o aceptando el ajuste pudiera discrepar en su cuantía. En cualquier caso, sería en el seno de un procedimiento amistoso previsto en el CDI o arbitral²⁹⁷ en el que se podría resolver la discrepancia y alcanzar un acuerdo; acuerdo que, tal y como ya se ha expuesto, debería también abarcar el eventual ajuste secundario. Según nuestra normativa interna, la sociedad española, a parte del ajuste correlativo, debería considerar la diferencia entre el valor convenido y el valor de mercado como dividendo hasta el porcentaje de participación, siendo el exceso “utilidad por la condición de socio”. Ello podría no ser tan sencillo como parece que lo es escrito negro sobre blanco, pues pudiera suceder que el Estado de residencia de la participada no reconociera el ajuste secundario, tal y como sucede en algunas legislaciones. En el caso que la otra soberanía fiscal sí reconociera el ajuste secundario, el diferencial de precios podría ser objeto de una retención en la fuente por la distribución de dividendos encubiertos. ¿Qué sucedería respecto el diferencial de valores que no se corresponde con el porcentaje de participación? Curiosamente, la legislación española ha sido pionera en la fragmentación de rentas en función del porcentaje de participación, pero no sucede así en otras soberanías fiscales en virtud de las cuales la totalidad de la diferencia entre el valor convenido y el valor de mercado es calificada como participación en beneficios sin más distinción. Siendo ello así, ¿cómo afectaría al socio residente el hecho que su participada calificara todo el trasvase de fondos como participación en beneficios? El impacto sería exclusivamente respecto los mecanismos para evitar la doble imposición. Así, de igual manera que en caso de recibir dividendos de una filial española sería de aplicación el artículo 30.1 o 30.2 del TRLIS, en caso de tratarse de beneficios procedentes de una filial extranjera podría aplicarse la exención contemplada en el artículo 21 del TRLIS, siempre y cuando se cumpliesen los requisitos legalmente previstos para ello, pero únicamente sobre la parte del diferencial que se correspondiera con el porcentaje de participación. De hecho, CENCERRADO MILLÁN consideraría oportuno aplicar el método de exención sobre la totalidad del diferencial de precios, aunque también

²⁹⁷ No es objeto de este estudio analizar las posibles soluciones jurídicas a conflictos internacionales de doble imposición pero por supuesto debe tenerse en cuenta la existencia de un instrumento de resolución previa al conflicto; me refiero a los APA, los cuales, como se sabe, pueden ser unilaterales, bilaterales o multilaterales.

admite que lo más probable es que la interpretación administrativa no coincida con la suya²⁹⁸. No podría estar más de acuerdo con el autor, por un doble motivo; en primer lugar por no compartir el sentido de la fragmentación de la rentas y en segundo lugar, por entender que inclusive habiendo fragmentación de rentas, aquellas consideradas como “utilidades” también han sufrido doble imposición. Ambos argumentos han sido previamente explicados en los primeros epígrafes de este capítulo. No obstante lo expuesto, parece que la redacción actual de la normativa no ofrece lugar a dudas; únicamente la parte correspondiente al porcentaje de participación podría beneficiarse del mecanismo de exención.

A su vez, y en el caso que no se cumplieran los requisitos del artículo 21 del TRLIS, serían aplicables los artículos 31 y 32²⁹⁹ del TRLIS. Obsérvese que cuando los tipos de gravamen extranjeros fueran inferiores al tipo de gravamen previsto en nuestra normativa, la deducción por doble imposición no sería suficiente para compensar la cuota íntegra derivada de la recepción de los dividendos como consecuencia de la recalificación de rentas.

2.6.- Impacto recaudatorio real del ajuste secundario

A modo de resumen y antes de entrar en el estudio de la operación en sentido inverso, es decir, aquélla en la que el trasvase de recursos favorece a la sociedad, merece la pena puntualizar algunas consideraciones que ayuden a entender el sentido (o sinsentido) del ajuste secundario, pues sólo en casos concretos el ajuste secundario resolverá situaciones puntuales, dado que en muchos otros, simplemente supondrá una suma y resta de ajustes y deducciones sin impacto en el resultado final. Así pues, ¿en qué casos existirá un impacto recaudatorio real de ajuste secundario?

Ante socios personas jurídicas residentes la aplicación de los artículos 16.8 del TRLIS y 21 bis del RIS no alcanza a producir una tributación adicional, en la

²⁹⁸ CENCERRADO MILLÁN, “Ajuste secundario”, 2010, p. 574.

²⁹⁹ Téngase presente que el artículo 32 del TRLIS (doble imposición económica) únicamente es aplicable cuando el porcentaje de participación es como mínimo del 5%, el mismo porcentaje que fija la vinculación entre un socio y una sociedad no cotizada. En otras palabras, si una sociedad no cotizada no alcanza el 5% de participación sobre su filial no podrá serle de aplicación el régimen de operaciones vinculadas.

medida en que el socio puede aplicar mecanismos que le permiten neutralizar por completo el ajuste secundario en forma de dividendos presuntos; ya sea con mecanismos previstos para dividendos internos (artículo 30.2 del TRLIS) o para dividendos de fuente internacional (método de exención del artículo 21 del TRLIS o método de imputación previsto en los artículos 31 y 32 del TRLIS), de ahí el impacto cero a nivel recaudatorio³⁰⁰. Recuérdese que en sede de la sociedad participada, el ajuste extracontable positivo hace a la vez las funciones de ajuste primario y secundario, con lo la supresión del ajuste secundario no afectaría la base imponible de la filial³⁰¹. Así, podría afirmarse que el ajuste secundario produciría una tributación adicional tanto a los socios personas físicas (que únicamente pueden neutralizar la doble imposición hasta 1.500 euros³⁰²) como a los socios personas jurídicas residentes que no hayan podido aplicar los mecanismos que la normativa interna prevé para combatir la doble imposición.

En cuanto a las personas físicas, téngase presente que, a diferencia de las sociedades, cuyo importe del ajuste primario negativo (regla de valoración) puede coincidir y así neutralizar el ajuste secundario positivo (regla de calificación; esto es, participación en fondos propios), la renta que disminuye la base imponible del contribuyente (ajuste primario) puede corresponder a la base general, mientras que la participación en fondos propios (ajuste secundario) tributará al tipo reducido de la base del ahorro como rendimiento del capital mobiliario. Póngase por ejemplo un caso en el que un socio que realiza una actividad económica factura directamente a su empresa una prestación de servicio por un valor superior al que correspondería. Siendo así, la aplicación del ajuste primario supondría para el socio una disminución de sus ingresos en la actividad económica (menor base general) y un mayor ingreso por rendimientos del capital mobiliario (mayor base del ahorro). Obsérvese como en casos como el descrito, la regla de integración y compensación de bases imponibles contemplada en el

³⁰⁰ Interesante reflexión la que nos brindan los profesores CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ respecto la paradójica situación que puede ocurrir con respecto la aplicación del ajuste secundario entre una matriz residente y una filial extranjera que no reconozca el gasto como no deducible. En palabras textuales de los autores, “allí donde la Administración extranjera no corrija el gasto deducible de la filial, la matriz española podría hasta tener interés en el ajuste secundario, ya que se podría producir una asimetría en el tratamiento de la renta, que generaría un gasto deducible en la filial y una renta exenta en la matriz”. *Los precios de transferencia en la encrucijada del siglo XXI*, 2012, p. 46

³⁰¹ “Los efectos de ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2007, p. 79.

³⁰² En el caso de personas físicas no residentes únicamente aquellos residentes en la UE o en países en los que exista un efectivo intercambio de información.

artículo 47 de la Ley del IRPF, puede suponer un menor impacto recaudatorio comparado con el de una persona jurídica que tributa sobre una sola base. No obstante, son las personas jurídicas quienes pueden neutralizar el impacto del dividendo a través de la aplicación de mecanismos para evitar la doble imposición, no así la persona física, lo cual nos lleva a concluir que no pueden establecerse afirmaciones generales sobre el impacto recaudatorio, salvo en supuestos muy concretos, debiendo por tanto analizar cada caso detenidamente.

También en relación a los socios personas jurídicas no residentes el ajuste secundario tiene un impacto recaudatorio directo vía retenciones, esto es, por obligación real del IRNR.

Particularmente curiosa me parece la reflexión del profesor CENCERRADO MILLÁN respecto los casos en los que el socio no cumpla los requisitos para la aplicación de la deducción por doble imposición interna al 100% o para el mecanismo de exención del artículo 21 del TRLIS. En escenarios como los descritos, sí podría haber una tributación adicional; en el caso de dividendos de fuente interna no cabe duda alguna puesto que el porcentaje de deducción se reduciría al 50%, y en el caso de dividendos de fuente extranjera podría depender del tipo impositivo extranjero. Sea como fuere, el citado autor concibe estos supuestos cuando el porcentaje de participación no alcanzara el 5%. Ciertamente el porcentaje del 5% es aquél que distingue la regla general de la especial en materia de deducciones para evitar la doble imposición interna y también respecto la aplicación del artículo 21 del TRLIS. No obstante, también es precisamente este porcentaje el que determina la vinculación entre un socio y una sociedad no cotizada, de manera que ante una participación interior al 5% ya no existiría debate alguno dada la no aplicación del artículo 16 del TRLIS. Entiendo que el autor se refiere a porcentajes inferiores al 5% respecto a entidades cotizadas, en cuyo caso sí tiene sentido su acertada reflexión relativa al “castigo tributario” que pueden sufrir los accionistas minoritarios, siendo precisamente ellos los que gozan de menor margen de maniobra para planificar una transacción que encubra una distribución de dividendos.

Por último, y aunque parezca obvio, vale la pena recordar que ante la actual configuración la parte del diferencial que no se corresponda con el porcentaje de participación siempre supondrá una tributación suplementaria en la medida en que no pueden aplicarse mecanismos que eviten la doble imposición.

3.- Transferencia de renta del socio a favor de la sociedad

Ha llegado el turno de analizar el otro supuesto respecto el cual la normativa fiscal ofrece, y hasta sería correcto afirmar, “exige”, calificaciones apriorísticas. En concreto, y como es bien sabido, el artículo 16.8 del TRLIS y su desarrollo reglamentario³⁰³, también ante la transferencia de recursos del socio a favor de la sociedad ha determinado una doble calificación legal, a saber, la parte correspondiente al porcentaje de participación en el capital de la sociedad, ostenta la calificación, salvo prueba en contrario, de aportación del socio a los fondos propios de la entidad, aumentando en esa misma cuantía el valor de la participación que el socio detenta sobre su filial. No obstante, esta calificación solamente alcanzará la diferencia entre el precio convenido y el valor de mercado que se corresponda con el porcentaje de participación, teniendo el exceso la consideración de liberalidad para el socio y de renta imponible para la sociedad.

De nuevo, se pretende analizar el fundamento jurídico de la fragmentación en la calificación del exceso renta, así como todos los efectos que esta calificación pueda ocasionar en sede no solo de la partes afectadas directamente, esto es, socio y sociedad, sino también en sede del resto de socios que no han intervenido directamente en la operación y ven alterado el valor de su inversión, efecto éste distinto si se ha aplicado la NRV 21^a del PGC o si directamente se ha cumplido el mandato fiscal del artículo 16.8 del TRLIS vía ajustes extracontables. Dicho análisis deberá tener en cuenta la naturaleza de persona física o jurídica del socio, así como su residencia fiscal en otras soberanías legales³⁰⁴.

³⁰³ Téngase en cuenta todos los posibles vicios de inconstitucionalidad de los que adolece la norma, los cuales ya han sido previamente analizado en el anterior capítulo.

³⁰⁴ Completaría este análisis el estudio efectuado en el apartado 4.3 del capítulo segundo relativo a la compatibilidad y coordinación entre el ajuste bilateral y el ajuste secundario. Se remite al lector a ese epígrafe para recordar cómo en el caso de participaciones del 100% pueden ocasionarse situaciones de desimposición o inclusive neutras pero no en casos en los que el porcentaje no abarca la totalidad de la inversión, dado el impacto impositivo de la calificación como liberalidad del exceso de la renta.

3.1.- Fundamento económico-jurídico de la normativa fiscal en cuanto a la calificación de rentas con especial atención al porcentaje de participación

No sorprenderé al lector si afirmo que prácticamente la totalidad de la doctrina, salvo excepciones, como VADILLO CASERO, ha sido extremadamente crítica con la doble calificación de renta que exige el legislador fiscal en función del porcentaje de participación. Me remito a los argumentos esgrimidos en el apartado 2.1 del presente capítulo, el cual lanzaba la argumentación contraria a esta fragmentación de rentas en cuanto a su calificación. Sin embargo, un breve resumen para recordar lo ya esgrimido, aplicable también en escenarios en los que el trasvase de recursos es a favor de la sociedad, sería el siguiente:

- Se trata de una doble calificación sin precedentes en el Derecho comparado, dado que aquellas jurisdicciones en las que se ha introducido la figura del ajuste secundario, una única calificación de renta alcanza la totalidad del diferencial de valores.
- Además, este doble rasero es contrario a los postulados de la OCDE, quien apuesta en todo caso por sistemas que no propicien situaciones de doble imposición, cuando precisamente la calificación de una parte de la renta como liberalidad conduce inexorablemente a escenarios de doble imposición, dado la naturaleza de gasto fiscalmente no deducible en sede de personas jurídicas (artículo 14.1.e del TRLIS) y por supuesto en sede de personas físicas, en cuyo caso una donación jamás generará una pérdida deducible en su renta. Eso sí, la renta que genera una liberalidad en sede de la sociedad receptora sí es un ingreso tributable, de ahí, la doble imposición. En otras palabras, se está generando una ficción extra que a nada conduce, salvo a situaciones indeseables pero con un único interés recaudatorio.
- Incongruencia mercantil que vuelve a estar presente en rentas calificadas como aportaciones a los fondos propios de la sociedad participada, lo cual puede generar dos conflictos importantes: por un lado, la existencia simultánea de fondos propios contables y fondos propios fiscales, aspecto éste que será analizado con mayor profundidad en los próximos apartados, y por otro lado, la certeza que si la operación estuviese

amparada por la legislación mercantil la aportación de un solo socio supondría la disminución del porcentaje de participación de los otros, salvo renuncia o transmisión del derecho de suscripción preferente, aspecto éste no contemplado por la normativa fiscal, y muchos menos por la contable³⁰⁵.

- Por último, cabe destacar otro aspecto apuntado por SANZ GADEA³⁰⁶ y recogido de nuevo por VADILLO CASERO³⁰⁷ relativo a lo que el primer autor denomina “finalidad esencial del contrato de sociedad”, entre los que en principio no se encuentra el *animus donandi* sino más bien la “obtención del lucro partible entre los socios”, según lo previsto en el artículo 1.665 del Cc.

A pesar de ser estas las críticas, considero oportuno entender las razones técnicas que han llevado a nuestro legislador a ser pioneros en una doble calificación que, si bien ha merecido todas las críticas, a las que me sumo, es menester ahondar en ellas. Curiosamente los dos autores que han explicado el por qué de esta fragmentación en la calificación de la renta coinciden en el razonamiento que ha guiado al legislador pero son absolutamente contrapuestos en cuanto a su opinión, de suerte de VADILLO CASERO³⁰⁸ comparte con el legislador su visión, mientras que LÓPEZ ALBERTS³⁰⁹ se

³⁰⁵ En relación al equilibrio del poder político en las sociedades, el artículo 93 LSC prevé como uno de los derechos del socio el derecho de suscripción/asunción preferente. El socio puede renunciar o vender ese derecho, por lo que se producirá una disminución de su proporción de poder pero consentida. También se prevé que, cuando el interés de la sociedad así lo exija, la junta pueda acordar la limitación supresión del derecho (art. 160 e) y 308 LSC). No parece que el artículo 16.8 del TRLIS haya tenido en cuenta ninguno de estos preceptos, limitándose su preocupación al valor fiscal de la inversión pero no respecto su porcentaje.

³⁰⁶ SANZ GADEA, “Implicaciones fiscales del nuevo Plan General de Contabilidad”, *Revista Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 61/2007, p. 137.

³⁰⁷ VADILLO CASERO, “El ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2008, p. 270.

³⁰⁸ El autor reconoce algunos de los problemas que puede ocasionar esta calificación, como la generación de situaciones de doble imposición pero en términos generales parece que acepta la normativa, mostrándose inclusive comprensivo con el texto del RIS, del que dice “estar plenamente justificado”. (“El ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2008, p. 270.).

³⁰⁹ Por el contrario, LÓPEZ ALBERTS (“El ajuste secundario y la contabilización de las operaciones vinculadas” 2009, p. 173) es extremadamente crítico con la regulación actual y a lo largo de su artículo se pueden leer sus fundados argumentos, algunos de los cuales ya han sido descritos en el apartado 2 del presente capítulo. Particularmente interesantes encuentro unas palabras del autor, que comparto, según el cual “esta nueva doctrina contable en torno a las operaciones entre empresas del grupo parece haber sido dictada desde la Dirección General de

muestra firmemente contrario, ya no al sólo al redactado actual del artículo 16.8 del TRLIS sino también a la NRV 21^a del PGC.

Sea como fuere, el hecho que un socio aporte fondos por encima de su porcentaje de participación, o lo que es lo mismo, que sea únicamente un socio el que esté trasvasando recursos a favor de su participada, no es inmune al resto de socios, los cuales verán aumentado el valor de su inversión sin haberse efectuado aportación alguna. Exactamente al contrario del análisis en el apartado anterior, en este escenario, el valor de la participación de los socios que no se descapitalizan aumenta gracias a la aportación del socio que sí ha participado en la operación vinculada. Llegados a este punto, sería bueno plantear un ejemplo resolviéndolo según la aplicación de la NRV 21^a del PGC, para así poder comparar esta solución con la impuesta por la normativa fiscal.

Sin embargo, creo oportuno señalar que a pesar del notable número de artículos relativos al ajuste secundario, únicamente LÓPEZ ALBERTS, y muy a pesar de insistir el propio autor que los apuntes contables recopilados son fruto de explicaciones provenientes de expertos en la materia respecto los cuales discrepa, señala con asientos contables qué sucede en el otro socio que no ha intervenido directamente en la operación. La mayoría de la doctrina teoriza sobre ello, y ejemplifica los asientos relativos al socio y a la sociedad pero no abunda quien aborda el efecto directo contable o fiscal que puede producirse sobre el otro socio. Con ello quiero poner de manifiesto que estamos ante una aplicación, ya no sólo fiscal, sino también contable, tan compleja como abierta, de ahí que existan notables diferencias de criterio y dudas razonables en cuanto a su aplicación práctica.

Imagínese una sociedad B, participada al 20% por la sociedad A y en un 80% por la sociedad C. El socio A ha realizado unas ventas de activos³¹⁰ a su participada por importe de 120.000 euros, siendo su valor razonable de 170.000 euros. Teniendo en cuenta que la NRV 21^a alude directamente al concepto de grupo, multigrupo y asociadas descrito en la Norma 13^a de

Tributos y/o preparada en connivencia con los valedores de la nueva regulación fiscal de las operaciones vinculadas”.

³¹⁰ A efectos de simplificar el ejemplo, no se tomará en cuenta la amortización acumulada del activo transmitido.

Elaboración de las Cuentas Anuales y que existe influencia significativa con un 20%³¹¹, es obligatorio el registro contable de la operación según la NRV 21ª del PGC.

Me parece interesante plantear la operación partiendo del socio que menos participación tiene para que todavía sea más visible el impacto en el otro socio, que en este caso es el mayoritario. Tradicionalmente la doctrina se ha referido a los otros socios como aquellos socios minoritarios pero bien es cierto que una operación entre un minoritario y su participada pueden de igual forma afectar indirectamente a los otros socios, los cuales pueden ostentar más porcentaje de participación que el socio implicado directamente en la transacción vinculada.

Téngase en cuenta que el balance de la sociedad B previo a la citada transacción era el siguiente:

Activo		Pasivo	
300.000	Tesorería	Capital social:	200.000
		Reservas:	100.000
300.000	TOTAL ACTIVO	TOTAL FFPP:	300.000

Como puede deducirse del enunciado, la entidad A ha transferido un importe de 50.000 euros a favor de su participada, diferencia ésta que deberá registrarse *atendiendo a la realidad económica de la operación*. Ya se ha comentado en el anterior capítulo que, a pesar de no imponer calificaciones previas la norma contable, la corriente de opinión mayoritaria no sólo entienden que debe reflejarse una aportación sino que además consideran adecuado distinguir la parte que es atribuible al socio y la parte que proviene de los otros socios, los cuales, insisto, nada tienen que ver con la transacción aquí registrada, hecho éste que no hace más que aumentar las reservas contra la redacción actual de la normativa contable absolutamente contaminada por la norma fiscal.

Así pues, el asiento a realizar por la sociedad adquirente B (filial) podría³¹² ser el

³¹¹ Salvo prueba en contrario.

³¹² Digo expresamente “podría ser” porque otra opción sería registrar contablemente toda la diferencia de valores como aportación y aplicar el artículo 21 bis del RIS vía ajustes

siguiente, modificando por supuesto su balance como sigue:

170.000 Activo (grupo 2)	a	Proveedores empresas grupo (403): 120.000 Aportaciones de socios (118) 10.000 <i>(20% x 50.000)</i> Ingresos por donaciones (778) 40.000 <i>(80% x 50.000)</i>	170.000
170.000			170.000

Activo		Pasivo	
180.000	Tesorería	Capital social:	210.000
170.000	Activo	Reservas:	100.000
		Beneficios:	40.000
350.000	TOTAL ACTIVO	TOTAL FFPP:	350.000

Antes de seguir con el ejemplo, cabe señalar que se ha considerado la aportación a los *fondos propios* de la sociedad (literal del artículo 16.8 del TRLIS) como aportación directa al capital, cuestión ésta que podría suscitar debate y que trataré más adelante.

Una vez registrada la operación, puede apreciarse como los fondos propios de la sociedad participada aumentan justo en el diferencial de valores entre el precio convenido y el valor razonable, lo cual impactará directamente en el valor de la inversión de los socios. No obstante, tampoco ni siquiera este aspecto parece pacífico, pues mientras algunos autores como CENCERRADO MILLÁN³¹³, SANMARTÍN MARIÑAS³¹⁴, BORRÁS AMBLAR y MARTÍNEZ ALONSO³¹⁵ asumen

extracontables. Quizás sea ésta una alternativa un tanto híbrida, pues se aplica la NRV 21^a pero su concreta aplicación no es suficiente para ahorrarnos el ajuste secundario. Curiosamente, y aún a pesar de poder parecer que una suerte de “aplicación de la normativa a la carta”, la ley lo permitiría, dado que contablemente únicamente se obliga a registrar la *realidad económica* sin especificar y es la normativa fiscal la que fragmenta la calificación de la renta en función del porcentaje de participación.

³¹³ CENCERRADO MILLÁN, “Ajuste secundario”, 2010, p. 593.

³¹⁴ SANMARTÍN MARIÑAS, *Tributación de las operaciones vinculadas y su documentación. Ejemplos prácticos*, 2009, p. 89.

como cuenta contable correcta una cuenta de ingreso extraordinario o por donación; en cualquier caso de trata de una cuenta del grupo 7 con impacto directo sobre el resultado del ejercicio; otros, como LÓPEZ ALBERTS, registran esta liberalidad en una cuenta del grupo 9, cuya imputación directa se realiza, como se sabe, al patrimonio neto. Aprovecho la ocasión para insistir de nuevo en que este no es un trabajo encaminado al análisis contable de la NRV 21ª del PGC pero sí me ha parecido menester señalar el poco consenso que existe en torno a las cuentas a utilizar en todos los supuestos, pero más todavía, si cabe, respecto aquellos escenarios de vinculación cuya calificación fiscal sí está expresamente detallada en la norma tributaria.

En cuanto al socio vendedor (A) debería registrar un incremento de su valor³¹⁶ en la inversión por la parte que se corresponde con el porcentaje de participación, siendo el resto un *gasto del ejercicio con la naturaleza económica de donación*, según el literal de la consulta 6 BOICAC 79/2009³¹⁷, con la naturaleza de gasto fiscalmente no deducible.

Analícese ahora la alteración del valor teórico contable de la participación, el cual, antes de la realización de la transacción cifraba 60.000 (300.000 x 20%). Si se tuviera en cuenta el trasvase real de recursos, dicha inversión debería aumentar en 50.000 euros, es decir, alcanzar un total de 110.000 euros. Sin embargo, el valor teórico contable real de la participación “post operación vinculada” alcanza los 70.000 (350.000 x 20%), lo que genera un pérdida real en sede de la sociedad A por importe de 40.000 euros. ¿Quién se ha visto beneficiado de este aumento de la inversión sin haber efectuado aportación alguna? El socio C, quien pasa a tener un valor teórico contable de la

³¹⁵ BORRÁS AMBLAR y MARTÍNEZ ALONSO, “Registro contable y régimen fiscal de las operaciones vinculadas. Casos prácticos”, 2010, p. 20.

³¹⁶ En el epígrafe relativo a los efectos en el socio concretaremos este aspecto específico, pues siendo puristas, y según el ICAC, “no procederá un incremento de la inversión en la filial cuando no sea probable que la empresa obtenga beneficios económicos futuros derivados de dicha aportación, en cuyo caso debería registrarse un gasto” (consulta 7 del BOICAC núm. 75 de 2009 y DGT V1703-09).

³¹⁷ En concreto, el ICAC señala *si la sociedad A es el único socio que presta a la filial de forma no remunerada, estará aportando a la sociedad B una mayor cantidad de la que le correspondería en función de su participación en B, ya que está realizando el cien por cien de la aportación. En este caso, y de nuevo de acuerdo con el criterio de la consulta 7 del BOICAC núm. 75, la sociedad A deberá proceder a contabilizar una mayor aportación en B por la parte que le corresponda en función de su participación, mientras que el resto tendrá la consideración de gasto del ejercicio (con la naturaleza económica de donación).*

participación de 240.000 euros (300.000 x 80%) a 280.000 euros (350.000 x 80%). Así parece que el socio A ha efectuado una donación a favor del socio C, una donación forzada, aunque no existe en ningún caso un “*animus donandi*” hacia el otro socio, sino únicamente a favor de la sociedad; otra ficción jurídica más obra de la imaginación curiosa de nuestro legislador³¹⁸.

A estos efectos señalar que la doctrina, inclusive el ICAC³¹⁹, parece que tiene muy claro los asientos a efectuar en sede del socio y de la sociedad aún cuando la participación entre ellos no alcance el 100%, pero como digo, prácticamente hay silencio doctrinal en cuanto la aplicación de la NRV 21^a respecto el resto de socios. Como nos recuerda VADILLO CASERO, defensor del redactado actual del artículo 21 bis del RIS, “el único problema que plantea este tratamiento es que el socio que no interviene en la operación vinculada, sigue beneficiándose de una plusvalía tácita en su participación que cuando se realice supondrá una doble imposición, pues por esta misma plusvalía ya tributó la sociedad”. Como sigue el autor, esta plusvalía podrá beneficiarse de los mecanismos previstos en la ley para evitar la doble imposición³²⁰; siendo, a mi entender, preferible esta situación que no la de obligar al otro socio a registrar y tributar por una donación presuntamente recibida del socio que ha intervenido en la operación y que por su naturaleza de donación no podría gozar de ningún mecanismo para evitar la doble imposición.

Este parece que es el razonamiento contable y también el del artículo 21 bis del RIS, en cuyo caso de una manera explícita, únicamente impone el ajuste secundario a las partes intervinientes en la operación. Supóngase ahora la

³¹⁸ LÓPEZ ALBERTS (“El ajuste secundario y la contabilización de las operaciones vinculadas”, 2009, p. 172) se hace eco de los asientos que según el autor propondrían los expertos contables que han intervenido en la redacción del nuevo PGC, en virtud de los cuales el incremento de valor de la participación que experimenta el otro socio deberá contabilizarse contra la cuenta 942 “Ingresos de otras subvenciones, donaciones y legados”.

³¹⁹ Si bien es cierto que el ICAC (Consulta núm. 4 del BOICAC 79 de septiembre de 2009) sí se ha pronunciado respecto la condonación de créditos entre dos sociedades dependientes, las cuales pueden no estar íntegramente participadas por la sociedad dominante. Entraré en este aspecto en otro apartado, concretamente cuando se analicen las operaciones entre sociedades hermanas.

³²⁰ Recuérdese que si se trata de un socio persona jurídica podrá aplicar el artículo 30.5 del TRLIS, pero si estamos en sede de persona física, la doble imposición no se elimina. En este sentido cabe añadir una reflexión tan básica como cierta. Antes de la subida de tipos a las rentas del ahorro, el hecho que éstas tributasen a un tipo del 18%, y a pesar de no eliminar la doble imposición, la tributación se veía atenuada por la aplicación de este tipo reducido. Actualmente, con un tipo progresivo que graba las rentas del ahorro hasta el 27%, no hay duda que la doble imposición en persona física parece que no interesa aliviarla.

misma operación descrita en los anteriores párrafos pero en las que las partes han registrado contablemente el valor convenido por considerarlo valor razonable. Siguiendo el razonamiento de simplificación ya utilizado por el legislador en el caso de reparto de dividendos, lo que interesa es hacer tributar la donación efectuada por el socio, y qué más sencillo que sea la propia sociedad participada quien acabara aumentado su base imponible, sin tener que “modificar” la base tributable del resto de socios, pues al fin y al cabo se consigue el mismo objetivo, esto es, hacer tributar una renta por donación³²¹. De hecho, sería del todo improcedente y carente de sentido que se obligase al otro socio a efectuar otro ajuste extracontable; hacerlo supondría aumentar la ya existente doble imposición que aflora ante cualquier liberalidad no deducible.

Todavía queda una pregunta pendiente por responder, a mi entender, de sumo interés; ¿Se conseguiría el mismo efecto si, al igual que en otras soberanías fiscales, se hubiese considerado todo el exceso como aportación a los fondos propios de la sociedad? La contestación no se hace esperar, dado el no impacto fiscal de una aportación de capital, que como se sabe no es renta tributable como sí lo es una renta ocasionada por una liberalidad. Una vez más, y a pesar de poder entender el razonamiento del legislador, prima más el afán recaudatorio que la lógica de la realidad, pues imponer una “donación” cuando la desviación de precios puede fundarse en simplemente una discrepancia de criterio, es simple y llanamente una intromisión clamorosa a la capacidad contributiva del sujeto pasivo.

³²¹ Rizando el rizo podría llegar a suceder lo que comenta CORDÓN EZQUERRO en su artículo (“Valor de mercado y ajuste secundario en las operaciones vinculadas”. 2009, p. 184), esto es, que se registre contablemente la totalidad de la diferencia entre el precio convenido y el valor razonable como aportación a los socios sin tener en cuenta el porcentaje de participación, y por ende sea obligatoria la aplicación del artículo 21 bis del RIS en virtud de la cual sí debe constar una doble calificación, considerando únicamente aportación a los fondos la diferencia correspondiente al porcentaje de participación, siendo el exceso liberalidad para el socio y renta para la sociedad. Sería ésta una aplicación mixta de la NRV 21^a y del artículo 21 bis del RIS. En puridad, no podría decirse que es una aplicación incorrecta, dado que como ya se ha señalado en anteriores ocasiones, la NRV 21^a ofrece libertad al sujeto pasivo para que registre la realidad económica de la operación pero no impone calificaciones apriorísticas. Por tanto, creo, nada debería impedir asumir la normativa fiscal mediante aquella parte del ajuste secundario que no se reflejara en la contabilidad.

3.2.- Efectos en la sociedad participada

3.2.1.- Aportación de fondos a favor de la sociedad. ¿Se refiere a aportación de capital?

La normativa fiscal es bien explícita en cuanto al tratamiento a otorgar a la diferencia de precios hasta el porcentaje de participación; concretamente el literal del artículo 16.8 del TRLIS se refiere a *aportaciones del socio o participe a los fondos propios si la diferencia fuese a favor de la entidad*.

La primera de las cuestiones que se nos plantean es saber si se trata de una renta tributable, aunque cierto es que en anteriores epígrafes ya se ha considerado como una renta sin efectos fiscales inmediatos. Fiscalmente sería legítimo la generación de dudas partiendo de la lectura del artículo 15.3 del TRLIS, en virtud del cual una aportación de un bien cuyo valor de mercado difiere del contable genera una renta gravable. Sin embargo, esta apreciación, a mi modo de ver, es indirectamente descartada por el legislador, de suerte que únicamente respecto la diferencia que excede del porcentaje de participación se califica como *renta* y así lo menciona expresamente el legislador. De hecho, si hubiese querido que tributase muy posiblemente no se habría molestado en fragmentar la calificación del diferencial entre el precio convenido y el valor de mercado. De todos modos en el próximo capítulo se dedica un epígrafe al estudio de la relación de compatibilidad o exclusión entre la regla de valoración contenida en el artículo 15.3 del TRLIS y el ajuste secundario regulado en el artículo 16.8 del TRLIS.

A mayor abundamiento, y habida cuenta de la contaminación e interrelación entre las normas fiscal y contable³²², el ICAC se ha pronunciado en cuanto al tratamiento contable que merece el diferencial de valores cuando la participación alcanza el 100% o bien hasta el porcentaje de participación, y lo ha hecho de una forma clara y contundente en la consulta 6 BOICAC 79/ 2009³²³, amparándose

³²² Recuérdese que la exposición de motivos de la Ley 36/2006 apela directamente a la normativa contable, cuyo criterio será seguido por la normativa fiscal. *Vid.* apartado 2 del segundo capítulo.

³²³ Por su claridad de exposición, considero oportuno transcribir parte del texto de esta consulta: *“Si la sociedad A aporta recursos a la sociedad B de forma gratuita, esta aportación que realiza el socio a su sociedad no puede tener la consideración de gasto e ingreso respectivamente, ya que el apartado 2 de la NRV 18ª, en consonancia con la definición de ingreso del Marco Conceptual de la Contabilidad (MCC) recogido en la parte primera del PGC 2007, rechaza la posibilidad de que entre*

en la NRV 18.2 del PGC, en la que se establece que “*las subvenciones, donaciones y legados no reintegrables recibidos de socios o propietarios, no constituyen ingresos, debiéndose registrar directamente en los fondos propios, independientemente del tipo de subvención, donación o legado de que se trate*”. A mayor abundamiento la DGT en una respuesta a la consulta vinculante V1833-09 literalmente concluye que “*en el caso en que la condonación de créditos se realice por la sociedad dominante a la dependiente, el mismo tendrá la consideración de aportación a los fondos propios de la entidad participada, lo que no generará ningún efecto fiscal*”. En la misma línea se pronuncia la consulta vinculante V1832-09³²⁴.

En consecuencia, ante la aplicación de la NRV 21^a del PGC la cuenta que muy posiblemente utilizará la sociedad filial receptora del trasvase de recursos será la 118 de aportaciones de socios o propietarios, sin que ello afecte la cuenta de resultados. En caso de aplicación directa del artículo 16.8 del TRLIS, ya sea por no existir obligación de aplicar la NRV 21^a o bien siéndolo por considerar equiparable el valor convenido y el razonable, no habrá necesidad de efectuar ningún ajuste extracontable positivo en la base imponible de la sociedad filial, precisamente por su consideración de renta no tributable. En cualquier caso, tal y como menciona LÓPEZ ALBERTS, “esta partida no puede ni debe ser considerada como un resultado computable en Pérdidas y Ganancias”³²⁵

Una segunda cuestión que merece mi atención deriva precisamente del literal de la normativa fiscal, en cuyo artículo 16.8 del TRLIS se refiere a aportaciones a los *fondos propios*. Uno podría preguntarse por qué no se refiere a aportación en el *capital*. SUÁREZ MOSQUERA fue de los primeros que reparó en este

socio y sociedad pueda existir como causa del negocio la mera liberalidad. Por el contrario, la solución que recoge la norma para estas transacciones guarda sintonía con la causa mercantil que ampara las ampliaciones de capital. Desde una perspectiva estrictamente contable, la sociedad donataria experimenta un aumento de sus fondos propios clasificado en el epígrafe A1.VI “Otras aportaciones de socios” del balance y la donante, en sintonía con el criterio recogido en la consulta 7 del BOICAC núm. 75 contabilizará, con carácter general, un mayor valor de su participación salvo que, como se expone el apartado 4 posterior, existiendo otros socios, los donantes realicen una aportación en una proporción superior a la que les correspondería por su participación efectiva”. También la reciente consulta 2 BOICAC 96/2013 reitera de nuevo el mismo criterio.

³²⁴ Ambas consultas, tanto la V1832-09 como la V1833-09 se limitan básicamente a reproducir el criterio del ICAC en cuanto al registro contable de la condonación de créditos entre partes vinculadas.

³²⁵ LÓPEZ ALBERTS, “El ajuste secundario y la contabilización de las operaciones vinculadas”, 2009, p. 171

aspecto, ofreciendo al lector una crítica al texto legal con una argumentación basada en la normativa mercantil³²⁶. A modo de resumen, dice el citado autor que el concepto de fondos propios es más amplio que el de capital, pues como se sabe incluye, entre otras partidas, a parte del capital social, las reservas, el resultado del ejercicio, así como los resultados de ejercicios anteriores. No parece que exista motivo alguno que justifique la utilización de una figura “híbrida” como lo sería la aportación a los fondos propios, pues mercantilmente no caben las aportaciones únicamente a reservas, sino a capital, pudiendo acompañarse el aumento con prima de emisión, o aportación para compensar pérdidas, pues cualquier otra aportación entraría de lleno en el terreno de la donación, partida ésta que no forma parte de los fondos propios³²⁷. De hecho, otras legislaciones más veteranas en el uso del ajuste secundario, hablan de “*deemed capital contribution*”.

De todas formas hay que ser cautos en este aspecto, por cuanto es cierto que ni la actual redacción de la LSC ni las antiguas LSA y LSRL contienen una regulación expresa de la figura de “aportación del socio a fondos propios”, en contraposición con el aumento de capital, que sí está expresamente regulado, pero ello no quiere decir que no se admita en la práctica mercantil como mecanismo para aumentar la dotación social. Nótese que la actual redacción del artículo 19 del TRLITPAJD dispone que son operaciones sujetas (a pesar de estar desde 2010 también exentas) “*las aportaciones que efectúen los socios que no supongan un aumento del capital social.*”, redacción más amplia que la anterior en la que únicamente se preveía las “*aportaciones que efectúen los socios para reponer pérdidas*”. Pero no es ésta la única “puerta de entrada” para este tipo de operación, de suerte que la definición del actual PGC sobre la

³²⁶ SUÁREZ MOSQUERA, “La calificación jurídica de las operaciones vinculadas, en la imposición directa, según la modificación realizada por la Ley 36/2006, de prevención del fraude fiscal”, 2007, p. 19.

³²⁷ También en este mismo sentido se pronuncia el profesor CALVO VÉRGEZ, quien afirma que “lo que no resulta admisible con el resto del ordenamiento es proceder a su calificación como aportación del socio a reservas”. De hecho, sigue el autor, “desde un punto de vista estrictamente contable, si se hubiese efectuado una aportación del socio a la sociedad y dicha aportación no adquiriese la consideración de capital o de aportación para compensar pérdidas, únicamente resultaría admisible su calificación como donación. Ahora bien, esta última calificación debe ser rechazada de plano, ya que se trata de una cuenta que no se encuentra calificada dentro de los fondos propios, sino dentro de la agrupación de “ingreso a distribuir”. *Operaciones Vinculadas y Subcapitalización*, 2011, p. 299.

cuenta 118 “*Aportaciones de socios o propietarios*” es también más amplia que la antigua cuenta 122 recogida en el PGC de 1990, cuyo título excluía cualquier aportación que no fuese para compensar pérdidas, de ahí su denominación “*Aportaciones de socios para compensar pérdidas*”.

Siendo así las cosas, sí parece que se admite la posibilidad de realizar una aportación a fondos propios ya sea, como se sabe, para compensar pérdidas o bien para incrementar el patrimonio social, o para ambas finalidades, aunque a decir verdad, si no se quiere aumentar el capital, quizás lo que más sentido tendría es una concesión de préstamo participativo, reservándose, entiendo, la figura de la aportación a fondos propios para supuestos de empresa familiar en las que no existen socios externos y siempre que el “poder” no sea un aspecto que les preocupe.

En cualquier caso el efecto pasa por un aumento del valor neto contable de la participación. En este sentido, y teniendo en cuenta que no es éste un trabajo encaminado al análisis de la normativa mercantil, remito al lector al interesante artículo publicado recientemente por VARO REINA, quien nos presenta de forma clara y concisa un estudio comparativo entre las figuras de aumento de capital y aportación a fondos propios, señalando que esta segunda opción minora el riesgo de desequilibrio patrimonial al no incrementar la cifra de capital social³²⁸.

³²⁸ Merece la pena transcribir las conclusiones del artículo escrito por VARO REINA en relación a las características básicas de la figura de la “aportación a los fondos propios” (“Aportación de socios a fondos propios” en el portal www.el.derecho.com/tribuna/mercantil del Grupo Francis Lefebvre el 21 de marzo de 2014.

“Teniendo en cuenta todo lo anterior y a modo de resumen cabe destacar las siguientes notas de las aportaciones a fondos propios:

- i) Sólo pueden efectuarlas los socios, teniendo carácter voluntario para ellos, salvo que se configure como prestación accesoria de dar;
- ii) Pueden aportarse todo tipo de bienes y derechos;
- iii) Pueden ir destinadas a la compensación de pérdidas, a incrementar el patrimonio social, o a ambas finalidades;
- iv) Una vez efectuadas tienen el carácter de definitivas;
- v) Los aportantes no tienen derecho a recibir nada a cambio; no siendo reintegrables y sin que den derecho a contraprestación alguna;
- vi) Requiere de menos formalidades que el aumento de capital social;

Sea como fuere, en términos tributarios y de estricta aplicación del artículo 16.8 del TRLIS, se prevé un incremento de los fondos propios en la entidad participada, ya sea por entender que se ha aumentado el capital social o bien se ha efectuado una aportación a fondos propios. Aun así, de nuevo, el artículo 16.8 del TRLIS requiere de una redacción más pulcra en el uso de los vocablos que no pueda inducir a confusión, y más teniendo en cuenta la automaticidad en su aplicación. En mi opinión, y tomando en consideración el marco de actuación de ambas figuras, sería un ejercicio de sensatez por parte del legislador que “rebautizara” la aportación a fondos propios por la aportación a capital.

3.2.2.- Fondos propios contables *versus* fondos propios fiscales. ¿Puede distribuirse esa “aportación” al socio?

Merece mi atención una de las cuestiones a mi entender más sorprendentes de esta regulación fiscal, y es precisamente la referente al importe de los fondos propios. Así, ante un registro contable de un aumento de los fondos propios es evidente que el importe tanto contable como fiscal del patrimonio neto coinciden pero no sucede lo mismo si se aplica en exclusiva la normativa tributaria, la cual exige la calificación del diferencial como aportación de fondos en el terreno fiscal pero no contablemente, de modo que, ¿Estaremos ante unos fondos propios fiscales superiores a los fondos propios contables? ¿Puede entonces distribuirse esa “aportación fiscal” a los socios? En todo caso, no se trataría de una distribución de beneficios, sino de una devolución de aportación al socio, ¿Es esto posible?

En cuanto a la primera de las cuestiones, parece innegable que el ajuste secundario propicia la existencia de diferencias entre los fondos propios contables y fiscales. En este sentido, cierto es que el artículo 18 del TRLIS hace tiempo que permite la diferencia entre valores fiscales y contables, de ahí la

vii) Minora el riesgo de desequilibrio patrimonial al no incrementar la cifra del capital social; y

viii) Si todos los socios efectúan la aportación en proporción al porcentaje que ostentan en el capital social no se manifiesta renta alguna a efectos contables en la sociedad receptora, por lo que no se tributa en el Impuesto sobre Sociedades.”

posibilidad de efectuar ajustes a la base imponible durante la vía útil del bien o bien cuando éste cause baja. Sin embargo, tal y como recuerda LÓPEZ ALBERTS, hasta ahora “esa discrepancia de valoraciones no permitía ni obligaba a asumir una discrepancia entre los *fondos propios* (actualmente, el “*patrimonio neto*”³²⁹) contables y los vigentes a efectos fiscales”³³⁰, cosa que sí sucede ahora dada la interpelación directa de la normativa fiscal a la calificación como “aportación a los fondos propios”.

Por supuesto todo este debate surge a raíz de la entrada en nuestro Derecho positivo del ajuste secundario y más en concreto de sus calificaciones apriorísticas, pues de existir únicamente una aportación registrada contablemente no habría discrepancia entre fondos propios fiscales y contables. Sin embargo, esta ficción legal existe hasta tal punto que impacta directamente sobre un incremento fiscal en el valor de la participación que el socio ostenta

³²⁹ No obstante la apreciación del autor, recuérdese que el patrimonio neto no coincide con exactitud con los fondos propios. Así, y únicamente a modo de recordatorio, añadir que el patrimonio neto está compuesto por:

A-1) Fondos Propios

- I. Capital
- II. Prima de emisión
- III. Reservas
- IV. (Acciones y participaciones en patrimonio propias)
- V. Resultados de ejercicios anteriores
- VI. Otras aportaciones de socios
- VII. Resultado del ejercicio
- VIII.(Dividendo a cuenta)
- IX. Otros instrumentos del patrimonio neto

A-2) Ajustes por cambio de valor

- I. Activos financieros disponibles para la venta
- II. Operaciones de cobertura
- III. Otros

A-3) Subvenciones, donaciones y legados recibidos.

³³⁰ LÓPEZ ALBERTS, “El ajuste secundario y la contabilización de las operaciones vinculadas”, 2009, p. 179

sobre la filial. Así pues, si fiscalmente existe un valor de la participación que difiere de su valor contable (ello, por supuesto, en el caso que no fuera de aplicación la NRV 21ª del PGC) en sede del socio, ¿Por qué esta ficción legal no puede también impactar en la sociedad? Sería absurdo pensar que una ficción legal, que necesita de dos partes para operar, (pues no hay aportación sino hay socio y sociedad) afectase en exclusiva a una de las partes. Pero, ¿qué consecuencias puede acarrear para la sociedad filial contar con unos fondos propios distintos de los registrados en el balance? A mi modo de ver, considero que todas aquellas operaciones fiscales cuyo cálculo dependa directamente del importe de los fondos propios debe partir de los fondos propios fiscales, de lo contrario, ¿qué coherencia y sentido tendría una ficción legal sino se inserta en la totalidad de las normas reguladoras? A modo de ejemplo, ante el cálculo del ajuste negativo derivado de la corrección monetaria (artículo 15.9 del TRLIS), cuyo punto de partida son los fondos propios de la sociedad, sería oportuno tener en cuenta los fondos propios fiscales; de ahí que la alusión del texto legal vigente debería concretar y añadir el término “fondos propios *fiscales*”. Exactamente lo mismo sucedería antaño con la derogada regla de subcapitalización³³¹. En sede de personas físicas, ante supuestos de préstamo del socio a su sociedad, los intereses percibidos por el socio se imputarán a la base del ahorro hasta el exceso del importe cedido respecto el resultado de multiplicar por tres los fondos propios, en la parte que se corresponda a la participación del socio, tal y como señala el artículo 46 de la LIRPF; siendo el resto renta integrable en la base general. Pues bien, también en este caso, los fondos propios que debería tener en cuenta el socio para efectuar dicho cálculo deberían ser los fondos propios fiscales. Afirmar lo contrario, sería tanto como admitir que la calificación fiscal de la renta como aportación a los fondos propios está vacía de contenido para la receptora de estos fondos y que únicamente produce efectos en sede del socio.

La segunda de las cuestiones a analizar es si sería posible la devolución de estas “aportaciones” al socio. A pesar de efectuar los correspondientes ajustes, es evidente que el trasvase de recursos sigue estando en las cuentas de la sociedad y aún a pesar que la aplicación del ajuste secundario suponga un

³³¹ En este mismo sentido se manifiestan CENCERRADO MILLÁN (“Los efectos de ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas, 2007, p. 65), así como LÓPEZ ALBERTS (“El ajuste secundario y la contabilización de las operaciones vinculadas”, 2009, p. 179,

aumento de valor de la participación del socio respecto su inversión, y a su vez una aportación de fondos a la sociedad, ¿cómo puede el socio “rescatar” el dinero? El ajuste secundario por supuesto aún la situación contable con la situación fiscal tras la realización de los ajustes primario y correlativo. Sin embargo, ¿puede el socio recuperar “su dinero”, en otras palabras, “su aportación”?

Si bien es cierto que la normativa fiscal, tal y como se ha señalado en el anterior epígrafe, menciona la curiosa e inexistente figura de la “aportación a los fondos propios”, también es cierto que mercantilmente únicamente tiene sentido la aportación al capital o para compensar pérdidas pero no directamente la aportación a reservas. En este sentido, podría pensar el lector que dado el divorcio vigente entre los fondos propios contables y fiscales bien pudiera existir una nueva forma de aportación fiscal pero ello ya me parecería del todo descabellado a la par que inadmisibles. Si el ajuste secundario con la redacción actual ya es en muchas ocasiones un atropello a la congruencia mercantil, aumentar este sinsentido sería del todo jurídicamente inaceptable.

Siendo así las cosas, en opinión de quien escribe estas líneas, asumiendo que la aportación a los fondos propios no es una aportación a reservas sino directamente al capital, no podría considerarse la opción de distribución de reservas como beneficios, o si así fuera, en cualquier caso no podría aplicarse la deducción para evitar la doble imposición³³², pues son rentas que no han sido gravadas en sede de la sociedad filial. La única opción que quizás sería viable sería plantear una reducción de capital con devolución de aportaciones; eso sí, nada parece que podría impedir la tributación del 1% en concepto de ITADJD en su modalidad de operaciones societarias. En otro sentido, no creo viable que pudiera admitirse la fórmula de devolución de la prima de emisión, con el consecuente ahorro en ITPAJD que ello supondría, pues como se sabe, la devolución la prima de emisión no es un hecho imponible en la modalidad de operaciones societarias. No lo considero viable por entender que la finalidad de

³³² Comparto opinión con SUÁREZ MOSQUERA (“La calificación jurídica de las operaciones vinculadas, en la imposición directa, según la modificación realizada por la Ley 36/2006, de prevención del fraude fiscal”, 2007, pp. 18-19), quien de forma breve pero contundente afirma que el reparto ulterior de estas “reservas” no podrían dar lugar a la aplicación de la deducción para evitar la doble imposición de dividendos “pues a efectos fiscales esto es un mayor capital”.

la prima de emisión nada tiene que ver con la aportación derivada de la aplicación del artículo 16.8 del TRLIS.

Por último, imagínese un supuesto en el que el socio no ostenta la totalidad de la participación, ¿aceptarían los otros socios una reducción de capital con devolución de aportaciones respecto de un socio cuando esta aportación mercantilmente no ha existido? En otras palabras, ¿darían por válida esta aportación “fiscal” y acordarían su devolución al socio afectado? Demasiadas preguntas sin responder debido, una vez más, a la incongruencia mercantil que supone la aplicación del polémico ajuste secundario.

Se detecta aquí varias cuestiones que sería de agradecer que el legislador aclarara. Por supuesto lo óptimo sería una nueva redacción del artículo 16.8 del TRLIS y de su correspondiente desarrollo reglamentario, pero al menos, disminuiría la inseguridad jurídica actual con una respuesta interpretativa por parte de la DGT que vaya más allá de la simple aplicación normativa, planteándose cuestiones tan obvias y frecuentes como el choque frontal con la normativa mercantil.

3.2.3.- Aportación de fondos propios (capital) y su posible sujeción a ITPAJD en su modalidad de operaciones societarias

Tal como nos recuerda RUIZ GARRÓS³³³, desde el 3 de diciembre del 2010 y sin limitación temporal, en virtud del artículo 3 del RD Ley 13/2010 de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, están exentas de ITPAJD en su modalidad de operaciones societarias, las operaciones de aportaciones de los socios que no supongan un aumento de capital³³⁴. El objetivo perseguido con esta modificación puede leerse

³³³ RUIZ GARRÓS “La contabilización y tributación del ajuste secundario en las operaciones vinculadas. Visión práctica. La identidad sustancial entre los criterios contable y fiscal.” 2010, pp. 78, 82 y 84.

³³⁴ Cabe recordar que la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, generaliza el sistema de devolución mensual del Impuesto sobre el Valor Añadido y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria, a través de su artículo séptimo. Tres, modifica el artículo 19 del TRLITP, determinando que “*las aportaciones que efectúen los socios que no supongan un aumento de capital social*” estarán sujetas a dicho impuesto. Observe el lector que esta ampliación del hecho imponible ha tenido pocos efectos prácticos, pues dos años más tarde se consideran operaciones exentas; sujetas pero exentas.

en la exposición de motivos, en cuyo texto argumenta que la finalidad última es la favorecer la capitalización de las empresas “*siendo conveniente suprimir los obstáculos que dificulten el logro de tales fines*”.

Parece pues que no debiera existir discusión doctrinal, de suerte que desde el pasado mes de diciembre de 2010 este tipo de operaciones están exentas. Es menester señalar que cuando la normativa se refiere a “aportaciones que no supongan un aumento de *capital*” sólo puede referirse al capital social, al registrado contablemente, y no al fiscal, el cual puede ser superior de manera ficticia por la aplicación del artículo 16.8 del TRLIS.

Habiendo precisado este aspecto, existe todavía una cuestión por resolver. ¿Estamos realmente ante un supuesto de operación sujeta pero exenta o directamente debe tratarse de una operación no sujeta a ITPAJD? ¿Obtendríamos la misma respuesta en caso de aplicación de la NRV 21ª del PGC y no únicamente del artículo 16.8 del TRLIS? En el caso de una operación vinculada a la que le es de aplicación la NRV 21ª, y por tanto la calificación del diferencial de renta se registra contablemente, el debate doctrinal ha quedado zanjado gracias a una consulta vinculante (V2180-09 de 29 de septiembre de 2009) según la cual se concluye que la aportación de los socios que no suponga un aumento de capital social tributará por el ITPAJD en su modalidad de operaciones societarias. Obsérvese que esta consulta es anterior a la exención *sine die* en vigor desde el mes de diciembre del 2010. Sin embargo, me parece que es una consulta muy clarificadora, pues precisamente la consultante está participada por varios socios personas físicas, familiares entre ellos que tienen previsto realizar aportaciones en efectivo en concepto de donaciones no reintegrables. De hecho, dichas aportaciones no se documentarán mediante escritura pública de ampliación de capital, ni tan siquiera se realizan con el fin de compensar pérdidas, dada la buena marcha de la entidad en los últimos años. En sintonía con lo comentado anteriormente y en línea con las consultas del ICAC, la DGT entiende que debe ser de aplicación la NRV 18.2 y por tanto *no constituyen ingresos debiendo registrarse directamente en los fondos propios*³³⁵. A estos

³³⁵ Concretamente, la DGT parte de la presunción de que todos los socios realizan la “donación” a que se refiere la consultante en la misma proporción que sus participaciones en el capital de la entidad, tanto a efectos contables como fiscales. Así, para la entidad esa operación tendrá la consideración de aportaciones de los socios a los fondos propios de la entidad y, en consecuencia no tiene la consideración de ingreso ni a efectos contables ni fiscales.

efectos, y aunque no se le pregunte directamente sobre esta cuestión, la DGT finaliza su respuesta sosteniendo que *“debe tenerse en consideración lo establecido en el artículo 19 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el RDL 1/1993, de 24 de septiembre, según el cual son operaciones sujetas al concepto de operaciones societarias de dicho Impuesto, las aportaciones que efectúen los socios que no supongan un aumento del capital social”*.

A pesar de lo expuesto, el debate sigue abierto respecto aquellas transacciones cuyo diferencial no ha sido registrado contablemente y sólo a través de los ajustes extracontables se consigue dar cumplimiento al mandato del artículo 16.8 del TRLIS; pues ahí todavía no se ha pronunciado la Administración; quizás porque el impacto recaudatorio sería nulo desde el 3 de diciembre de 2010. A aún así, vale la pena centrar la atención en este aspecto, pues aunque se trata a fecha de hoy de una mera cuestión técnica (operación sujeta y exenta u operación no sujeta) lo que hasta hoy es una exención podría dejar de serlo si así lo estima el legislador.

En estos supuestos pueden existir argumentos a favor y en contra, los cuales son recopilados magistralmente por CENCERRADO MILLÁN, resumen el del autor muy útil para dilucidar sobre una u otra postura. A favor de gravar estas aportaciones “ficticias” existe un argumento transversal a cualquier operación vinculada que pasa por entender que la finalidad última del régimen de operaciones vinculadas es que se produzcan exactamente los mismos efectos y consecuencias tributarias que si la operación se hubiese efectuado entre dos partes independientes, lo cual incluye, no únicamente valorar a precio de mercado la operación (ajuste primario), sino también recalificar el trasvase de recursos (ajuste secundario). Precisamente esta calificación no será del todo completa sino tiene en cuenta los efectos de la imposición indirecta, tales como el ITPAJD e inclusive el IVA. En esta posición encontramos a SENDÍN CIFUENTES³³⁶ y a GARCÍA-HERRERO BLANCO³³⁷ y a BORRÁS AMBLAR y

³³⁶ SENDÍN CIFUENTES, “El ajuste secundario en operaciones vinculadas. Incidencia en operaciones internacionales”, 2008, p. 232.

³³⁷ GARCÍA-HERRERO BLANCO, C., “El régimen de documentación en las operaciones vinculadas”, *Revista Técnica Tributaria*, núm. 87, 2009, pp. 45-46

MARATÍNEZ ALFONSO³³⁸, los cuales se muestran favorables a que este tipo de aportaciones sean gravadas por la modalidad de operaciones societarias del ITPAJD.

En la posición contraria se encuentra el profesor CENCERRADO MILLÁN, quien argumenta que el artículo 16.1 del TRLIS menciona que las correcciones valorativas únicamente se realizarán sobre el Impuesto sobre Sociedades, el IRPF o el IRNR pero nada señala acerca del resto de impuesto. A mayor abundamiento, sigue el profesor, argumentando que el artículo 16.8 del TRLIS sostiene que la diferencia entre el precio convenido y el valor de mercado tendrá el tratamiento fiscal que se corresponda a la naturaleza de las *rentas* puestas de manifiesto, y por tanto sólo los impuestos que gravan *rentas* caben en el ajuste secundario, tales como los impuestos directos ya mencionados³³⁹.

En opinión de quien escribe estas líneas, considero que si el legislador opta por hacer tributar una operación “como” si la misma se hubiese realizado entre partes independientes, la ficción debería ser completa, es decir, inclusive de todos los efectos tributarios. Sin embargo, y puesto que se trata de una intromisión, si se quiere indirecta, a la capacidad contributiva del contribuyente, debería estar preceptivamente regulado en la normativa del impuesto correspondiente; de suerte que, tal y como dice el profesor CENCERRADO MILLÁN, “los efectos del artículo 16 del TRLIS no pueden extenderse sin más a los tributos indirectos”. A modo de resumen, considero que deberían extenderse los efectos tributarios que despliega la operación pero siempre que estuviera previamente regulado en la correspondiente normativa, lo que en el caso que nos ocupa supondría una modificación expresa del artículo 19 del ITPAJD relacionando la aportación de fondos del artículo 16.8 del TRLIS como hecho gravable; pues sin esta preceptiva modificación a fecha de hoy no podría afirmarse que estamos ante un hecho sujeto a operaciones societarias. En realidad, únicamente mediante la regulación expresa se matizan las diferencias que son propias de cada tributo y que no tienen porqué coincidir en su totalidad con el artículo 16 del TRLIS. Sirva como ejemplo el artículo 79.5 de la LIVA que impone el valor de mercado en una

³³⁸ BORRÁS AMBLAR, F. y MARTÍNEZ ALONSO, A., “Registro contable y régimen fiscal de las operaciones vinculadas. Casos prácticos”, 2010, p. 24.

³³⁹ CENCERRADO MILLÁN, “Los efectos de ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2007, p. 77-78.

operación vinculada sólo en tres supuestos específicos³⁴⁰, situaciones éstas que producen un claro perjuicio para la Administración concretado en un menor IVA ingresado a las arcas del Estado.

3.3.- Efectos en el socio

3.3.1.- Aumento del valor de la participación³⁴¹

El efecto directo que el ajuste secundario provoca en el socio en cuanto a la calificación de aportación a los fondos propios a favor de su filial es el *aumento de valor de adquisición de la participación*.

Teniendo en cuenta la inspiración contable respecto la normativa fiscal, y a pesar que el redactado de la NRV 21^a del PGC deja margen a la subjetividad del

³⁴⁰ Esta regla de valoración únicamente será aplicable cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el destinatario de la operación no tenga derecho a deducir totalmente el impuesto correspondiente a la misma y la contraprestación pactada sea inferior a la que correspondería en condiciones de libre competencia (sería el caso de consumidores finales).

b) Cuando pueda aumentarse artificialmente el porcentaje de prorrata. La Ley reconoce dos situaciones:

- Cuando el empresario o profesional que realice la entrega de bienes o prestación de servicios determine sus deducciones aplicando la regla de prorrata y, tratándose de una operación que no genere el derecho a la deducción, la contraprestación pactada sea inferior al valor normal de mercado. En este caso, podría aumentar artificialmente el porcentaje de prorrata.

- Cuando el empresario o profesional que realice la entrega de bienes o prestación de servicios determine sus deducciones aplicando la regla de prorrata y, tratándose de una operación que genere el derecho a la deducción, la contraprestación pactada sea superior al valor normal de mercado.

Para más información sobre las operaciones vinculadas en el IVA, léase FALCÓN y TELLA, R., “El nuevo tratamiento de las operaciones vinculadas en el IS y en el IVA”, *Quincena Fiscal*, núm. 2, 2006, pp. 8-11. Téngase presente que este trabajo queda delimitado por la imposición directa.

³⁴¹ Uno de los aspectos que hubiese sido interesante de analizar es el relativo al impacto que este aumento de fondos exclusivamente fiscal pudiera tener sobre el cálculo del deterioro de cartera. Sin embargo, como ya se ha recordado anteriormente, la Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establece determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras, con efectos a partir de 1 de enero de 2013, suprime la deducción de las pérdidas de cartera. Esta medida ha supuesto la eliminación del artículo 12.3 del TRLIS, así como la incorporación de una letra más (la letra j) en el artículo 14 para que ni siquiera el deterioro contabilizado sea deducible.

contribuyente para utilizar aquellas cuentas contables que mejor reflejen la realidad económica de la operación, el ICAC sí se ha pronunciado en cuanto al registro contable del trasvase de fondos del socio a favor de su participada; concretamente en la consulta 7 BOICAC núm. 75³⁴², en cuyo redactado afirma que para la sociedad dominante ello supondrá un incremento de valor en la participación que ostenta sobre la dependiente.

Hasta aquí, todo parece que confluye en un plano idílico, dada la sintonía absoluta entre la norma contable y la fiscal. Eso sí, en casos en los que no se aplique la NRV 21^a y únicamente se aplique directamente el ajuste secundario, el valor contable de la inversión diferirá del valor fiscal, hecho éste previsto en el TRLIS, de ahí que en su artículo 18 determina los efectos de la sustitución del valor contable por el valor normal de mercado; es decir, mercantilmente el valor de la inversión será inferior a su valor fiscal. Sin embargo, existe una diferencia digna de mención en aquellos casos en los que la participación no alcanza la totalidad de la inversión, y por ende aflorará una discordancia importante entre el registro contable de la operación y la aplicación del artículo 16.8 del TRLIS. Precisamente la misma consulta del ICAC anteriormente mencionada (7 BOICAC núm. 75) determina que, *contablemente*, no siempre existirá un incremento de la inversión en la filial. Ello no ocurrirá en aquellos casos en los que no sea probable que la empresa obtenga beneficios o rendimientos económicos en el futuro derivados de la aportación, en cuyo caso deberá registrarse como un gasto. Pero lo más curioso de todo es que el ICAC entiende que no se estará ante un posible escenario de obtención de beneficio “*si existiendo otros socios, la sociedad dominante realiza una aportación en términos proporcionales superior a*

³⁴² Esta consulta en particular resuelve cómo registrar la prestación de servicios de unos empleados contratados por la sociedad dependiente, asumiendo el coste la sociedad dominante. En concreto, la consulta dice así:

(...) La prestación de servicios por el empleado se realiza total o parcialmente en la filial (...) y no se repercute desde la dominante a las filiales el coste económico de la transacción para el grupo.

(...) Cuando el coste de los planes de retribución de dicho personal sea asumido por la sociedad dominante y no se establezca una compensación por la filial, la operación supondrá una aportación del socio, y por tanto, de acuerdo con lo dispuesto en el Marco Conceptual de la Contabilidad incluido en la primera parte del PGC aprobado por el RD 1514/2007, de 16 de noviembre, deberá reconocerse directamente en los fondos propios, en el epígrafe “Otras aportaciones de socios”.

(...) Para la sociedad dominante. Desde un punto de vista económico la operación incrementa el valor de la filial que recibe un servicio cuyo coste es asumido por la sociedad dominante. Por ello, la contrapartida del patrimonio entregado consistirá, con carácter general, un mayor valor de la inversión que tiene la sociedad dominante en el patrimonio de la citada empresa filial (...).

la que se correspondería por su participación efectiva”. Exactamente lo mismo reproduce la consulta de la DGT V1703-09³⁴³, la cual versa sobre un supuesto de condonación de créditos por parte de los socios a favor de la sociedad.

Ahora bien, ¿cómo se registra en sede del socio el aumento del valor de la inversión si efectivamente no puede registrarse como tal? Tanto la consulta 7 BOICAC núm. 75 como la resolución V1703-09, afirman que en estos casos *“debería registrarse como un gasto”*. Observe el lector la trascendencia práctica que encierra esta frase. El efecto de este registro contable es opuesto a lo señalado y pretendido por el ajuste secundario; precisamente porque ni el artículo 16.8 del TRLIS, ni su desarrollo reglamentario ni tampoco ninguna otra consulta de la DGT, ha considerado que en escenarios en los que la participación del socio que ha intervenido en la operación vinculada no alcanza la totalidad de la inversión, no existe aumento fiscal de la inversión. En otras palabras, bien pudieran existir supuestos en los que, no siendo la participación del 100%, contablemente se obligue a registrar el diferencial entre el precio convenido y el valor razonable como gasto y en cambio fiscalmente se obligue al sujeto pasivo a considerar esta diferencia hasta el exceso como aportación *fiscal* a los fondos propios. Esto podría dar lugar a casos absolutamente incongruentes, habiendo registrado el socio un gasto pero fiscalmente calificando este mismo diferencial como un aumento de la valor de su cartera. ¿Tendría este “gasto contable” la consideración de gasto fiscalmente deducible? En mi opinión así debería ser, de

³⁴³ En dicha resolución de la DGT analiza fiscalmente las implicaciones de una condonación de créditos de los socios a la sociedad, habiendo previamente recibido la sociedad un préstamo de entidades financieras. Teniendo en cuenta las dificultades para afrontar el pago de la deuda, los socios de la entidad pretenden negociar con varias entidades financieras prestamistas para adquirir la mencionada deuda. En una fase posterior, y con el fin de garantizar la continuidad de la sociedad, pretenden condonar esta deuda, entre otras opciones posibles. La cuestión planteada ahonda en el alcance contable y fiscal de la operación de condonación de un crédito por parte de los socios a favor de la sociedad. La respuesta de la DGT parte del criterio señalado previamente por la consulta 7 del BOICAC núm. 75; diciendo exactamente lo que a continuación se reproduce:

“Los socios de A, en sintonía con el criterio recogido en la consulta 7 del BOICAC núm. 75 contabilizarán, con carácter general, un mayor valor de su participación salvo que no sea probable que la empresa obtenga beneficios económicos futuros derivados de dicha aportación, en cuyo caso debería registrarse como un gasto. En particular esto se entenderá que sucede cuando existiendo otros socios, los donantes realicen una aportación en términos proporcionales superior a la que le correspondería por su participación efectiva”.

En el caso de esta consulta en concreto, se trata de cuatro socios con porcentajes distintos de participación, afectando a cada uno la condonación en proporción a su porcentaje. Ahora bien, distinto sería el supuesto en el que únicamente uno de ellos prestara dinero a la sociedad a tipo de interés cero; dado que este socio se entiende que estaría “aportando” un exceso sobre su porcentaje de participación.

lo contrario estaríamos tratando fiscalmente este gasto exactamente igual que el gasto derivado del exceso, esto es, como si de un gasto por liberalidad se tratara; y como se sabe, únicamente aquella diferencia de precios que excede del porcentaje de participación tendría la calificación de gasto no deducible. De hecho, así lo determina la citada consulta de la DGT V1703-09, de suerte que considera fiscalmente no deducible el exceso de donación, no mencionando qué sucede cuando contablemente no se ha podido registrar un incremento del valor de la participación y se ha contabilizado un gasto. De haber pretendido que fuera fiscalmente no deducible lo habría mencionado expresamente, de igual modo que sí se pronuncia sobre la parte del diferencial de precios que excede del porcentaje de participación.

Nada comentan las consultas acerca de la repercusión de este gasto en sede de la sociedad, aunque entiendo que estaríamos ante una renta tributable. No podríamos en este supuesto hablar de doble imposición, dado que el gasto en el socio hasta el porcentaje de participación sería fiscalmente deducible. Pero sí existiría una diferencia absolutamente significativa en la sociedad, la cual se vería obligada a tributar por un ingreso que de haberse registrado contablemente como una aportación no hubiese generado rentas gravables.

A continuación se adjunta un cuadro resumen de lo que se acaba de exponer. Téngase en cuenta que se parte de la premisa que sólo un socio de la sociedad (diferenciando si es o no socio único) ha realizado la operación vinculada transfiriendo recursos a favor de la filial.

	PARTICIPACIÓN DEL SOCIO DEL 100%	PARTICIPACIÓN DEL SOCIO < AL 100%	
Normativa	Un único socio	Hasta el % de participación	Exceso del % de participación
CONTABLE (7 BOICAC 75)	Incremento del valor de la inversión	Gasto contable	Gasto contable
FISCAL (art. 21bis RIS y DGT V1703-09)	Incremento del valor de la inversión	Gasto contable deducible + incremento fiscal de la inversión	Gasto fiscalmente no deducible
Consecuencias:	El valor contable de la inversión coincide con su valor fiscal	Valor contable de la inversión difiere de su valor fiscal y además se registra un gasto que minorará la base imponible del socio (pero aumenta la base imponible de la sociedad receptora que	El socio deberá realizar un ajuste extracontable positivo

Podría ampliarse este cuadro contemplando también el supuesto en el que no sea probable que la entidad dominante (socio) obtenga beneficios o rendimientos económicos en el futuro derivados de la citada aportación. En este sentido se ha pronunciado el ICAC acerca del registro contable específico en estas situaciones pero no ha hecho lo mismo la DGT. Sin embargo, creo que este escollo podría ser salvable siempre que puede demostrarse una causa distinta a las contempladas reglamentariamente, como así lo especifica el apartado 3 del artículo 21 bis del RIS.

Observe el lector que este cuadro establece las diferencias contables y fiscales dando por hecho que la transacción ha sido registrada aplicando la NRV 21ª del PGC. Sin embargo, bien pudiera ocurrir que aún tratándose de un único socio, el contribuyente registrara la operación a valor de convenido por entender que coincide con el valor razonable. Ante una posterior comprobación administrativa, o inclusive el propio sujeto pasivo ante la presentación de la autoliquidación del Impuesto sobre Sociedades, debería poder efectuar los preceptivos ajustes primario y correlativo³⁴⁴, así como apuntar en la memoria el valor fiscal de la inversión.

³⁴⁴ Salvo que se trata de operaciones internacionales, en cuyo caso, deberíamos acudir a procedimientos amistosos o arbitrales.

Siguiendo también con escenarios en los que no se ha aplicado la NRV 21ª del PGC, surge la duda acerca de cómo debe reflejarse la liberalidad en sede del socio si previamente no ha sido contabilizada. ¿Puede hacerse un ajuste positivo extracontable si no existe “gasto que ajustar”? Particularmente esta cuestión será analizada con detenimiento en el siguiente apartado.

En mi opinión, estas situaciones no hacen sino confirmar la falta de consistencia lógica y coherente tanto de la NRV 21ª del PGC como del artículo 16.8 del TRLIS y su desarrollo reglamentario. Existen tantas situaciones y algunas tan inverosímiles que creo que es una ilusión pensar que nuestro Derecho positivo ya ha dado solución a estos conflictos; más bien me inclino a creer todo lo contrario, es precisamente la normativa la que crea conflictos nuevos y situaciones, si permite el lector, “estrabóticas” y carentes de sentido. Así pues, ¿Cómo puede ser que en el caso de existir más de un socio la normativa fiscal considere el diferencial hasta el porcentaje de participación como un incremento de la inversión pero que la normativa contable lo considere un “gasto”? ¿Por qué la sociedad participada tendrá que tributar por este “ingreso” pero a su vez asumir que fiscalmente sus fondos propios han aumentado en virtud de una aportación fiscal cuyo incremento del valor de la inversión no ha podido ser registrada contablemente en sede del socio? Creo que las repuestas deberían discurrir en un mismo sentido; la normativa puede llegar a ser tan compleja, a la par que irracional, que en lugar de resolver situaciones de conflicto y aliviar determinadas situaciones, más bien parece que las enmaraña. Aún siendo consciente de la dificultad que entraña la resolución de situaciones de trasvase de recursos, no siendo ésta una situación pacífica, el legislador debería tratar de simplificar las implicaciones fiscales y contables³⁴⁵.

Por último, apuntar una reflexión de RUIZ GARRÓS a la que me sumo, relativa a los efectos mercantiles que puede suponer un aumento de valor de la participación.³⁴⁶ Así, si el aumento de valor de la inversión es estrictamente fiscal

³⁴⁵ No siendo la pretensión de la autora entrar en un exhaustivo estudio contable, merece la pena mencionar la crítica contable de LÓPEZ ALBERTS en cuanto la transgresión directa de la NRV 9ª del PGC relativa a los instrumentos financieros, en la parte que regula las inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, legitimando una revalorización no contemplada como tal. “El ajuste secundario y la contabilización de las operaciones vinculadas”, 2009, p. 171.

³⁴⁶ RUIZ GARRÓS, “La contabilización y tributación del ajuste secundario en las operaciones vinculadas. Visión práctica. La identidad sustancial entre los criterios contable y fiscal”, 2010, p. 83.

y por ende no registrado contablemente, este incremento valorativo no debería tener efectos mercantiles “en cuanto a los derechos económicos y políticos del socio, es decir, a futuro no tendrá derecho a un mayor dividendo ni mayor derecho de voto en las juntas de la sociedad”. Entiendo que únicamente en el caso de registrar contablemente el aumento de la inversión aflorarán los efectos tanto fiscales como mercantiles.

3.3.2.- Liberalidad respecto la renta que excede del porcentaje de participación

Corresponde ahora analizar la calificación de la renta respecto el diferencial entre el precio convenido y el valor de mercado que excede del porcentaje de participación. Por fortuna, en este aspecto hay acuerdo entre la norma tributaria, en concreto el artículo 21 bis.2 del RIS, y la normativa contable. En este sentido cabría matizar este aspecto; pues siendo puristas la normativa contable no ciñe al sujeto pasivo a una calificación expresa, más allá de la obligación genérica de que dicha calificación se corresponda con la “realidad económica” de la operación. Ahora bien, el máximo intérprete de la normativa contable, es decir, el ICAC sí se ha pronunciado sobre el tratamiento contable que debe recibir aquella parte de la renta que se corresponde con el diferencial de precios cuando el socio que ha efectuado la transacción no alcanza la totalidad del porcentaje de participación sobre la filial.

En virtud de la consulta 4 BOICAC número 79, la renta que exceda del porcentaje de participación se contabilizará como *“un gasto para el socio donante y un ingreso para la donataria”*. A nivel fiscal, también la DGT en la ya citada consulta V1703-09 señala, como no podía ser de otra manera, que el gasto correspondiente a este exceso de donación realizada por los socios, *“será un gasto no deducible del Impuesto sobre Sociedades, según establece el artículo 14.1.e) del TRLIS. Mientras el ingreso de la entidad donataria tendrá pleno efecto fiscal.”*³⁴⁷.

A estos efectos parece que no hay discrepancia alguna entre la normativa contable y fiscal, pues precisamente el TRLIS otorga a este gasto el mismo

³⁴⁷ Téngase en cuenta que la DGT se ha pronunciado respecto socios que son personas jurídicas. Sin embargo en caso de tratarse de un socio persona física, sería de aplicación del artículo 33.5.c de la Ley del IRPF, según el cual no se computan como pérdidas aquellas derivadas de las liberalidades.

tratamiento que le corresponde a cualquier gasto por liberalidad. Sin embargo, y aún pareciendo la situación pacífica, puede no serlo tanto como las apariencias indican; ¿Qué sucede si no se ha aplicado la NRV 21^a del PGC? ¿Qué sucede si el socio no ha registrado el gasto por liberalidad? En otras palabras, ¿Cómo cumplir el artículo 21 bis del RIS si no hay registro contable del gasto? ¿Cómo debería registrarse extracontablemente esta donación? ¿Puede ajustarse positivamente un gasto que no ha sido registrado? O lo que es más espinoso, ¿puede darse un ajuste negativo en concepto de donación sustituyendo extracontablemente su falta de registro contable? ¿No se estaría contraviniendo el principio de inscripción contable? La ausencia de sentido común que ampararía la respuesta a estas cuestiones confirma la delicada situación del vigente texto legal.

Si bien es cierto que este aspecto parece que no haya originado un debate doctrinal como tal, no es menos cierto que cuando algunos autores acompañan sus artículos con ejemplos, éstos pueden diferir en cuestiones tan importantes como la señalada. En concreto me refiero a los profesores CENCERRADO MILLÁN y FUSTER GÓMEZ, diametralmente opuestos en sus conclusiones.

En su participación en un capítulo de la monografía coordinada y dirigida por Cerdón Ezquerro, el profesor CENCERRADO MILLÁN nos ofrece un número considerable de ejemplos relativos al ajuste secundario teniendo en cuenta las numerosas variables que puede darse. En concreto, en aquellos casos en los que no había obligación de registrar la operación según la NRV 21^a del PGC, por alcanzar el socio una participación inferior a la exigida para la calificación de grupo contable, el socio no debería efectuar ajuste fiscal extracontable en relación al exceso del diferencial. El citado autor entiende que si el socio no ha registrado contablemente un gasto por donación “en principio no se exige practicar ningún ajuste en la base imponible del IS en la medida en que dicha cantidad no haya sido contabilizada como gasto”.

En la postura contraria se encuentra la profesora FUSTER GÓMEZ, quien concibe el ajuste secundario en concepto de liberalidad como un ajuste extracontable positivo³⁴⁸. Obsérvese la magnitud de la diferencia entre el

³⁴⁸ Se reproduce el ejemplo propuesto por la citada autora en aras a completar su razonamiento en este aspecto concreto: “La sociedad (socio A) posee el 30% de la sociedad (entidad) B. La

razonamiento de uno y otro autor. Si en una liberalidad por concepto ya existe una doble imposición en cuanto que el gasto no es fiscalmente deducible en el donante pero el ingreso sí es tributable en el donatario, imagínese ahora que ambas partes tributasen por el mismo ingreso.

Véase un ejemplo sobre la cuestión. La sociedad X ostenta el 15% de la participación de su filial (sociedad Y) a la cual presta sus servicios por importe de 5.000 euros, siendo el valor de mercado de 7.000 euros. Como puede apreciarse el diferencial de 2.000 euros corresponde al trasvase de fondos que el socio ha realizado a favor de su filial, siendo éste el importe del ajuste primario y correlativo. En cuanto al ajuste secundario, la cantidad de 300 (15% x 2.000) se considerará como una aportación de fondos, calificando al resto de la diferencia como liberalidad para el socio y renta para la sociedad (1.700 = 85% x 2.000).

sociedad A presta servicios a la sociedad B. El valor de mercado de dichos servicios es 100, y el valor convenido 0. En este caso, se produce una mayor tributación por 100 en la sociedad A, al aplicar los precios de mercado (mayor ingreso por los servicios prestados, que tributa por el correspondiente ajuste primario positivo en A). No obstante, simultáneamente, y dado que B no ha pagado nada por la operación (conserva su tesorería), la diferencia se considera a favor de la entidad, por lo que la aplicación del artículo 21 bis conllevará que una parte (30) se considerará como aportación del socio a los fondos propios y la otra (70) sea renta para B y liberalidad para el socio A (que tributará por aplicación del ajuste secundario positivo). Cuestión distinta sería si existiera contabilizado un gasto de 100 en concepto de liberalidad en la cuenta de pérdidas y ganancias del socio. Si así fuera, el ajuste secundario no haría más que neutralizar la pérdida contabilizada.

Por tanto, como puede observarse, las similitudes con el supuesto de la DA 4ª son evidentes: el socio A tributa por una misma operación como un beneficio por la prestación de servicio (por importe de 70+30, ajuste primario) y como una liberalidad (por importe de 70, ajuste secundario). Es decir, se grava una misma operación, o más exactamente un tramo de la misma (70) como una prestación de servicio y como una liberalidad.” (“¿Es constitucional el ajuste secundario del artículo 21 bis del RIS?”, 2009, p.78).

Sociedad X		
15%	↓	
	Sociedad Y	

<u>OPCIÓN A: NO REALIZAR AJUSTE</u> <u>EXTRACONTABLE</u>		<u>OPCIÓN B: REALIZAR AJUSTE</u> <u>EXTRACONTABLE POSITIVO</u>	
RC:	5.000	RC:	5.000
Ajuste primario:	2.000	Ajuste primario:	2.000
Ajuste secundario:	0	Ajuste secundario:	1.700
Base imponible:	7.000	Base imponible:	8.700
<i>Aumento de la inversión por valor de 300</i>		<i>Aumento de la inversión por valor de 300</i>	

RC:	-5.000
Ajuste bilateral:	-2.000
Ajuste secundario (liberalidad)	1.700
Base imponible:	-5.300

Además, los FFPF fiscales aumentan por la aportación de fondos propios por importe de 300 (15% x 2.000)

Obsérvese como el impacto recaudatorio de una u otra opción es considerable, básicamente se trataría de duplicar el ingreso por donación, lo cual por concepto creo que carece de sentido. Comprendo el razonamiento de la profesora FUSTER GÓMEZ, más si cabe por su análisis en paralelo de la derogada DA 4ª de la Ley de Tasas y la STC 194/2000, pero a mi modo de ver esta teoría sería tanto como admitir una triple imposición, es decir, no únicamente el gasto no es fiscalmente deducible para el socio sino que ello le supone un ingreso, a la par que es otro ingreso para la sociedad donataria. Precisamente la filosofía del ajuste secundario es brindar una explicación a los trasvases de recursos que una sociedad realiza a favor de la otra con la firme intención de otorgar a las calificaciones de renta sus verdaderos efectos, de ahí la obligación de practicar una retención sobre una renta presunta. Siendo ello así, quiero pensar que cuando el legislador pretende calificar una renta como una donación, la trata como cualquier otra liberalidad, esto es, gasto para el donante (neutralizado en todo caso por la normativa fiscal vía ajuste extracontable positivo) e ingreso para la sociedad donataria. Este razonamiento no puede invertirse en aquellos casos en los que no se ha registrado contablemente el gasto, hacerlo sería tanto como admitir que la normativa fiscal es contraria a sus propios principios y asume una donación como un ingreso cuando la misma no se ha contabilizado.

En resumen, si el contribuyente debería poder alcanzar la misma base imponible ya sea por aplicación en exclusiva de la NRV 21ª del PGC o bien por aplicación

del artículo 21 bis del RIS, no debería existir diferencias en este sentido. En otras palabras, y según la opinión de quien escribe estas líneas, ante casos en los que la liberalidad no ha sido registrada como gasto no debería efectuarse ningún ajuste extracontable, obteniendo así el mismo resultado que si el gasto hubiese sido contabilizado y posteriormente neutralizado por la aplicación de un ajuste extracontable positivo.

Por último comentar una tercera posible vía cuyo resultado sería el mismo que la no realización de ningún ajuste pero que pasaría por efectuar dos ajustes extracontables en sentido inverso, es decir, procurar un ajuste negativo por liberalidad y a la vez otro ajuste positivo a la base imponible, de manera que si el gasto por donación no ha sido previamente contabilizado, su registro como gasto podría efectuarse vía extracontable y posteriormente ajustar de nuevo este “gasto fiscal” por cuanto se trata de una donación. A primera vista podría pensarse que esta opción supondría un quebrantamiento directo del principio de inscripción contable. Sin embargo, tomando en consideración el contexto en el que operan los ajustes extracontables derivados de operaciones vinculadas, en el cual un ajuste bilateral puede traducirse en un aumento de gasto, no creo que éste pudiera ser un argumento de peso para no sospedar esta posibilidad. De todos modos, sea cual fuere el camino para alcanzar el resultado (no efectuar ningún ajuste o efectuar dos ajustes de signo contrario), lo importante es que no suponga un ingreso extra para el socio.

3.3.3.- Transmisión de participaciones. Efectos sobre la deducción para evitar la doble imposición. Diferencia entre persona física y jurídica

Uno de los efectos colaterales más importantes del ajuste secundario aflora cuando el socio transmite las participaciones que ostenta sobre su filial, puesto que la plusvalía fiscal diferirá de la plusvalía contable, lo que supondrá la realización de un ajuste extracontable negativo³⁴⁹. Recuérdese que el valor de

³⁴⁹ Imagínese un socio (sociedad A) que presta un servicio a su filial (sociedad B), de la que es socio en un 10%, por importe de 70.000 euros, siendo su valor de mercado de 100.000 euros. Tras la realización del ajuste primario, la aplicación del ajuste secundario supondrá un incremento del valor *fiscal* de la inversión que el socio ostenta sobre su filial por 3.000 euros (30.000 x 10%).

Supóngase que contablemente la sociedad A tiene registrada la participación en la sociedad por 40.000 euros. Dos años más tarde de la fecha de realización de la operación vinculada, A vende

adquisición de las participaciones del socio aumenta en el importe correspondiente a la parte del diferencial entre el precio acordado y el de mercado que se corresponda con el porcentaje de participación. Sin embargo, debe tenerse presente que ello sucederá siempre y cuando el valor fiscal de la inversión difiera del valor contable, o lo que es lo mismo, siempre que no haya sido de aplicación la NRV 21ª del PGC, o inclusive que habiendo sido aplicada, no coincida el valor razonable con el valor de mercado, algo que por fortuna ocurrirá en pocas ocasiones, tal y como se ha apuntado en el anterior capítulo.

Obsérvese, tal y como apunta CENCERRADO MILLÁN³⁵⁰, que en los casos en los que la participación alcanza el 100%, “la aplicación del artículo 16.8 de la LIS supone una minoración de la tributación de las entidades vinculadas respecto de la que procedería si sólo se limitase a aplicar los ajustes primario y bilateral de la imposición del valor de mercado de conformidad con el artículo 16.1 de la LIS.”³⁵¹ Sin embargo, habrá casos en los que la aplicación la deducción para evitar la doble imposición en supuestos de transmisión de participaciones prevista en el artículo 30.5 del TRLIS, podría dejar la tributación efectiva exactamente igual que si no se hubiese aplicado el ajuste secundario por aportación de fondos y por ende se hubiera prescindido del ajuste extracontable negativo efectuado en el ejercicio de la transmisión. ¿Es esta afirmación siempre cierta? La respuesta como siempre tiene matices; el efecto es neutro siempre y cuando la base de la deducción del artículo 30.5 del TRLIS se corresponda con la renta originada por la transmisión de participaciones y no sea superior a las reservas originadas durante el tiempo de tenencia de la inversión, en cuyo caso, no se eliminará por completo la doble imposición. Como se sabe, el artículo 30.5 del TRLIS se aplica sobre la menor de las dos cantidades, esto es, el incremento neto de los beneficios no distribuidos o la renta computada derivada de la transmisión de las participaciones. En el caso que nos ocupa, la aplicación del ajuste secundario

sus participaciones en C por 60.000 euros. En aras a facilitar la resolución del caso, supóngase que no han existido deterioros ni contables (ni fiscales a revertir). Contablemente, la plusvalía a registrar será de 20.000 euros, mientras que la plusvalía fiscal ascenderá a 17.000 (60.000-43.000), lo que implicará un ajuste extracontable de -3.000 euros.

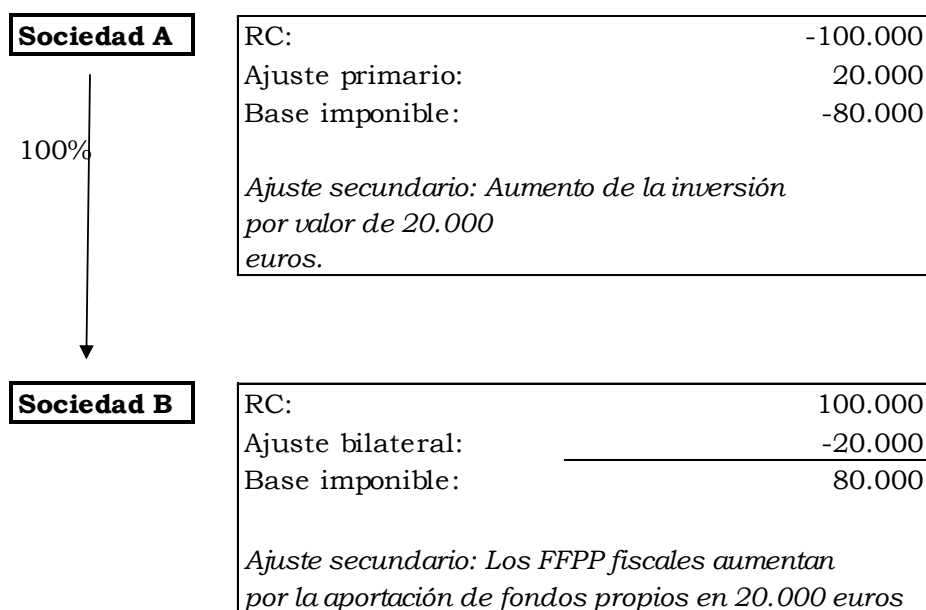
³⁵⁰ CENCERRADO MILLÁN, “Los efectos de ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2007, p. 65.

³⁵¹ *Vid.* apartado 4.3 del capítulo segundo relativo a la compatibilidad y coordinación entre el ajuste bilateral y el ajuste secundario.

como incremento del valor fiscal de la inversión en sede del socio, sería irrelevante cuando la deducción para evitar la doble imposición se aplicase sobre la renta a integrar en la base imponible, coincida ésta o no con la integrada en la cuenta de pérdidas y ganancias. Ahora bien, cuando la deducción se aplicase en exclusiva sobre los beneficios no distribuidos generados durante el tiempo de tenencia de la inversión, siendo éstos inferiores a la renta generada por la transmisión de la participación, el impacto recaudatorio será menor si se aplica el ajuste secundario que de haber aplicado en exclusiva el ajuste primario y bilateral³⁵².

³⁵² Ejemplo: La sociedad A ostenta el 100% de participaciones de la sociedad B, la cual presta un servicio a su socio por importe de 100.000, siendo su valor de mercado de 80.000 euros. Supóngase que no se ha aplicado la NRV 21^a por entender que el valor razonable coincide con el valor convenido, pues de haber aplicado la NRV 21^a habría coincidencia entre el valor contable y el fiscal de la inversión.

Este sería el esquema:



En el mismo ejercicio, la sociedad A transmite a un tercero independiente las participaciones que posee sobre la entidad B por importe de 200.000 euros, siendo su valor teórico contable de 150.000 euros. Se plantearán dos escenarios distintos.

- Las reservas generadas durante el tiempo de tenencia de la participación alcanza los 60.000 euros.
- Las reservas generadas durante el tiempo de tenencia de la participación alcanza los 20.000 euros.

En cada uno de los supuestos se comparará la aplicación en exclusiva del artículo 30.5 del TRLIS (como hubiese sido con anterioridad a la entrada del ajuste secundario en nuestro Derecho positivo) así como la aplicación conjunta del artículo 30.5 del TRLIS con el artículo 16.8 del TRLIS.

Escenario A: Renta (50.0000 o 30.000) < reservas generadas durante el tiempo de tenencia (60.000).
La base de la deducción es la renta derivada de la transmisión de la inversión.

A.1) APLICACIÓN DEL ART. 16.8 + 30.5 del TRLIS		
RC:	50.000	(200.000 - 150.000)
Ajuste primario:	-20.000	
Base imponible:	30.000	(200.000 - 170.000)
CI (30%):	9.000	
DDII (art. 30.5 TRLIS)	-9.000	
CL:	0	

A.2) APLICACIÓN EN EXCLUSIVA DEL ART. 30.5 TRLIS	
RC:	50.000
Base imponible:	50.000
CI (30%):	15.000
DDII (art. 30.5 TRLIS)	-15.000
CL:	0

Como puede observarse, el efecto impositivo es exactamente el mismo con independencia de la aplicación del ajuste secundario como aportación a los fondos propios.

Ahora bien, la conclusión es distinta si los beneficios netos no distribuidos durante el tiempo de tenencia de la participación son inferiores a la renta derivada de la transmisión. En este caso, sí puede afirmarse que la aplicación del artículo 16.8 del TRLIS produce una menor tributación para el socio. Véase la comparativa numérica.

Escenario B: Renta (50.0000 o 30.000) > reservas generadas durante el tiempo de tenencia (20.000).
La base de la deducción es el importe de los beneficios netos no distribuidos generados durante el tiempo de tenencia de la participación.

Por último, cabe señalar un tema que todavía no ha generado debate doctrinal pero que a mi modo de ver no está exento de polémica. Me refiero a la diferencia de tratamiento entre persona física y jurídica en cuanto al aumento fiscal del valor de la participación. Es evidente que no existe aplicación posible de ningún mecanismo que evite la doble imposición en caso de transmisión de participaciones por parte de una persona física. Sin embargo, ¿cuál es valor fiscal de la inversión cuando se aplica el artículo 16.8 del TRLIS? ¿También para las personas físicas es de aplicación un valor fiscal distinto del valor contable? Es obvio que no se contempla la posibilidad de practicar ajustes extracontables, potestad ésta exclusiva del Impuesto sobre Sociedades. Llegados a este punto, ¿significa que la venta de la participación por parte de la persona física supondrá una menor plusvalía que la que hubiese obtenido si no se hubiera aplicado el ajuste secundario? ¿O no será posible por entender que la normativa de IRPF no contempla la posibilidad de diferenciar el valor de los

B.1) APLICACIÓN DEL ART. 16.8 + 30.5 del TRLIS		
RC:	50.000	(200.000 - 150.000)
Ajuste primario:	-20.000	
Base imponible:	30.000	(200.000 - 170.000)
CI (30%):	9.000	
DDII (art. 30.5 TRLIS)	-6.000	(20.000 x 30%)
CL:	3.000	

B.2) APLICACIÓN EN EXCLUSIVA DEL ART. 30.5 TRLIS		
RC:	50.000	
Base imponible:	50.000	
CI (30%):	15.000	
DDII (art. 30.5 TRLIS)	-6.000	(20.000 x 30%)
CL:	9.000	

Diferencia entre B.1 y B.2 6.000 (30% x 20.000)

Como no podía ser de otra manera, la diferencia entre aplicar el artículo 16.8 del TRLIS y no aplicarlo, supone un ahorro fiscal correspondiente al tipo impositivo (en nuestro caso, el 30%) sobre el ajuste primario (siempre que, al ser la participación el 100%, el ajuste primario coincida con el importe de la aportación a los fondos propios, pues en caso de existir renta por liberalidad ya no podría afirmarse que la aplicación del artículo 16.8 del TRLIS produce una menor tributación, piénsese que la donación es un ingreso tributable en sede de la sociedad).

activos? ¿Sólo las personas físicas que realicen una actividad económica y que por tanto tienen la obligación de llevar una contabilidad y adaptarse a las normas del Impuesto sobre Sociedades (artículo 28.1 de la Ley IRPF) pueden tributar por una menor plusvalía?

En opinión de quien escribe estas líneas, y como sucede a menudo en las discusiones doctrinales, la interpretación teleológica se contrapone a la interpretación literal y estricta del texto normativo. Una lectura detenida de la Ley del IRPF y de su correspondiente desarrollo reglamentario nos basta para afirmar que nuestra normativa no contempla ningún artículo análogo al artículo 18 del TRLIS relativo a los efectos de la sustitución del valor contable por el valor normal de mercado. A su vez, tampoco el artículo 37 de la Ley del IRPF no ofrece ninguna regla especial de valoración que suponga incrementar el valor de adquisición de una participación en el importe de las aportaciones encubiertas realizadas entre partes vinculadas. Podría pues concluirse que el valor de adquisición que el socio persona física ostenta sobre su filial es siempre el mismo sin incrementarse por la aplicación del ajuste secundario, y en consecuencia la plusvalía derivada de la transmisión de participaciones sería la misma con o sin aplicación del ajuste secundario.

No obstante, y aún sin apartarnos de la literalidad de la norma, CENCERRADO MILLÁN³⁵³ opta, a mi entender, por una interpretación más finalista, de suerte que el objetivo del ajuste secundario en este tipo de operaciones es precisamente reconocer la aportación de fondos propios en la filial y por tanto un incremento de valor en la inversión en sede del socio. Admitir lo contrario, sería tanto como asumir que únicamente respecto socios personas jurídicas existe la posibilidad de aplicar el artículo 16.8 del TRLIS. Siguiendo en esta línea, y como argumento reforzador de esta teoría, el mencionado autor se basa en el artículo 41 de la Ley del IRPF, el cual dispone que *“la valoración de las operaciones entre personas vinculadas se realizará por su valor normal de mercado, en los términos previstos en el artículo 16 del TRLIS”*. Esta remisión genérica (y no concreta en ningún artículo de la sección 4 del capítulo II del Título III de la Ley del IRPF regulador de las ganancias y pérdidas patrimoniales) sirve al profesor para sustentar la plena aplicación del ajuste

³⁵³ CENCERRADO MILLÁN., “Los efectos de ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2007, p. 76-77.

secundario a operaciones en las que intervienen personas físicas. No podría estar más de acuerdo con dicha afirmación. Así pues, la aplicación del ajuste secundario supondrá para el socio persona física una menor tributación por la plusvalía generada de la transmisión de las participaciones, en comparación con la plusvalía que hubiese obtenido de ser de aplicación únicamente el ajuste primario (y bilateral) ³⁵⁴. En esta misma línea se pronuncia DELGADO GONZÁLEZ³⁵⁵.

3.4.- Efectos en los otros socios

En este punto cabría hacer una remisión expresa al apartado 3.1 del presente capítulo, en el cual, para explicar el fundamento técnico que ha llevado al legislador a fragmentar la renta, ha sido necesario analizar el impacto que el trasvase de fondos por parte de un socio supone para el resto. Recuerde el lector que el valor de la participación de aquellos socios que no han efectuado aportación alguna, aumenta gracias a la aportación del socio (o socios) que sí intervienen en la operación.

Por fortuna, tal y como ya se ha comentado en anteriores ocasiones, ni el artículo 16.8 del TRLIS ni su desarrollo reglamentario prevé, al menos de momento, la inclusión de un ajuste extracontable positivo en la base imponible de los otros socios como “donación”. Aún así, tal y como está prevista la actual redacción del ajuste secundario, si únicamente se aplica el artículo 16.8 del TRLIS y el artículo 21 bis del RIS, ¿qué efectos, aunque indirectos, podría producir en el resto de los socios que no han participado en la operación? En el apartado 3.1 señalado en el párrafo anterior se expuso un ejemplo relativo a los efectos en el otro socio en cuanto a la aplicación de la normativa contable. Ahora bien, ¿Qué sucede cuándo únicamente se alcanza el mandato de la norma fiscal con la exclusiva aplicación del artículo 21 bis del RIS prescindiendo de la NRV 21^a? ¿Cómo afecta este extremo al resto de los socios?

³⁵⁴ Ya en el año 2001, con vigencia de la anterior LIS (Ley 43/1995 de 27 de diciembre, del IS), el profesor CENCERRADO MILLÁN se pronunció sobre el efecto bilateral en las personas físicas, apostando claramente por el mantenimiento del efecto bilateral del valor de mercado. (*El Tratamiento de las Entidades Vinculadas en la Imposición Directa Española*, Ed. Aranzadi, 2000, p. 136).

³⁵⁵ DELGADO GONZÁLEZ, “La regulación de las operaciones vinculadas. Cuestión de inconstitucionalidad e ilegalidades reglamentarias. Auto del TS de 8-2-2011”, 2012, pp. 85-103.

La respuesta debería dividirse en función de la calificación de renta, esto es, en función del porcentaje de participación que el socio que ha realizado la operación ostenta sobre la filial. Así, respecto la diferencia entre el precio de mercado y el valor convenido que se corresponda con el porcentaje de participación, como se sabe, existirá un aumento de fondos propios en la filial pero únicamente a efectos fiscales. El hecho que la normativa tributaria guarde silencio acerca de la afectación de los otros socios (no así determinada doctrina contable), me hace pensar que en modo alguno existirá un aumento fiscal del valor de la participación que poseen el resto de socios. Afirmar lo contrario sería tanto como entender que todos los socios han participado en la transacción vinculada, cuando la realidad es que únicamente uno (o algunos) ha sido el que ha infringido el principio de *arm's length*, y por ende, sólo el socio implicado directamente en la operación debería ver alterado el valor fiscal de su inversión.

Por otra parte, en cuanto a la renta que excede del porcentaje de participación y que por tanto tiene la calificación fiscal de ingreso tributable, siendo la entidad receptora la donataria de la liberalidad, sí podría decirse que tiene un impacto indirecto sobre el valor teórico contable de la participación en el resto de los socios; por cuanto un aumento de la base imponible vía ajuste extracontable positivo supone un mayor gasto por Impuesto sobre Sociedades y en consecuencia un menor resultado y una disminución de los fondos propios. Dicho de otro modo, de no haberse aplicado el artículo 21 bis del RIS en la sociedad participada, ésta no habría aumentado su base tributable y los socios no hubiesen visto alterado el valor teórico contable de su participación. Téngase en cuenta que ello tampoco tendría efecto si la filial dispusiese de bases imponibles negativas o deducciones pendientes de aplicar que dejaran la cuota a cero, en cuyo caso, se neutralizaría por completo el impacto de un ajuste extracontable positivo. Aún así, siendo puristas, podría afirmarse que, de no haber existido este ajuste extracontable positivo no se hubieran “gastado” unas bases imponibles por su importe, o una deducción en sede de cuota.

3.5.- Efectos en ambas partes vinculadas cuando una de ellas es no residente

En este epígrafe, de igual forma que se ha realizado para el trasvase de fondos en sentido inverso, se analizarán los posibles escenarios en los que una de las partes es no residente y sus posibles variantes; en concreto:

- a) La sociedad matriz española transfiere fondos encubiertos a favor de su filial no residente.
- b) El socio no residente (persona jurídica o física) transfiere fondos encubiertos a favor de su filial residente en territorio español.

3.5.1.- Matriz española que transfiere fondos encubiertos a favor de su filial no residente

En escenarios como el descrito en el título, la Administración española tendrá interés en aplicar el artículo 16 del TRLIS en cuanto supondrá un aumento en la base imponible de la sociedad matriz residente vía ajuste extracontable positivo. Sin embargo, como ya se ha dicho en más de una ocasión, no corresponde a la jurisdicción española reconocer el ajuste bilateral o correlativo a practicar en la base imponible de la sociedad filial, pues únicamente la soberanía fiscal en la que resida la entidad participada ostenta potestad para la aplicación del ajuste en sentido inverso. Todo ello podrá resolverse, en el caso de residir la sociedad filial en un estado miembro de la UE, en el seno de un procedimiento amistoso y arbitral previsto en el Convenio 90/436/CEE relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas. Ahora bien, en caso de tratarse de una entidad no residente en la UE, siempre cabría la posibilidad de invocar el CDI suscrito entre España y el Estado de residencia de la filial a efectos de reconocer el ajuste correlativo previsto en el artículo 9.2 del MC OCDE³⁵⁶. Sea como fuere, también en el seno de estos procedimientos

³⁵⁶ La inmensa mayoría de convenios que España ha suscrito con otros Estados incorporan el artículo 9 del MC, aunque no todos incorporan de forma explícita la obligación de efectuar el ajuste bilateral, como sí lo hace, entre otros, los Convenios suscritos con Argentina, Australia, República Checa, Eslovaquia, Estados Unidos, Filipinas, Francia, Irlanda, Polonia, Portugal, Rumanía, Canadá y Suecia. Cabe también señalar que el convenio suscrito con la República Popular China no incorpora el artículo 9.2, limitándose a definir el concepto de empresas asociadas y el potencial ajuste primario en el artículo 9.1. Por otro lado, mencionar que el Convenio con Bulgaria no incorpora un precepto relativo a las empresas asociadas. También el

bilaterales debería determinarse el sentido del ajuste secundario. No obstante, se analizará a continuación cuál sería posiblemente la posición de España en aplicación de su normativa interna.

Creo conveniente dividir el presente análisis en función del tipo de rentas que en aplicación de la regla de calificación del ajuste secundario afloran en cada una de las dos partes implicadas.

A) Aportación a los fondos propios

En cuanto a la diferencia entre el precio convenido y el valor de mercado correspondiente al porcentaje de participación, como se sabe, se entenderá que la matriz residente ha efectuado una aportación a los fondos propios de su participada extranjera, hecho éste que no produce tributación de ninguna renta en sede de la sociedad española pero que implica un aumento del valor fiscal de la inversión. Tampoco en sede de la entidad no residente, aunque por supuesto será la soberanía fiscal del país de residencia de la filial la que deberá determinar el sentido único del ajuste secundario (si es que en su legislación interna lo asume).

Exactamente igual que en el caso de participadas residentes, el efecto directo del ajuste secundario se visualizará en la transmisión de las participaciones que la matriz posee sobre la filial, de suerte que correspondería efectuar un ajuste extracontable negativo, por cuanto el valor contable de la participación es inferior al valor fiscal y de ahí su menor plusvalía. Sin embargo, y aún siendo la plusvalía fiscal integrada en la base imponible menor que la que figura en el resultado contable, ¿podría no tributar? La respuesta es afirmativa sin lugar a dudas, dada la aplicación directa del artículo 21 del TRLIS, siempre que se cumpliesen todos los requisitos. Así, si se aplicase el artículo 21 del TRLIS podrían generarse dos ajustes extracontables negativos, uno como consecuencia de la aplicación del artículo 18 del TRLIS en cuanto a la diferencia de valoración fiscal y contable del elemento transmitido, y otro relativo a la exención de la plusvalía fiscal, quedando por tanto la base imponible a cero. Puede por tanto afirmarse que, en supuestos como el descrito en el que sea de aplicación el artículo 21 del TRLIS, la

convenio suscrito con la Federación Rusa no lo tenía en cuenta en un inicio pero sí lo incorporó con posterioridad (publicado en el BOE el 16 de julio de 2000).

aplicación el ajuste secundario es absolutamente indiferente, pues en cualquier caso el artículo 21 del TRLIS dejaría exenta la totalidad de la plusvalía derivada de la transmisión de la inversión³⁵⁷. Ahora bien, ¿podría seguir manteniéndose esta afirmación si el artículo a aplicar fuese artículo el 31 del TRLIS³⁵⁸? Téngase en cuenta que un mecanismo de exención puede no ser comparable a un mecanismo de imputación como lo es el artículo 31 del TRLIS. En otras palabras, únicamente cuando el impuesto satisfecho en el extranjero sea inferior a la tributación en España (como regla general, un 30%), podrá afirmarse que existirá una menor tributación si se aplica el artículo 16.8 del TRLIS, mientras que en los escenarios inversos, la consideración como aportación a los fondos propios que se deriva del artículo 16.8 del TRLIS no supondría cambio alguno respecto la tributación, siendo indiferente su aplicación en cuanto al impacto recaudatorio^{359/360}.

³⁵⁷ Partimos del mismo ejemplo que el descrito en el apartado 3.3.3 del presente capítulo. Obsérvese que el efecto de aplicar el ajuste secundario es neutro, pues solo con la aplicación del artículo 21 del TRLIS ya se neutraliza la totalidad de la plusvalía.

A.1) APLICACIÓN DEL ART. 16.8 + 21 del TRLIS			
RC:	50.000	(200.000 - 150.000)	Plusvalía contable
Ajuste art. 18 TRLIS	-50.000		
Ajuste art. 21 TRLIS	-30.000	(200.000 - 170.000)	Plusvalía fiscal
Base imponible:	0		

A.2) APLICACIÓN EN EXCLUSIVA DEL ART. 21 TRLIS	
RC:	50.000
Ajuste art. 21 TRLIS	-50.000
Base imponible:	0

³⁵⁸ Recuérdese que el artículo 32 del TRLIS únicamente se aplica sobre las rentas derivadas de la distribución de dividendos o participaciones en beneficios, pero no respecto las plusvalías derivadas de la transmisión de la participación.

³⁵⁹ Siguiendo con el ejemplo anterior, imagínese que el impuesto pagado en el extranjero por la transmisión de la participación ha ascendido a:

A) 20.000 euros

B) Liberalidad

Si la entidad matriz no ostenta la totalidad de la participación sobre su filial no residente, la parte de la diferencia entre el precio convenido y el valor de mercado que exceda del porcentaje de participación, será calificada como liberalidad para el socio y renta para la entidad. No obstante, la letra b) del artículo 21 bis del RIS en su segundo párrafo matiza que “*Cuando se trate de contribuyentes del*

B) 8.000 euros

A.1) APLICACIÓN DEL ART. 16.8 + 31 del TRLIS	
RC:	50.000
Ajuste primario:	-20.000
Base imponible:	30.000
CI (30%):	9.000
DDII (art. 31 TRLIS)	-9.000
CL:	0

A.2) APLICACIÓN EN EXCLUSIVA DEL ART. 31 TRLIS	
RC:	50.000
Base imponible:	50.000
CI (30%):	15.000
DDII (art. 31 TRL)	-15.000
CL:	0

B.1) APLICACIÓN DEL ART. 16.8 + 31 del TRLIS	
RC:	50.000
Ajuste primario:	-20.000
Base imponible:	30.000
CI (30%):	9.000
DDII (art. 31 TRLIS)	-8.000
CL:	1.000

B.2) APLICACIÓN EN EXCLUSIVA DEL ART. 31 TRLIS	
RC:	50.000
Base imponible:	50.000
CI (30%):	15.000
DDII (art. 31 TRL)	-8.000
CL:	7.000

Diferencia entre A.1 y A.2 6.000 (30% x 20.000)

Como puede observarse, este caso sí que la aplicación del ajuste secundario supone una menor tributación para la matriz española, siendo la diferencia de 6.000 euros (30% x 20.000).

³⁶⁰ Vid. otros ejemplos interesantes en el artículo de CENCERRADO MILLÁN “Los efectos de ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2007, pp. 65-68.

Impuesto sobre la Renta de no Residentes sin establecimiento permanente, la renta se considerará como ganancia patrimonial de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.1.i).4. del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo". Es decir, la sociedad participada no residente debe tributar por IRNR en concepto de ganancia patrimonial no derivada de una transmisión, sino producida por la incorporación de bienes o derechos en el patrimonio del sujeto pasivo, tal y como lo cita textualmente el artículo 13.1.i).4 del TRLIRNR.

Como cuestión previa al análisis de la tributación efectiva de esta renta por el IRNR, me ha parecido interesante plantearme si parece lógica la consideración de dicha renta como ganancia patrimonial de acuerdo con el artículo 21 bis del RIS. Sin entrar a valorar las virtudes y los defectos del ajuste secundario, entiendo que la pretensión del legislador era igualmente la de considerar como "renta" el desplazamiento patrimonial efectuado a favor de un no residente. Puesto que la normativa de IRNR no contempla un tipo de renta específico que derive de la obtención de una liberalidad sino que lo encuadra como "otra ganancia patrimonial", considero adecuado el matiz del legislador, aunque de no haberlo hecho se hubiera integrado indiscutiblemente en el artículo 13.1.i).4 de la LIRNR, si se tiene en cuenta sólo la normativa interna. Precisamente es el hecho de considerar en exclusiva la normativa nacional prescindiendo de la calificación que otorgan los CDI, lo que aviva el debate doctrinal.

En este sentido conviene señalar que hay sectores doctrinales que discrepan frontalmente respecto esta calificación ³⁶¹. Siguiendo la lógica de las contestaciones a las consultas tributarias³⁶² emitidas por la DGT en relación a la calificación de una liberalidad a favor de un sujeto pasivo no residente como ganancia patrimonial, a mi modo de ver el legislador simplemente ha perseguido una línea continuista. No obstante, lo que sí es criticable es la

³⁶¹ Según CALDERÓN CARRERO, y MARTÍN JIMÉNEZ, ("Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas, 2009, p. 57) la calificación como ganancia patrimonial del artículo 13.1.i) 4 de la Ley del IRNR es "bastante desafortunada, ya que las liberalidades a favor de sociedades no residentes, en contra de la opinión que viene manteniendo la DGT, se gravan como otras rentas en los CDI, de manera que allí donde la entidad no residente mantenga el exceso de tesorería, en principio la renta se debe llevar al equivalente al artículo 21 del MC OCDE con el resultado que no será renta gravable en España, salvo que tal cláusula del CDI se desvíe del MC OCDE y permita tal gravamen en la fuente", También CENCERRADO MILLÁN alcanza una reflexión parecida ("Ajuste secundario", 2010, p. 592, así como el profesor CALVO VÉRGEZ (*Operaciones Vinculadas y Subcapitalización*, 2011, p. 311).

³⁶² DGT 1590-03 de 10 de octubre de 2003.

discordancia entre nuestra normativa interna y lo previsto en los CDI. Tal y como nos recuerdan algunos autores, el artículo 13 del MC OCDE únicamente regula las ganancias de capital derivadas de la transmisión de bienes. Siendo ello así, ¿dónde deberían incluirse aquéllas ganancias que no derivan de una transmisión patrimonial? Parece que los textos de los CDI sólo nos ofrecerían una única opción, esto es, el artículo 21 del MC ODCE relativo a “otras rentas”, en cuyo caso, y siempre que el CDI siga textualmente el MC OCDE, se prevé la tributación en exclusiva en el Estado de residencia. Es decir, la renta derivada del exceso de fondos obtenida por la sociedad filial no residente tributaría en exclusiva en su Estado y por ende no cabría esperar tributación alguna en territorio español en concepto del IRNR.

Es precisamente la discordancia entre lo dispuesto en los CDI y el TRLIRNR el aspecto que considero criticable. En este sentido, discrepar de esta recalificación no sólo implica no estar de acuerdo con la calificación jurídica respecto este ajuste secundario en particular sino plantearse de raíz una nueva redacción del artículo 13.1.i).4 de la LIRNR, o lo que sería probablemente más acertado, plantearse la introducción de un nuevo artículo en el TRLIRNR que otorgara un tratamiento tributario específico a las liberalidades efectuadas a favor de sujetos no residentes, de acuerdo con lo establecido en el MC OCDE. Así, mientras no se abogue por una reforma de nuestra legislación interna haciéndola más acorde con el contexto internacional, veo difícil un cambio de calificación respecto este ajuste secundario. Como en tantos muchos supuestos, el legislador se ha limitado a mantenerse fiel con su normativa interna, y ello, guste o no, no deja de ser coherente.

Partiendo de la base que la DGT considera que la renta obtenida por la sociedad no residente está sujeta a tributación por el IRNR, ¿podría aplicarse algún mecanismo que neutralizara o aliviara la tributación estos casos? Teniendo en cuenta que, en opinión de quien escribe estas líneas, la calificación debe producirse a todos los efectos, siempre que la entidad filial resida en un Estado miembro de la UE, debería ser de aplicación el artículo 14.1c) del TRLIRNR, en virtud del cual las ganancias patrimoniales derivadas de bienes muebles (nada dice acerca de si son o no originadas por una transmisión) están exentas de

tributación³⁶³.

En cuanto al tratamiento fiscal de la calificación del exceso como liberalidad en sede del socio, me remito a lo expuesto en el apartado 3.3.2 del presente capítulo.

C) Fondo de comercio

Teniendo en cuenta que fiscalmente aumenta el valor de adquisición de la participación, me he cuestionado si ello generaría un nuevo fondo de comercio o modificaría el valor del existente.

Antes de proceder a dicho análisis cabe destacar que con efectos desde 21 de diciembre de 2007 ³⁶⁴, y siguiendo el mandato exigido por la UE, la deducibilidad del fondo de comercio financiero previsto en el artículo 12.5 del TRLIS no será de aplicación a las adquisiciones de valores representativos de la participación en fondos propios de entidades residentes en otro Estado miembro de la UE, por considerar esta medida como una ayuda estatal³⁶⁵. No obstante, ello de momento sólo afectaría a las adquisiciones intracomunitarias de participaciones.

Como es bien sabido, el artículo 12.5 del TRLIS establece que cuando se adquieran valores representativos de la participación en fondos propios de entidades no residentes en territorio español, cuyas rentas puedan acogerse a la exención contemplada en el artículo 21 del TRLIS, el importe de la diferencia

³⁶³ El mencionado artículo detalla algunas excepciones a la aplicación de la exención para el caso específico de ganancias patrimoniales derivadas de la transmisión de acciones o participaciones. Esta excepción no es aplicable, en tanto la renta generada en sede de la sociedad filial no residente no deriva de ningún acto de transmisión, sino de una recalificación de rentas por aplicación del artículo 16.8 del TRLIS.

³⁶⁴ Modificación introducida por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, con efectos para los períodos impositivos que concluyan a partir de 21 de diciembre de 2007 y vigencia indefinida.

³⁶⁵ El origen de esta controversia se encuentra en preguntas formuladas por algunos diputados europeos en el Parlamento de Estrasburgo concretamente sobre una OPA hostil de Iberdrola sobre la entidad Scottish Power. Señala la Comisión Europea que *“el régimen de ayudas ejecutado por España conforme al artículo 12.5 del RDL núm. 4/2004 de 5 de marzo de 2005, que consolidó las modificaciones introducidas en la Ley del IS, aplicado ilegalmente por el Reino de España infringiendo el artículo 88, apartado 3, del Tratado, es incompatible con el mercado común a efectos de las ayudas concedidas a los beneficiarios al realizar adquisiciones intracomunitaria”*.

entre el precio de adquisición de la participación y el patrimonio neto de la entidad participada a la fecha de adquisición, en proporción a esa participación, se imputará a los bienes y derechos de la entidad no residente, y la parte de este exceso que no hubiera sido imputada será deducible de la base imponible con el límite de la centésima³⁶⁶ parte de su importe.

Se ha visto que los ajustes primarios y secundarios inciden directamente sobre la valoración a efectos fiscales de los fondos propios. ¿Supone ello un nuevo cálculo del fondo de comercio respecto la sociedad que ha intervenido en la operación vinculada? La respuesta puede encontrarse en la misma redacción del artículo 12.5 del TRLIS, el cual prevé el cálculo de la diferencia entre el valor de adquisición de los valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español y el patrimonio neto de la entidad participada en *la fecha de adquisición* de dicha participación. Así, el cálculo se origina una sola vez, en la fecha de adquisición de los valores, y no se modifica a lo largo de su depreciación; aunque cabe señalar después de un complejo debate doctrinal, que la DGT³⁶⁷ ha considerado este ajuste como una diferencia

³⁶⁶ El RD Ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del sistema nacional de salud, de contribución a la consolidación fiscal, y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011, establece una limitación temporal a la amortización del fondo de comercio financiero, al modificarse el porcentaje máximo aplicable a la armonización fiscal del fondo de comercio financiero, estableciéndose que la deducción de la diferencia a que se refiere el citado precepto “que se deduzca de la base imponible en los periodos impositivos iniciados dentro del año 2011, 2012 o 2013, está sujeta al límite anual máximo de la centésima parte de su importe”. Por tanto, se disminuye el porcentaje de amortización anual máximo del fondo de comercio financiero del 5 al 1% durante esos años. Recuérdese que la Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras, prorroga esta medida durante los ejercicios 2014 y 2015.

³⁶⁷ La DGT en respuesta a una consulta de 22/09/2009 (V2106-09) se pronuncia acerca de la naturaleza de “incentivo temporal” del artículo 12.5 del TRLIS. En concreto, señala que lo siguiente: *“En este sentido, resulta destacable lo establecido en la letra b) del artículo 21.2 del LIS, conforme al cual cuando el sujeto pasivo hubiera efectuado alguna corrección de valor sobre la participación transmitida que hubiera sido fiscalmente deducible, la exención se limitará al exceso de la renta obtenida en la transmisión sobre el importe de dicha corrección considerándose que dicha corrección incluye la computada por aplicación del artículo 12.5 de la LIS en la medida que tuvo efectos fiscales.*

De lo que cabe deducir que el artículo 12.5 del TRLIS determina un ajuste temporal en la base imponible del Impuesto, ya que, cuando se transmitan las participaciones correspondientes a entidades no residentes en territorio español que cumplan los requisitos mencionados anteriormente, la exención se aplicará sólo por aquella parte de renta que sea superior a la corrección valorativa prevista en el artículo 12.5 del LIS, lo que en la práctica se traduce en una reversión fiscal de la mencionada corrección, dando lugar, por tanto, a la integración del importe de las correcciones valorativas realizadas en aplicación del artículo 12.5 del LIS en la base imponible del período impositivo en el que se transmitan las participaciones, mediante un ajuste positivo al resultado contable obtenido en la transmisión, por cuanto dicha corrección de valor no está reconocida en el valor contable de la participación”.

temporal que revertirá en el momento de transmisión de la participación. En consecuencia, la aportación a los fondos propios de la sociedad filial no residente por la aplicación del artículo 16.8 de la LIS no modificaría la eventual deducción del fondo de comercio que el socio residente pudiese estar practicando.

3.5.2.- Matriz no residente que transfiere fondos encubiertos a favor de su filial residente

En este escenario partimos de un posible ajuste positivo realizado por la Administración Tributaria del Estado de residencia de la matriz, correspondiendo a España la aplicación del ajuste bilateral. En cuanto al ajuste secundario, también debe diferenciarse la parte de la renta que se corresponde con el porcentaje de participación respecto aquél que excede.

Así, la matriz extranjera verá incrementado el valor fiscal de su participación, lo cual supondrá una menor plusvalía tributable ante una eventual transmisión de dicha inversión³⁶⁸. Por tanto, podría afirmarse que la aplicación del artículo 16.8 del TRLIS repercute en una menor tributación por el IRNR. Sin embargo, ello sólo será así en el caso de participaciones de entidades no residentes en Estados miembros de la UE, pues en caso inverso, sería de aplicación del artículo 14.1.c) del TRLIRNR, en virtud del cual dicha plusvalía quedaría exenta siempre que el activo de la entidad participada no consista principalmente, directa o indirectamente, en bienes inmuebles situados en territorio español y que en ningún momento durante los 12 meses anteriores a la transmisión, el socio haya participado, directa o indirectamente, en al menos el 25% del capital o patrimonio de la filial residente. Así, en estos casos, podría decirse que la aplicación del artículo 16.8 del TRLIS es indiferente a efectos de impacto impositivo, pues en cualquier caso se trataría de rentas exentas.

No obstante lo mencionado en el párrafo anterior, en el caso de tratarse de un residente (persona física o jurídica) en un Estado con el que España haya suscrito un CDI, el artículo que sería de aplicación sería el artículo 13 del MC

³⁶⁸ Remítase el lector a las reflexiones comentadas en el apartado 3.3.3. del presente capítulo relativo a la menor plusvalía también aplicable cuando el socio fuera persona física.

OCDE relativo a la tributación de las ganancias patrimoniales. En el caso que nos ocupa, la ganancia derivada de transmisión de participaciones en aplicación del CDI en cuestión, quedaría gravada en exclusiva por el Estado de residencia, eliminando así el riesgo de doble imposición.

Por último, cabe señalar que la calificación de la renta como liberalidad carece de incidencia en territorio español por cuanto se trata de un gasto por donación que únicamente afectaría a la sociedad extranjera. En cambio, la renta percibida como liberalidad por parte de la filial española sí tributaría mediante la práctica de un ajuste extracontable positivo en su base imponible.

3.6.- Impacto recaudatorio real del ajuste secundario

Tras efectuar un estudio detallado del impacto real y efectivo del ajuste secundario, merece la pena subrayar en qué supuestos, en términos generales, existe una incidencia real del ajuste secundario en las arcas del tesoro público.

A grandes rasgos, puede afirmarse que cuando el socio es una persona jurídica, a pesar de que el incremento del valor fiscal de la participación se traduzca en una menor plusvalía fiscal y por ende en una menor tributación, la aplicación de mecanismos que neutralizan las plusvalías derivadas de la transmisión de participaciones, hacen absolutamente estéril la aplicación del artículo 16.8 del TRLIS. En el caso de socios personas jurídicas residentes, únicamente cuando la deducción del artículo 30.5 del TRLIS, en caso participaciones en entidades residentes, no compense del todo la doble imposición, podría afirmarse que el ajuste secundario no es irrelevante y que supone una menor tributación para el socio. Lo mismo sucedería en el caso participaciones en el capital de sociedades no residentes si el efecto de la aplicación del artículo 31 del TRLIS no fuera comparable al efecto de la exención prevista en el artículo 21 del TRLIS. En otras palabras, siempre que los mecanismos para evitar la doble imposición compensen del todo la ganancia derivada de la transmisión de participaciones de la sociedad, ya sea residente o no residente, el resultado sería el mismo con o sin aplicación del ajuste secundario.

Ahora bien, en el caso de tratarse de personas físicas la situación es distinta por no ser de aplicación ningún mecanismo para evitar la doble imposición, con lo que en realidad será siempre favorable la aplicación del artículo 16.8 del TRLIS en tanto el aumento fiscal del valor de la participación supondrá una menor plusvalía a integrar en la base del ahorro. Recuérdese que precisamente respecto la posibilidad de diferenciar una valoración fiscal de una valoración contable es dónde surge el debate; pues de no aceptar un incremento fiscal del valor de la inversión, no habría una disminución de la plusvalía generada por la transmisión de la participación.

Destacar que en caso de tratarse de un socio no residente, ya sea persona física o jurídica, normalmente habrá una menor tributación en IRNR, salvo que por aplicación de la exención del artículo 14.1.c) del TRLIRNR o por el CDI, se dejara exenta o no sujeta la ganancia por localizarla en el país de residencia.

Por ello, el profesor CENCERRADO MILLÁN concluye acertadamente que “la recalificación de rentas tiene su principal utilidad en dos claros supuestos: cuando el socio vinculado a la sociedad es una persona no residente y cuando el socio vinculado es una persona física residente”³⁶⁹. Ello ciertamente es así cuando el porcentaje de participación alcanza el 100%. Sin embargo, cuando es inferior y entra en juego la calificación de renta como liberalidad, también el IS es un impuesto afectado.

En este sentido, respecto la parte de la renta que no se corresponde con el porcentaje de participación, siempre habrá una mayor tributación, de hecho, una doble tributación, de suerte que el gasto no será fiscalmente deducible en el sede del socio (si ha sido previamente contabilizado) y la renta será ingreso tributable. Únicamente, si la sociedad participada es no residente podría conseguirse que esta renta no tributase, bien por aplicación del CDI y su ubicación como “otras rentas”, en cuyo caso no tributaría por IRNR en el Estado de la fuente (España) sino en exclusivamente en el Estado de residencia. En caso de no existir CDI, podría procurar aplicarse, siempre que se cumpliesen los requisitos, entre los cuales está ser residente de un Estado miembro de la UE, la exención prevista en el artículo 14.1.c) del TRIRNR.

³⁶⁹ CENCERRADO MILLÁN, “Los efectos de ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2007, p. 80.

4. Otros supuestos del artículo 16.3

4.1.- Introducción

Una de las primeras impresiones que produce la lectura del artículo 16.8 del TRLIS y su desarrollo reglamentario, con independencia de la discrepancia de fondo de su contenido, es una sensación de regulación no finalizada, o al menos, de discriminación respecto a determinados supuestos. Me explico. Por todos es sabido que la calificación apriorística exigida por el ajuste secundario únicamente afecta a la relación socio-sociedad, dejando en manos del contribuyente y/o la Administración la calificación del resto de supuestos. Sin embargo, la obligación de calificar la renta conforme a la naturaleza jurídica de la misma alcanza *todos* los supuestos de vinculación enumerados en el apartado 3 del artículo 16 del TRLIS. A primera vista esto podría parecer, y de hecho lo es, una incongruencia, aunque vista la regulación del ajuste secundario respecto la relación socio-sociedad y los efectos adversos que la misma puede producir, casi me atrevería a decir que es un alivio que el legislador haya optado por no ofrecernos calificaciones previas y dejar libertad al sujeto pasivo y/o a la Administración para que establezcan cuál es la calificación que le corresponde a una determinada transacción que se enmarca fuera de la relación socio-sociedad³⁷⁰.

³⁷⁰ CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ (“Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas”, 2009, p. 56), muestran su más absoluto desacuerdo con la actual regulación del ajuste secundario. Se recogen en esta nota sus severas pero, a mi juicio, muy acertadas palabras: “La regulación de las calificaciones que cabe realizar del exceso de tesorería que termina en manos de alguna de las partes es incompleta, parcial, indeterminada y, en algún supuesto, arbitraria o incluso ilegal por exceder el mandato del artículo 16.8 del TRLIS. En efecto, el artículo 21 bis.2 del RIS solo regula alguna de las situaciones que se pueden plantear en los casos de vinculación entre las partes (relación socio-sociedad), pero no soluciona otros supuestos donde, existiendo relación de vinculación, se producen operaciones vinculadas en las que existe un exceso de tesorería que termina en manos de una de ellas tras la realización de los ajustes primario y correlativo. Los supuestos pueden ser muy variados: operaciones en grupos societarios entre sociedades “abuelas” y “nietas”, entre sociedades “hermanas” o “tías” y “sobrinas”; igualmente, al margen de los grupos societarios, el precepto nada indica tampoco sobre cómo deben calificarse las operaciones realizadas con el administrador de la sociedad, con el cónyuge del administrador, con familiares dentro del círculo de vinculación de accionistas o administradores o consejeros, etc. La única indicación que podemos encontrar en el artículo 16.8 del TRLIS y en el artículo 21 bis.1 del RIS 2008 es que la diferencia entre el valor de mercado y convenido tendrá “el tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto”, lo cual equivale a no aclarar nada en relación con las situaciones que se acaban de comentar.

Cabe señalar también los comentarios de ARRÁZOLA ARRÍEN, quien antes de la publicación del actual artículo 21bis del RIS, entendió que en aquellos supuestos en que la relación no sea entre socio y sociedad habrá, en términos generales, una mera liberalidad. “Ajuste secundario en las operaciones vinculadas”, *Forum Fiscal de Álava, Financiacal & Tax ediciones*, núm. 074.154, Mayo de 2007, pp. 15-22.

Siendo así las cosas, no puede obviarse la pregunta de cuál debería ser la calificación en el resto de operaciones efectuadas entre otras partes vinculadas. Teniendo en cuenta que es posible agrupar el listado del artículo 16.3 del TRLIS y para evitar reiteraciones innecesarias, a continuación se procede a detallar las partes en la que se dividirá el presente análisis.

El artículo 16.3 del TRLIS considera personas o entidades vinculadas las siguientes:

Grupo 1³⁷¹: Una entidad y sus socios

a) Una entidad y sus socios o partícipes.

Grupo 2: Una entidad y administradores

b) Una entidad y sus consejeros o administradores.

Grupo 3: Una entidad y los familiares del socio o administradores

c) Una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes, consejeros o administradores.

Grupo 4: Una entidad y otra entidad del mismo Grupo (o sus socios, administradores o familiares de éstos). Participación indirecta y sociedades hermanas

d) Dos entidades que pertenezcan a un grupo.

e) Una entidad y los socios o partícipes de otra entidad, cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo.

f) Una entidad y los consejeros o administradores de otra entidad, cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo.

g) Una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes de otra entidad cuando ambas entidades pertenezcan a un

³⁷¹ Precisamente este apartado es el que ha sido ampliamente estudiado y analizado en los anteriores epígrafes, de suerte que como se sabe, es el único al que la normativa atribuye una calificación apriorística de la verdadera naturaleza de las operaciones vinculadas.

grupo.

h) Una entidad y otra entidad participada por la primera indirectamente en, al menos, el 25 por ciento del capital social o de los fondos propios.

i) Dos entidades en las cuales los mismos socios, partícipes o sus cónyuges, o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado, participen, directa o indirectamente en, al menos, el 25 por ciento del capital social o los fondos propios.

Grupo 5: Una entidad y su EP

j) Una entidad residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el extranjero.

k) Una entidad no residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el mencionado territorio.

Grupo 6: Régimen de cooperativas (supuesto residual)

l) Dos entidades que formen parte de un grupo que tribute en el régimen de los grupos de sociedades cooperativas.

4.2.- Una entidad y su administrador o consejero

Como cuestión previa, cabe señalar que se ha partido de la premisa que el administrador es exclusivamente administrador sin tener a su vez la condición de socio, pues si así fuera deberíamos determinar si la relación por la cual ha recibido el exceso de renta responde a la relación socio –sociedad o bien a la relación sociedad– administrador³⁷². No es objeto de este estudio entrar a valorar las funciones laborales que pueden dirimir este conflicto, habiéndome ceñido en

³⁷² Creo oportuno señalar la superación del debate doctrinal que generó la redacción del artículo 16.4b) de Ley 61/1978 del Impuesto sobre Sociedades. La profesora COMBARROS VILLANUEVA (*Régimen tributario de las operaciones entre sociedades vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, 1988, p. 122) se hace eco de esta polémica sosteniendo que la vinculación únicamente se produce si el consejero es socio de la sociedad, debido, según la opinión de la autora, “al sometimiento a gravamen de las traslaciones de beneficios que tienen su origen en vínculos del Derecho Societario”, lo cual excluiría la figura del administrador no socio. A fecha de hoy, no queda ninguna duda de la capacidad de influencia que puede ejercer un administrador (no socio) sobre una sociedad y por ende, la necesidad que conste como parte vinculada en la enumeración prevista en el artículo 16.3 del TRLIS.

exclusiva al ajuste secundario que afecta a la relación entre un administrador y una entidad.

La doctrina no ha sido ajena a este supuesto, coincidiendo por mayoritariamente que en caso de tratarse de un cargo de administrador retribuido supondría un incremento de rendimiento del trabajo para el administrador³⁷³. Sin embargo, cabe mencionar que los profesores CAAMAÑO ANIDO y CALVO VÉRGEZ, discrepan de esta tesis, al considerar que si el administrador no es socio no procede la aplicación del ajuste secundario, en tanto el mismo únicamente procede, según su interpretación del texto legal, si “la vinculación se define en función de la relación socios o partícipes-entidad”³⁷⁴. A mi parecer, disiento de la opinión de estos dos autores al entender que el concepto de ajuste secundario abarca cualquier calificación sobre el exceso de renta según su naturaleza, con independencia de que el texto legal imponga unas calificaciones apriorísticas únicamente respecto la relación socio-sociedad.

Aún así y entendiendo por coherencia legislativa (no por convicción) que la renta percibida por el administrador debería ser calificada como rendimiento del trabajo, varios son los aspectos que quedan pendientes de analizar originando cuestiones que no han sido resueltas, tales como, ¿sería el gasto fiscalmente deducible en sede de la sociedad?, ¿Y si el cargo de administrador fuese gratuito, qué calificación debería otorgarse al exceso de renta? ¿Qué sucedería si fuese el administrador quien realizara una transacción a favor de la sociedad? ¿Cómo debería calificarse este supuesto? Otra de las cuestiones que por supuesto puede generar debate es la relativa a la relación del régimen de operaciones vinculadas,

³⁷³ CENCERRADO MILLÁN, “Los efectos de ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2007, pp. 80-82; SUÁREZ MOSQUERA, “La calificación jurídica de las operaciones vinculadas, en la imposición directa, según la modificación realizada por la Ley 36/2006, de prevención del fraude fiscal”, 2007, pp. 22-23; VADILLO CASERO y CARLOS CÉSAR, “El ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2008, pp. 274-276; FERNÁNDEZ DE SOTO BLASS, M. L., “Los precios de transferencia y el ajuste secundario. Propuesta de nuevos artículos en la legislación del Impuesto sobre Sociedades español”, comunicación en la VI Jornada Metodológica de Derecho Financiero y Tributario Jaime García Añoveros. La calidad jurídica de la producción normativa en España. *IEF*, Doc. Núm. 30/09, 2009, p. 411; CORDÓN EZQUERRO, T., “Valor de mercado y ajuste secundario en las operaciones vinculadas”. 2009, p. 172; BLASCO DELGADO, C. y URBANO, M., “Reflexiones sobre el actual régimen de las operaciones vinculadas, con particular atención a su proyección práctica”, *Revista de Información Fiscal*, núm. 97, 2010, p. 25 y LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, como coordinador de la monografía Impuesto sobre Sociedades, *Memento Práctico Francis Lefebvre*, Madrid, 2013, p. 422 marginal 2412.

³⁷⁴ CAAMAÑO ANIDO (“Comentarios al nuevo régimen de documentación de las operaciones vinculadas”, 2009, p. 63) y CALVO VÉRGEZ (*Operaciones Vinculadas y Subcapitalización*, 2011, pp. 314-315).

y en especial la regla de calificación prevista en el artículo 16.8 del TRLIS, y el régimen de retribuciones en especie. Ciertamente debería esclarecerse si ambos regímenes son excluyentes, en cuyo caso, establecerse la primacía de uno sobre el otro. Permítame el lector que difiera este interesante estudio al capítulo siguiente en el que se analizará la relación del ajuste secundario con otros regímenes fiscales.

El escenario más frecuente es aquel en el que el administrador transfiere un bien o un servicio a un precio superior al de mercado o adquiere un bien o servicio a un precio inferior al de mercado, transfiriendo fondos de la entidad a favor del administrador. Siendo éste el supuesto más común, debe partirse de dos hipótesis distintas, esto es, el cargo de administrador es gratuito o retribuido. Como se ha mencionado en el primer párrafo de este epígrafe, parece lógico que ante una relación laboral especial como es la de administrador, cuyas percepciones se integran como rendimientos del trabajo, un exceso de fondos constituya una mayor retribución del trabajo a integrar en la base imponible general al tipo marginal.

Siendo ello así, también pudiera parecer que la sociedad debería poder deducirse más gasto de personal. Ello no plantearía problema alguno si la operación híbrida estuviera debidamente registrada pero la cuestión es si es posible generar un gasto fiscal que no ha sido previamente contabilizado. A primera vista pudiera parecer que la respuesta debería ser negativa, más si se recuerda el criterio de la DGT ³⁷⁵ que considera deducible el gasto por remuneración de administrador siempre que el mismo esté debidamente contabilizado, y que así conste en los Estatutos de la entidad en cuestión. No obstante, considero que no debe obviarse el contexto de ajustes en el que se encuentra circunscrita la operación, de suerte que todos los ajustes extracontables negativos como ajustes bilaterales no dejan de ser sino un incremento del gasto (o una disminución del ingreso) en aquella sociedad cuyos fondos se han visto mermados a favor de la otra parte vinculada. De hecho, un aumento del gasto a través de la aplicación de un ajuste

³⁷⁵ Así lo prevé la DGT en varias consultas, entre ellas, la V1015-13 relativa a la deducibilidad del gasto por remuneración de administradores, en la que textualmente señala que *“todo gasto contable será gasto fiscalmente deducible a efectos del Impuesto sobre Sociedades siempre que cumpla las condiciones legalmente establecidas, en términos de inscripción contable, imputación con arreglo a devengo, correlación de ingresos y gastos y justificación documental, siempre que no tenga la consideración de gasto fiscalmente no deducible por aplicación de algún precepto específico establecido en el TRLIS”*.

extracontable negativo ya es *per se* una excepción al principio de inscripción contable, no veo pues, por qué debería ser distinto en el caso de remuneración del administrador.

Obsérvese como el resultado de la entidad no sufre alteración alguna, por cuanto el aumento de resultado derivado de la transacción vinculada queda compensado con el mayor gasto de personal que supone la retribución del administrador³⁷⁶.

Siguiendo con la deducibilidad del gasto, otra de las cuestiones interesantes a destacar y que de nuevo suponen una infracción directa al Derecho mercantil es la no remisión a requisitos mercantiles que la legislación específica requiere respecto al importe de un administrador. El RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC, fija unos límites de retribución distintos para las S.R.L. y las S.A., cuando la retribución tenga como base la participación en beneficios y, en el caso de tratarse de una remuneración fija para las S.R.L., la junta debe aprobarlas cada ejercicio de conformidad con lo previsto en los Estatutos³⁷⁷. En otras palabras, pudiera ocurrir que el exceso de renta derivado

³⁷⁶ Muy acertadas me parecen las palabras de SUÁREZ MOSQUERA, (La calificación jurídica de las operaciones vinculadas, en la imposición directa, según la modificación realizada por la Ley 36/2006, de prevención del fraude fiscal, 2007, p. 22) quien señala que “el resultado de la sociedad queda igual en términos cuantitativos, pero cualitativamente hay un mayor gasto de personal y un mayor beneficio extraordinario”.

³⁷⁷ A continuación se transcriben los artículos del RD Legislativo 1/2010 que aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital a los que se ha hecho referencia.

“Artículo 217 Remuneración de los administradores

1. *El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de retribución.*

2. *En la sociedad de responsabilidad limitada, cuando la retribución no tenga como base una participación en los beneficios, la remuneración de los administradores será fijada para cada ejercicio por acuerdo de la junta general de conformidad con lo previsto en los estatutos.*

Artículo 218 Remuneración mediante participación en beneficios.

1. *En la sociedad de responsabilidad limitada cuando la retribución tenga como base una participación en los beneficios, los estatutos sociales determinarán concretamente la participación o el porcentaje máximo de la misma, que en ningún caso podrá ser superior al diez por ciento de los beneficios repartibles entre los socios.*

2. *En la sociedad anónima cuando la retribución consista en una participación en las ganancias, solo podrá ser detraída de los beneficios liquidados y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del cuatro por ciento, o el tipo más alto que los estatutos hubieran establecido.”*

de la operación vinculada excediera de los límites previstos en la normativa mercantil, en cuyo caso, podría entenderse que el gasto únicamente sería fiscalmente deducible hasta el límite mercantil. Sin embargo, optando por esta interpretación pueden aflorar situaciones de doble imposición, pues la renta del trabajo sí tributaría en sede del administrador pero el gasto correspondiente a este exceso de retribución podría no ser totalmente deducible³⁷⁸. Téngase en cuenta que en casos como el descrito, es decir, si se optara por una interpretación restrictiva de la deducibilidad del gasto, el ajuste primario (ajuste extracontable positivo que aumenta el ingreso o disminuye el gasto de la operación) no neutralizaría el importe del ajuste secundario (ajuste extracontable negativo por aumento del gasto de personal).

En sede del administrador deberá distinguirse el flujo económico de la operación para poder determinar el posible efecto neutro de la misma. Así, cuando ha sido el administrador quien ha transmitido un bien por encima de su valor de mercado, deberá practicarse un ajuste extracontable negativo a modo de ajuste bilateral y otro positivo como ajuste secundario. Véase un ejemplo. El administrador de una entidad ha transmitido un bien inmueble por 200.000 euros, siendo su valor de mercado de 120.000 euros y su valor de adquisición de 50.000 euros³⁷⁹.

Administrador:

Ganancia patrimonial convenida:	150.000 (200.000 – 50.000)
Ganancia patrimonial final (valor mercado):	70.000 (120.000 – 50.000)
Ajuste primario:	-80.000
Ajuste secundario (más rendimiento del trabajo):	+80.000

Como puede observarse, teniendo en cuenta que la ganancia patrimonial se integra en la base del ahorro y el rendimiento del trabajo a la base general, el diferencial de tipos impide poder conseguir un efecto de neutralidad, que sí puede alcanzar la sociedad, ya que el ajuste positivo de valoración se efectuará

³⁷⁸ En aras a facilitar ejemplos prácticos, se recomienda la lectura de CENCERRADO MILLÁN, "Ajuste secundario", 2010, p. 599, así como CORDÓN EZQUERRO, "Valor de mercado y ajuste secundario en las operaciones vinculadas", 2009, p. 172.

³⁷⁹ Para facilitar el ejemplo se prescinde del cálculo de los coeficientes de corrección monetaria que deberían ser aplicables.

durante la vida útil del bien o en el ejercicio en el que se transfiera, cuyo importe a lo largo del tiempo coincidirá con el ajuste extracontable negativo por aumento de gasto de personal. A estos efectos, si bien es cierto que se habla de “neutralidad fiscal”, no es menos cierto que el hecho de diferir en el tiempo el ajuste de valoración provoca un efecto financiero favorable al contribuyente. Siguiendo con el ejemplo que nos ocupa, la sociedad debería efectuar los siguientes ajustes:

Sociedad:

Valor de adquisición del bien (precio convenido):	200.000
Valor fiscal del bien (valor de mercado):	120.000
Ajuste primario vía amortización por importe global de	80.000
Ajuste secundario (más gasto de personal):	- 80.000

A *sensu contrario*, cuando es la sociedad quien ha transferido un bien al administrador para su uso y disfrute, el efecto bilateral de la operación no implica un reajuste inmediato para el administrador, pero sí que el bien queda valorado a valor de mercado y ante una futura transmisión habrá una menor plusvalía (salvo que se trate de un bien afecto a una actividad o en arrendamiento, en cuyo caso la base de la amortización debería ser el valor de mercado).

Es el turno ahora de analizar cómo podría calificarse la renta si el cargo de administrador es gratuito. Aventurándome a la calificación que podría esgrimir la Administración, y partiendo de la base que el administrador no es socio, muy posiblemente se atribuiría el exceso de renta a un *animus donandi* por parte de la sociedad a favor de su administrador, pues en modo alguno puede pensarse en la posibilidad de calificar la renta como un dividendo si se carece de la condición de accionista, obligando así al administrador a tributar por ISD. En casos como el descrito, la sociedad generaría un gasto por donación que inmediatamente debería ser compensado por un ajuste extracontable positivo debido a la naturaleza de gasto fiscalmente no deducible de las liberalidades. En otras palabras, la pretendida neutralidad que se predica en supuestos en los que el cargo de administrador es retribuido, no sucede cuando el exceso se califica de

donación, pues el ajuste de valoración (ajuste primario) no se compensa con el ajuste secundario (ajuste de calificación).

Esta parece que es una de las teorías posibles³⁸⁰, máxime se tiene en cuenta la tendencia del legislador a calificar como liberalidad determinadas rentas. Sin embargo, mi postura es radicalmente contraria a este planteamiento, sumándome a las acertadas palabras de CENCERRADO MILLÁN, según el cual “si nos empeñamos en realizar siempre la recalificación de rentas, sin duda, acabaremos suponiendo artificiosas operaciones encubiertas y gravando rentas inexistentes”³⁸¹. Es pronto todavía para alcanzar una conclusión final pero sin duda ya anticipo al lector que mi postura se aleja de tanta regla de calificación y opta más por la línea de la repatriación de fondos, evitando así el altísimo riesgo de doble imposición que genera la actual redacción del ajuste secundario, máxime si se acepta que en frecuentes ocasiones no existe una voluntad fraudulenta de convenir un precio distinto al de mercado.

Por último, y a pesar de ser éste un escenario poco frecuente, algunos autores también se han preguntado cómo se calificaría el exceso de renta transferido del administrador a favor de la sociedad. Coinciden CENCERRADO MILLÁN y VADILLO CASERO en considerar que una posible solución pasaría por calificar este exceso como una donación recibida del administrador a favor de la sociedad, cuyas críticas son exactamente las mismas que las reproducidas en el anterior párrafo. En este caso, es fácil adivinar que el ajuste negativo de valoración efectuado en sede de la sociedad se vería neutralizado por el ajuste positivo de calificación como ingreso por donación.

³⁸⁰ Así lo da por hecho CORDÓN EZQUERRO en el ejemplo antes mencionado (Valor de mercado y ajuste secundario en las operaciones vinculadas", 2009, p. 172.

³⁸¹ CENCERRADO MILLÁN, “Los efectos de ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, p.82.

4.3.- Una entidad y los familiares³⁸² del socio o administrador

Como respuesta al silencio normativo en cuanto a la calificación de estos supuestos, dos son las interpretaciones que la doctrina ha considerado, a saber; un desplazamiento patrimonial directo y otro indirecto, cuya incidencia en el resultado no es el mismo, como tampoco lo es su fundamento jurídico.

Una interpretación que prima la capacidad de influencia del socio o administrador en la sociedad entenderá que en primer lugar hay una distribución de beneficios a favor del socio, o un mayor rendimiento del trabajo a favor del administrador, y posteriormente una donación de éste a su familiar. En este sentido se manifestó ESTEVE PARDO³⁸³ en su monografía ya en el año 1996, opinión que ya fue sostenida por la profesora COMBARROS VILLANUEVA³⁸⁴ en 1988, muchísimo antes de la entrada en vigor del ajuste secundario. Una opinión doctrinal en la misma línea posterior al actual artículo 16.8 del TRLIS es la que nos ofrece el profesor CENCERRADO MILLÁN³⁸⁵, quien a pesar de plantear las distintas interpretaciones que podrían entenderse, de decanta por fundamentar la ventaja patrimonial en aquél que verdaderamente mantiene relaciones societarias con la entidad, lo cual recae en figuras con poder de decisión, como pueden serlo un socio o un administrador. Recuérdese que el personal de alta dirección queda fuera de la enumeración de partes vinculadas ofrecidas por el artículo 16.3 del TRLIS, a pesar de concentrarse muchas veces en ellos la capacidad de celebración de contratos.

A pesar de estar lejos en el tiempo, merece la pena recordar las palabras de la profesora COMBARROS VILLANUEVA, quien sostiene que en estos casos no se trata de una vinculación indirecta sino de una “vinculación directa con

³⁸² Cabe señalar que la Ley 36/2006 amplió el círculo de familiares incluidos en los supuestos de vinculación, hecho éste que ha habido sido previamente criticado por la doctrina; no en vano el profesor DE PABLO VARONA, en el año 2002 ya alertaba del riesgo de no incluir por ejemplo los cónyuges de los descendientes. *Las operaciones vinculadas en el IRPF*, 2002, p. 38.

³⁸³ ESTEVE PARDO, *Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*, 1996, pp. 48-50.

³⁸⁴ COMBARROS VILLANUEVA, *Régimen tributario de las operaciones entre sociedades vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, 1988, pp. 119-121.

³⁸⁵ CENCERRADO MILLÁN, “Ajuste secundario”, 2010, pp. 598-599.

atribución indirecta³⁸⁶, siendo el vínculo entre socio (o administrador) y sociedad el que marca el punto de partida a partir del cual se concede la ventaja patrimonial al familiar.

La otra alternativa es entender que la atribución es directa entre la sociedad y el familiar del socio o administrador, lo cual supondrá una donación entre ambas partes sin que el socio o el administrador vean alterada su renta. La doctrina que ha tratado este tema es consciente de esta posible doble interpretación pero cabe señalar que los pocos autores que se han posicionado parten de premisas opuestas. En cuanto a esta segunda interpretación de desplazamiento directo, cabe citar a GARCÍA ROZADO³⁸⁷.

Antes de posicionarme, creo oportuno analizar un ejemplo con la doble resolución planteada, para visualizar así la distinción en su efecto recaudatorio.

Imagínese que el Sr. A es socio único de la sociedad X, la cual transmite un bien inmueble en la Costa Brava de su activo al nieto del Sr. A por valor de 200.000 euros, siendo el precio de adquisición del bien de 60.000 euros y el valor de mercado de 300.000 euros.

A) Desplazamiento patrimonial indirecto

En este caso, entenderíamos que la sociedad X ha distribuido un dividendo en especie a su socio por la diferencia entre el precio convenido y el valor de mercado, y éste a su vez ha efectuado una donación a favor de su nieto.

Sociedad X:

RC derivado de la transmisión a valor convenido:	140.000 (200.000 – 60.000)
RC derivado de la transmisión a valor de mercado:	240.000 (300.000 – 60.000)
Ajuste primario:	100.000

³⁸⁶ COMBARROS VILLANUEVA, *Régimen tributario de las operaciones entre sociedades vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, 1988, p. 119.

³⁸⁷ GARCÍA-ROZADO GONZÁLEZ, B.; DEL CAMPO AZPIAZU, C.; GARDE GARDE, M. J.; *Las claves de la reforma en el Impuesto sobre Sociedades*, CISS, Valencia 2007, p. 137.

Puesto que se entiende que la sociedad X ha efectuado una distribución de dividendos a su socio, el gasto ocasionado por la retribución de fondos propios no sería fiscalmente deducible (artículo 14.1.a del TRLIS), lo cual se consigue de igual modo con el ajuste extracontable positivo ya efectuado.

Socio, Sr. A: debería integrar en su base imponible como dividendos el importe de 100.000 euros, pudiendo beneficiarse de la exención del 1.500 euros prevista en la letra y) del artículo 7 de la LIRPF. Piénsese que si el porcentaje no fuera de la totalidad, la renta correspondiente a la diferencia de precio que excediera del porcentaje de participación sería calificada como “utilidad percibida por la condición de socio” sin derecho a ninguna exención.

En este sentido cabría comentar un aspecto relacionado con la propia esencia de una donación. A pesar de lo previsto en el artículo 36 de la LIRPF, en virtud del cual cualquier transmisión lucrativa *inter vivos* es susceptible de generar una ganancia patrimonial por la diferencia entre el valor de adquisición del bien y el valor asignado al bien donado a efectos del ISD, esto es, valor de mercado; entiendo que en este supuesto no procedería integrar renta alguna por cuanto la diferencia entre el valor de adquisición y de mercado ya ha sido objeto de tributación en la sociedad. Entender lo contrario sería, a mi parecer, una solución realmente grotesca a la par que generadora de un supuesto más de doble imposición.

Nieto del Sr. A: Puesto que percibe una adquisición lucrativa debería tributar por ISD por importe de 100.000 euros, y valorar a mercado el inmueble ante una futura transmisión o tenerlo en cuenta para el cálculo de la amortización en caso del bien fuese objeto de arrendamiento o afecto a una actividad económica.

B) Desplazamiento patrimonial directo

Esta segunda interpretación permitiría entender que ha existido una transmisión lucrativa de la sociedad X a favor del nieto del Sr. A, siendo la solución la que a continuación se expone:

Sociedad X:

RC derivado de la transmisión a valor convenido:	140.000 (200.000 – 60.000)
RC derivado de la transmisión a valor de mercado:	240.000 (300.000 – 60.000)
Ajuste primario:	100.000

Exactamente igual que sucedía con la retribución de fondos propios, el gasto no sería fiscalmente deducible por su naturaleza de liberalidad, efecto éste que ya se consigue con el ajuste extracontable positivo efectuado. Así, podría concluirse que para la sociedad, una u otra opción produce la misma tributación, pues su impacto en la base imponible es exactamente el mismo.

Ahora bien, en este caso no habría tributación en sede del socio, y directamente el receptor de bien, esto es, el beneficiario directo de la ventaja patrimonial, sería quien debería tributar igualmente por ISD, manteniendo por supuesto el valor de mercado del bien ante futuras transmisiones. En el supuesto inverso, es decir, que fuera el familiar del socio quien transmitiera el bien a la sociedad por un precio superior al de mercado, cabría apreciar, tal y como señala VADILLO CASERO³⁸⁸, que el familiar sustituiría una menor ganancia patrimonial (ajuste bilateral) por una tributación a la tarifa progresiva del ISD (ajuste secundario).

Por supuesto existen múltiples variantes de ejemplo, desde la transmisión de un bien hasta la prestación de un servicio por parte de la sociedad al familiar a un precio más económico o inclusive el arrendamiento de un bien inmueble del familiar a la sociedad, en cuyo caso el ajuste bilateral no supondría una alteración de la ganancia patrimonial sino una disminución del rendimiento del capital inmobiliario del familiar y una disminución del gasto en la sociedad (ajuste primario). Sea como fuere, todos los supuestos tienen un objetivo común: desplazar la ventaja patrimonial directamente al familiar, “eludiendo el paso intermedio”, tal y como cita DE PABLO VARONA³⁸⁹.

Una vez vistas las consecuencias tributarias entre una u otra interpretación, es evidente que optar por un calificación indirecta del desplazamiento de la renta

³⁸⁸ VADILLO CASERO, “El ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2008, p. 279.

³⁸⁹ DE PABLO VARONA, *Las operaciones vinculadas en el IRPF*, 2002, p. 38.

acarrea una tributación extra en sede del socio, que del otro modo obviaría por completo. A mi modo de ver, y teniendo en cuenta las consecuencias perniciosas que supone la distribución de beneficios al socio y su imposibilidad de paliar la doble imposición más allá de 1.500 euros anuales, o inclusive de no aliviarla en modo alguno respecto el exceso de renta que no se corresponde con el porcentaje de participación, no creo que sea positivo optar por una interpretación indirecta. Es cierto que la base argumental que sustenta la misma se fundamenta en la manifestación directa de la “*causa societatis*”, pero aún así, el riesgo de llevar este principio hasta sus últimas consecuencias es demasiado elevado y en ocasiones contrario al principio de capacidad económica. De hecho, también la segunda interpretación podría ser considerada contraria a este principio constitucional, de suerte que cualquier donación viene motivada por un *animus donandi* que en modo alguno puede afirmarse, bajo mi punto de vista, que es automático, máxime teniendo en cuenta la dificultad que a veces puede suponer valorar la transacción a valor de mercado adaptándose las partes a los métodos previstos en el artículo 16.4 del TRLIS.

Ello no hace más que acercarme a la postura contraria al actual redactado del artículo 16.8 del TLIS y optar por un método de repatriación, estándar para todas las partes vinculadas y calibrando muy bien el impacto en la base imponible.

4.4.- Una entidad y otra entidad del mismo Grupo. Sociedades hermanas y participación indirecta

El entramado de calificaciones que pueden originarse entre sociedades pertenecientes al mismo grupo pero sin tener participaciones cruzadas entre sí me parece digno de mención, aunque al mismo tiempo ya se adelanta al lector que me parece absolutamente inverosímil el juego de recalificaciones que propone algún sector doctrinal.

El supuesto más comentado por la doctrina, así como también por el ICAC y la DGT, es la recalificación de rentas en una operación efectuada entre dos sociedades dependientes con una entidad dominante en común (sociedades hermanas). En concreto, la consulta 4 del BOICAC 79/2009, ha concluido que “*en el supuesto que se acuerde (una condonación de créditos) entre sociedades*

dependientes necesariamente afectará a las cuentas anuales de la sociedad dominante o, en su caso, de la persona física o jurídica que ejerza la dirección única, en cuya virtud, la citada entidad, desde una perspectiva contable, acuerda la recuperación o distribución de fondos materializada en un crédito, para posteriormente, “aportar” el citado activo a la sociedad deudora”. Contundente es la visión del ICAC, inspirada en las denominadas “operaciones triangulares” comunes en otras soberanías fiscales, como la norteamericana; la sociedad dependiente núm. 1 distribuye un dividendo en especie a la sociedad matriz común, quien a su vez efectúa una aportación a favor de la sociedad dependiente núm. 2. Indicar a estos efectos que la reciente consulta 2 del BOICAC 96/2013 reitera lo indicado en la citada consulta del 2009.

Inclusive la propia DGT en respuesta a las consultas V1832-09 y V1833-09 reproduce buena parte de la consulta del ICAC de 2009, cuya conclusión es clara, pues por aplicación de la NRV 18^a.2 del PGC, *“ni en la sociedad dependiente donante ni en la donataria se generan gastos ni ingresos contables ni fiscales. Por el contrario, en la dominante, por la operación de distribución de reservas se generará un ingreso procedente de esta distribución”.* Es importante señalar que en esta consulta la DGT da por hecho que las entidades cumplirán con todas sus obligaciones contables registrando las operaciones híbridas según su verdadero fondo económico, principio inspirador tanto en la regulación contable como en la regulación fiscal. Ahora bien, en el caso de registrar la operación por el precio convenido y no contabilizar la operación secundaria, entiendo que la tesis de la DGT debería ser igualmente aplicable vía ajustes extracontables. Puntualizo de nuevo que, esto es lo que creo que debería inferirse de la consulta y de la coherencia legislativa, lo cual nada tiene que ver con mi posición personal respecto este tipo de operaciones triangulares.

En este sentido, huelga decir que mi opinión contraria a este tipo de recalificaciones triangulares afectando a la sociedad dominante común no parte del mero capricho de simplificar el ajuste secundario, que también, sino en especial de la necesidad de evitar situaciones generadoras de doble imposición. En línea con esta “doble imposición” perniciosa, el ICAC vuelve a pronunciarse acerca del mismo supuesto (condonación de créditos entre dos sociedades dependientes) si ambas (o alguna de ellas) estuviera participada por otros socios externos. Precisamente en este supuesto, y como no podía ser de otra manera

debido a la tendencia del legislador y de los intérpretes oficiales de la ley a extender al *animus donandi* a todo aquello que no se enmarque en el porcentaje de una relación socio-sociedad, el ICAC señala que “*cuando existan otros socios de las sociedades dependientes, si la distribución /recuperación y la posterior aportación se realiza en una proporción superior a la que le correspondería por su participación efectiva, el exceso sobre dicha participación se contabilizará de acuerdo con los criterios generales, es decir, un gasto para la sociedad donante y un ingreso para la donataria (...)*”.

Especialmente interesante me parece la opinión de expertos del bufete CUATRECASAS que en una de sus notas de reseña informativa interna, aportan una vía alternativa a la condonación de deudas entre sociedades de un grupo con el fin de evitar el afloramiento de gastos no deducibles como lo es una donación. Se propone en este documento acordar un efectivo reparto de dividendos y una posterior aportación de los socios respetando ambas operaciones el porcentaje de participación de todos los socios en las entidades dependientes. En palabras del propio texto, “*ello supondría que el socio externo que participa en la entidad dependiente acreedora percibiría un dividendo correspondiente a su participación y el socio externo de la entidad dependiente deudora debería realizar una aportación proporcional a su porcentaje de participación*”. Sobre el papel la propuesta es buena pero, en mi opinión, compleja de implementar, a la par que injusta en cuanto un socio externo que no ha participado en la transacción vinculada se verá beneficiado con un dividendo, mientras que otro socio externo se verá con la obligación de realizar una aportación como calificación de una renta ocasionada por una operación en la que tampoco ha tenido nada que ver, y aún así, sufrirá sus consecuencias negativas³⁹⁰.

Sin desviarnos de la operación acaecida entre dos entidades dependientes como lo serían dos sociedades hermanas, uno de los aspectos que más controversia podría crear es el relativo al efecto que dicha transacción puede originar en la sociedad matriz. Contrario a la tesis de operación triangular tenemos a LÓPEZ

³⁹⁰ Sigue el informe señalando que si el socio externo de las dos sociedades dependientes confluyeran en una misma persona sería ideal, por cuanto la aportación podrá financiarse íntegramente con los dividendos percibidos. “Resolución de la DGT sobre condonación de créditos entre sociedades de un grupo fiscal”, *Reseña informativa*, núm. 713, diciembre 2009, p. 12.

ALBERTS³⁹¹, quien sustenta un argumento, en mi opinión, suficientemente sólido como para que los partidarios de la recalificación triangular se lo planteen. Defiende el autor que en el caso planteado no se ha producido un incremento del patrimonio de la empresa dominante, por cuanto lo que recibe de la filial ya era suyo, simplemente se produce una traslación de la titularidad jurídica del activo, pero manteniendo la dominante el mismo derecho sobre el mismo. El citado autor, y con buen tino a mi juicio, apuesta por una visión económica del grupo y no tan individual, como sí sustenta GONZÁLEZ GARCÍA³⁹², quien no comparte esta interpretación, siendo por tanto favorable a la recalificación triangular del exceso de renta.

En este mismo sentido se pronuncia la profesora SALA GALVAÑ³⁹³, quien a su juicio, la solución de una operación triangular parece “demasiado alambicada, por cuanto exige la regularización de una tercera sociedad (matriz) ajena al contrato cambiario enjuiciado”. En estos casos, la citada autora entiende que la calificación debería centrarse en cualquier negocio jurídico que afecte a los dos partes vinculadas contratantes, ya sea en forma de liberalidad, canon, intereses o inclusive como auxilio empresarial, tal y como hace más de dos décadas ya proponía PRADA LARREA.

A mi modo de ver, no creo que sea acertado buscar siempre una solución que pase por la relación socio-sociedad, la cual, como ya se ha visto, adolece de muchos defectos, entre los cuales el más destacable es la capacidad perniciosa de generar situaciones de doble imposición. Así, en caso de una transacción entre dos sociedades dependientes, y a pesar de no ser ésta la solución que más oportuna considero, antes de optar por una operación triangular, considero más adecuado entender que existe una donación entre las dos entidades dependientes, tal y como también sugieren LÓPEZ ALBERTS³⁹⁴ y FERNÁNDEZ

³⁹¹ LÓPEZ ALBERTS, “El ajuste secundario y la contabilización de las operaciones vinculadas”, 2009, p. 177.

³⁹² GONZÁLEZ GARCÍA, “El ajuste secundario en operaciones entre empresas del grupo y partes vinculadas”, 2010, p. 200.

³⁹³ SALA GALVAÑ, *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, 2003, p. 286.

³⁹⁴ LÓPEZ ALBERTS, “El ajuste secundario y la contabilización de las operaciones vinculadas”, 2009, p. 177.

DE SOTO BLASS³⁹⁵. Aún así, y sin ánimo de ser reiterativa, la solución jurídica que entiendo más óptima no pasaría por una donación sino por una repatriación de fondos, cuestión ésta que será tratada más adelante.

Cambiando un poco de tercio, merece la pena comentar las posibles alternativas ante un exceso de renta transferido entre dos entidades participadas indirectamente en al menos, un 25%. En este supuesto, también existen dos posibles interpretaciones, una conforme el desplazamiento indirecto y otra prescindiendo de la relación accionarial y apostando por la relación directa entre las dos sociedades que han intervenido directamente en la transacción. Supóngase que A participa en B y B en C y que la operación se ha realizado entre A y C. Si se entiende que A ha efectuado una aportación a B y B a C habrá que estar muy pendientes al afloramiento de la doble imposición, que sin duda existiría si los porcentajes de participación no alcanzan la totalidad. En estos casos, algunos autores como GARCÍA-ROZADO ³⁹⁶ y COSÍN OCHAÍTA³⁹⁷, optan por defender la donación.

A modo de conclusión me reitero en lo ya expuesto en anteriores ocasiones; las consecuencias negativas de una operación vinculada únicamente deberían afectar a las partes que efectivamente han participado en ella, lo cual excluye el concepto de operación triangular y cualquier otra recalificación que tenga como punto de conexión la relación socio-sociedad o administrador-sociedad.

³⁹⁵ En realidad FERNÁNDEZ DE SOTO BLASS, (“Los precios de transferencia y el ajuste secundario. Propuesta de nuevos artículos en la legislación del Impuesto sobre Sociedades español”, 2009, p. 412) no se posiciona claramente por una u otra postura pero al menos admite la posibilidad de calificar la renta como donación.

³⁹⁶ GARCÍA-ROZADO GONZÁLEZ, ; DEL CAMPO AZPIAZU, ; GARDE GARDE, ; *Las claves de la reforma en el Impuesto sobre Sociedades*, 2007, p. 139.

³⁹⁷ COSÍN OCHAÍTA, R., “La nueva normativa sobre precios de transferencia”, Monografías Carta Tributaria, núm. 1/2008, p. 11.

4.5.- Otros supuestos: EP³⁹⁸ y su casa central

En los casos de operaciones vinculadas entre un EP y su casa central, tanto VADILLO CASERO³⁹⁹ como la monografía conjunta dirigida y coordinada por GARCÍA-ROZADO GONZÁLEZ⁴⁰⁰, remiten al lector a las operaciones tratadas entre matriz-filial.

Se entiende perfectamente el razonamiento de ambos autores, aunque creo que el mismo puede inducir a confusión. En este sentido, considero más oportuno el matiz aportado por SENDÍN CIFUENTES, quien recuerda que los EP carecen de personalidad jurídica propia, y por ende, no pueden aplicarse las normas del ajuste secundario referidas a la relación socio-sociedad. Precisamente por esta razón, y aunque sigue existiendo la obligación de recalificar el exceso de rentas entre un EP y su casa central, en tanto en cuanto el artículo 16.3 del TRLIS los enumera como partes vinculadas, en modo alguno puede afirmarse que estamos ante una relación socio-sociedad, o lo que es lo mismo, matriz-filial.

Tal y como nos recuerda SENDÍN CIFUENTES⁴⁰¹, el supuesto más habitual será aquél en el que la Administración española considere que el EP extranjero situado en territorio español debe aumentar su base imponible. Siendo así las cosas, el ajuste primario consistirá en un aumento de la base imponible del EP y el ajuste secundario en una distribución de rentas del EP a favor de su casa central, renta gravada con el tipo del 21% como renta transferida al extranjero, según indica el artículo 19.2 del TRLIRNR. No obstante, en aplicación del artículo

³⁹⁸ Particularmente interesantes son los artículos de MOLES PALLEJÁ, P. (“El impacto de la vinculación fiscal en las relaciones establecimiento permanente-casa central; la acreditación de los gastos de la casa central imputados”, Ed. *IEF*, Trabajo presentado al X Curso de Alta Especialización en *Fiscalidad Financiera* celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales del segundo semestre de 2006, pp. 121-182) y MAROTO SÁEZ, A. (“Estudio de las operaciones realizadas entre la Casa Central y Establecimientos Permanentes”, *Crónica Tributaria* núm. 13/200, pp. 79-105) sobre los EP. Del primero de ellos destacaría la parte relativa al capital atribuible a un EP y cómo la OCDE se ha pronunciado al respecto. En cuanto al artículo de MAROTO SÁEZ, es interesante leer como detalla los distintos tipos de operaciones que puede producirse entre un EP y su casa central y cómo se atribuye en beneficio al EP.

³⁹⁹ VADILLO CASERO, “El ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2008, p. 280.

⁴⁰⁰ GARCÍA-ROZADO GONZÁLEZ, DEL CAMPO AZPIAZU y GARDE GARDE, *Las claves de la reforma en el Impuesto sobre Sociedades*, 2007, p. 139.

⁴⁰¹ SENDÍN CIFUENTES, “El ajuste secundario en operaciones vinculadas. Incidencia en operaciones internacionales”, 2008, pp. 233-234.

19.3 del TRLIRNR, no existiría imposición sobre el exceso de rentas derivadas de la aplicación del ajuste secundario siempre que se tratara de EP de entidades con residencia fiscal en otro Estado miembro de la UE o con el que España tenga suscrito un CDI.

5.- Consideraciones finales

A modo de conclusiones, y asumiendo que la redacción actual del artículo 16.8 del TRLIS, así como de su desarrollo reglamentario, adolece de importantes defectos, he considerado oportuno agrupar por materias aquellos argumentos que sustentan mi disconformidad con la actual normativa. En concreto, se resumen aquellos aspectos críticos de la normativa, así como aquellos puntos en los que el ajuste secundario contradice directamente los postulados de nuestro Derecho Mercantil. A su vez, y como ejercicio previo a la emisión de un juicio de valor respecto el ajuste secundario, es interesante detectar en qué supuestos realmente supone un incremento de recaudación para las arcas del Estado, dado que en muchas ocasiones su aplicación resultará, a efectos impositivos, absolutamente irrelevante. Por último, se resume el impacto que supone su aplicación para el resto de socios que no han intervenido en la operación, pues como ya se ha indicado en reiteradas ocasiones, este aspecto me parece altamente relevante, de suerte que en mi opinión únicamente las partes intervinientes en la transacción deberían asumir las consecuencias de no haber respetado el principio de *arm's length*.

A) Aspectos críticos de la normativa

- La fragmentación de la calificación del exceso de renta en función el porcentaje de participación es una novedad de nuestro Derecho positivo, sin ningún precedente en Derecho Comparado, lo cual ha sido ampliamente criticado por nuestra doctrina. Como se sabe, la calificación de una renta como “utilidad por la condición de socio”, que no permite la aplicación de ningún método de evite a doble imposición o la calificación de una renta como “liberalidad” (gasto fiscalmente no deducible), genera de pleno situaciones de doble imposición contrarias a los postulados de la OCDE.

- La gran mayoría de la doctrina no entiende el sentido de esta doble calificación, asumiendo que, si en una operación entre un socio y una sociedad se han drenado fondos de la entidad participada a favor de un socio, o en sentido inverso, todo el diferencial debería ser considerado como participación en fondos propios o aportación a los fondos a la filial, con independencia del porcentaje de participación.
- La mayoría de la doctrina entiende que también en el caso del exceso de renta que no se corresponde con el porcentaje de participación, y calificada como “utilidades percibidas por la condición de socio”, debería existir la posibilidad de aplicar un mecanismo que permitiera eliminar la doble imposición que efectivamente ha sufrido, de igual modo que se permite para la renta calificada como dividendos. Ello no admite lugar a dudas si se toma en consideración su naturaleza de gasto fiscalmente no deducible. Aún así, la literalidad de la normativa es muy clara, y precisamente el legislador ha fragmentado la calificación de las rentas con el objetivo claro de no permitir la aplicación de mecanismos que eviten la doble imposición respecto el diferencial de la renta que excede del porcentaje de participación.
- Aspecto polémico ha sido también el hecho que la normativa fiscal haya obviado la posibilidad de calificar la operación como devolución de aportaciones al socio y únicamente haya contemplado la distribución de beneficios. Considero que, en determinados casos concretos, con el texto legal vigente podría defenderse la calificación de la diferencia de valores como devolución de aportaciones y no como distribución de beneficios. Este “huida” de la calificación apriorística impuesta por la normativa, sería posible si, en aplicación del artículo 21 bis.3 del RIS, el sujeto pasivo pudiese demostrar una causa distinta a la prevista en la norma, es decir, acreditar la incoherencia de una distribución de beneficios ante una escenario de pérdidas.
- En cuanto a la redacción del artículo 16.8 del TRLIS, a mi modo de ver, debería ser más cuidadosa con el vocablo utilizado, pues cualquier atisbo de incerteza puede inducir a errores. En esta línea, considero que debería

sustituirse el término “aportación a los *fondos propios*”, por el de “aportación al *capital*”.

- Otro de los problemas que genera el ajuste secundario es la aparición de unos fondos propios contables y unos fondos propios fiscales, los cuales, dado su existencia, deberían ser tenidos en cuenta en aquellas operaciones cuyo cálculo se base en los fondos propios (por ejemplo, la corrección monetaria del artículo 15.9 del TRLIS). Sin embargo, esta nueva ficción no hace más que confirmar el auténtico despropósito que supone el ajuste secundario, de suerte que su aparición complica sobremanera otros cálculos fiscales, que a partir de ahora, deberán basarse en unos fondos propios *especiales* a nivel fiscal.
- A pesar de haberse pronunciado la DGT respecto la sujeción al gravamen en ITPAJD en su modalidad de operaciones societarias en caso de aplicación de la NRV 21ª del PGC, como viene siendo habitual, nada se aclara respecto aquellos supuestos en los que la labor calificadora se lleva a cabo vía extracontable por aplicación del artículo 16.8 del TRLIS. En todo caso, a fecha de hoy se trataría de una operación sujeta pero exenta. En mi opinión, y puesto que el ajuste secundario debería poder desplegar todos sus efectos, también en el caso de aplicación en exclusiva del artículo 16.8 del TRLIS, debería considerarse una operación sujeta, aunque para ello debería modificarse la redacción del artículo 19 del TRLITPAJD relacionando la aportación de fondos del artículo 16.8 del TRLIS como hecho gravable (aunque exento).
- Otro de los aspectos increíblemente sorprendentes y generadores de situaciones inverosímiles es en relación al registro contable y fiscal del aumento de la inversión en el socio cuando se efectúe un transvase de fondos de un socio a su sociedad. En el caso de tratarse de un único socio, parece que tanto la normativa fiscal como la contable, interpretada por el ICAC, discurren en un mismo sentido, esto es, considerar que la aportación a los fondos de la sociedad supone un aumento de valor de la participación en el socio. Ahora bien, cuando la participación no alcanza el 100% y la operación ha sido efectuada por un único socio, existe un divorcio patente entre ambas normativas. Así, el ICAC considera que en

estos casos, puesto que encuadra este supuesto en escenarios en los que difícilmente podrán obtenerse beneficios en un futuro, no habrá un aumento de la inversión sino un gasto. A *sensu contrario*, el artículo 16.8 del TRLIS, hasta el porcentaje de participación entiende que habrá un aumento del valor de la inversión. Dicha disparidad de criterios puede suponer enormes dificultades en tanto sea de aplicación preceptiva la NRV 21ª del PGC, pues hasta ahora, la correcta contabilización de la operación secundaria podía evitar la aplicación del artículo 16.8 del TRLIS. No ante supuestos como el descrito, en cuyo caso hay dos mandatos preceptivos (uno interpretado por el ICAC y el otro emanado directamente de la norma fiscal), los cuales discurren en senderos totalmente opuestos, de suerte que el registro contable afecta directamente a la cuenta de pérdidas y ganancias, no así el aumento fiscal de la inversión exigido por el artículo 16.8 del TRLIS.

- Otro de los aspectos que puede originar debate y que no han sido resueltos por la DGT es cómo se registra extracontablemente un gasto por liberalidad que no ha sido previamente contabilizado. En mi opinión, si el gasto por liberalidad no consta en la contabilidad de la entidad, no debería efectuarse ningún ajuste extracontable (como sí opina que debería realizarse algún autor), obteniendo así el mismo resultado que si el gasto hubiese sido contabilizado y posteriormente neutralizado por la aplicación de un ajuste extracontable positivo, por cuanto tiene naturaleza de gasto fiscalmente no deducible.
- Otro de los puntos críticos de la regulación del ajuste secundario se refiere a la transmisión de participaciones cuyo valor ha sido aumentado fiscalmente por aplicación del ajuste secundario (en el importe de la diferencia de valores que se corresponde con el porcentaje de participación). Se detecta una diferencia importante entre socios personas físicas y socios personas jurídicas, pues únicamente los socios personas jurídicas gozan de un mecanismo para evitar la doble imposición (artículo 30.5 del TRLIS y artículo 21 o 31 del TRLIS en casos de filiales no residentes). Pero no únicamente aquí estriba la diferencia, sino que en sede de personas físicas no existe ningún artículo en la LIRPF análogo al artículo 18 del TRLIS relativo a los efectos de la

sustitución del valor contable por el valor de mercado. Sin embargo, me sumo a la tesis de CENCERRADO MILLÁN⁴⁰², según el cual los socios personas físicas también deberían asumir una aplicación completa del ajuste secundario, y por tanto, obtener una menor plusvalía ante la transmisión de las participaciones. De todas formas, se agradecería una aclaración en este sentido.

- Otra cuestión polémica mal resulta en el texto legal aparece cuando la sociedad filial es no residente. Como se sabe, el 21 bis del RIS califica como ganancia patrimonial el exceso de renta que no se corresponde con el porcentaje de participación, cuando se trate de filiales no residentes. En concreto, la sociedad participada no residente debe tributar por IRNR en concepto de ganancia patrimonial de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.1.i)4 del TRLIRNR. En este aspecto, se aprecia una discordancia entre nuestro derecho interno y los CDI, en virtud de los cuales, si se sigue el MC OCDE, las liberalidades a favor de sociedades no residentes, en tanto son ganancias no derivadas de la transmisión de ningún bien, se gravan como “otras rentas” (artículo 21 del MC OCDE), siendo renta gravable sólo en el Estado de residencia. Bajo mi punto de vista, lo que debería ser revisado, no es tanto el redactado del artículo 21 bis del RIS, sino directamente abordar la introducción de un nuevo precepto en el TRLIRNR que otorgara un tratamiento tributario específico a las liberalidades efectuadas a favor de sujetos no residentes, en línea con lo establecido en el MC OCDE.
- Por último, recordar también que en el resto de operaciones entre partes vinculadas respecto las cuales la normativa no propone una calificación apriorística (administrador-sociedad, grupo familiar-sociedad, sociedades dependientes con socio común, etc.) sería altamente recomendable un pronunciamiento de la Administración Tributaria clarificando diversas cuestiones, pues en función de una calificación u otra el impacto tributario y la generación de situaciones de doble imposición es extremadamente notable (operación triangular, desplazamiento patrimonial directo o indirecto basándose en la relación *causa-societatis*, etc.).

⁴⁰² Vid. apartado 3.3.3 del presente capítulo.

B) Infracciones del Derecho Mercantil:

- Existe una manifiesta incongruencia mercantil en repartir un dividendo no proporcional, y no es proporcional en la medida en que sólo se reparte a un único socio, esto es, el socio que ha realizado la operación vinculada y que ostenta el excedente de fondos.

- Se repite de nuevo la incongruencia respecto la normativa mercantil en el supuesto de transvase de fondos a favor de la sociedad, pues la aportación de un solo socio a la filial supondría la disminución del porcentaje de participación del resto de socios, hecho no contemplado ni en el artículo 16.8 del TRLIS, ni en el artículo 21 bis del RIS, ni mucho menos en la NRV 21ª del PGC que deja libertad al contribuyente para registrar la operación secundaria según la realidad económica.

- En escenarios de una operación llevada a cabo entre una sociedad y su administrador, en cuya manos reside el exceso de fondos, calificar esta renta como más rendimiento el trabajo podría suponer de nuevo una infracción directa al Derecho mercantil por no respetar los límites cuantitativos que exige la LSC en determinados casos. En concreto, fija unos límites de retribución distintos para las S.R.L. y las S.A., cuando la retribución tenga como base la participación en beneficios y, en el caso de tratarse de una remuneración fija para las S.R.L., la junta debe aprobarlas cada ejercicio de conformidad con lo previsto en los Estatutos. Pudiera ocurrir que el exceso de renta derivado de la operación vinculada excediera de los límites previstos en la normativa mercantil, en cuyo caso, podría entenderse que el gasto únicamente sería fiscalmente deducible hasta el límite mercantil, lo cual además propiciaría una situación de doble imposición, en la medida que el ingreso por rendimientos del trabajo ha tributado en su totalidad pero solamente una parte del gasto ha sido fiscalmente deducible.

C) Impacto recaudatorio del ajuste secundario.

- Respecto la renta calificada como dividendos, la misma podrá ser neutralizada por la aplicación de la deducción para evitar la doble imposición, efecto neutralizador que será del 100% si puede aplicarse el artículo 30.2 del TRLIS. Lo mismo sucede en escenarios internacionales en los que el socio residente puede aplicar el artículo 21 del TRLIS (mecanismo de exención) o los artículos 31 y 32 del TRLIS (mecanismo de imputación). No puede afirmarse lo mismo cuando el socio sea persona física, dado que la doble imposición únicamente se eliminará respecto los primeros 1.500 euros (artículo 7y de la LIRPF). En términos genéricos, puede predicarse que cuando la participación del socio persona jurídica alcance el 100% sobre su filial, y en consecuencia todo el diferencial entre el precio convenido y el valor de mercado sea calificado como dividendo, el efecto de aplicar el ajuste secundario será siempre neutro, produciendo el mismo impacto fiscal que si únicamente se hubiera aplicado el ajuste primario y bilateral. Esta afirmación deberá ser matizada en el caso que existieran pérdidas pendientes de compensar, en cuyo caso, las BINs que podrán compensarse serán de mayor importe en el caso de aplicar el ajuste secundario, en tanto se aumenta la base imponible. Esto puede tener su importancia en caso de pérdidas a punto de prescribir.
- En caso de socios no residentes, persona física o jurídica, el ajuste secundario resultará realmente útil, pues en palabras de CENCERRADO MILLÁN “impide, con carácter general, la elusión de la tributación en el IRNR de los dividendos que han sido transmitidos por la entidad vinculada residente a través de la fijación de precios de transferencia”. Esta afirmación debería ser matizada, pues en determinados casos y únicamente para socios personas jurídicas, podría ser aplicable la exención prevista en la Directiva europea 2011/96/UE.
- Respecto la calificación como aportación encubierta de fondos, con carácter general también puede afirmarse que si el socio es una persona jurídica residente, la tributación de la renta generada por la transmisión de acciones, cuyo valor fiscal ha sido artificialmente aumentado, no

generará tributación alguna por aplicación de la deducción por doble imposición interna (artículo 30.5 del TRLIS). Así, el incremento de valor fiscal de la participación ocasionado por la aplicación del ajuste secundario resultará, en términos generales, irrelevante a efectos recaudatorios, siempre y cuando haya sido posible eliminar la doble imposición por completo. Lo mismo sucedería en el caso de tratarse de una filial no residente, siempre y cuando fuera aplicable el artículo 21 del TRLIS, eliminando así toda la plusvalía.

- La posible neutralidad del ajuste secundario de la que pueden beneficiarse las personas jurídicas es muy complicada de implementar en sede del socio persona física. No únicamente porqué la doble imposición sólo se elimina en los primeros 1.500 euros, sino también por la separación de bases imponibles con distintos tipos de gravamen. De hecho, podrían darse supuestos de desimposición y otros de doble imposición. En efecto, un ajuste bilateral puede afectar a la base imponible general (por ejemplo, procurando una menor base tributable por disminución del rendimiento de actividades económicas), mientras que el ajuste secundario en forma de participación en beneficios se integrará en la base imponible del ahorro a un tipo impositivo menor. Estaríamos en un caso de desimposición. En cambio, en el caso de adquisición de bienes por parte del socio a la sociedad para su uso privativo (no se amortiza), simplemente se valora ese bien a valor de mercados a efectos de una futura transmisión, lo que supone que no se registrará una reducción de la base tributable (no habrá ajuste bilateral, al menos, de forma inmediata) pero sí un aumento del rendimiento del capital mobiliario como ajuste secundario. Sería éste un caso de doble imposición originada por la aplicación del ajuste secundario.
- Por la parte que no se corresponde con el porcentaje de participación, tanto si la transferencia ha sido a favor del socio (renta calificada como utilidad) o favor de la sociedad (renta calificada como liberalidad), es evidente que su efecto será el de generar situaciones de doble imposición, ya sea el socio persona física o jurídica.

D) Impacto sobre los otros socios que no han participado directamente en la operación vinculada.

Su incidencia difiere en función de si se ha registrado la operación híbrida por aplicación de la NRV 21^a del PGC, o bien si la operación secundaria se ha calificado únicamente a través de ajustes extracontables.

- Transferencia a favor del socio: En el caso de registro contable de la operación, parte de la doctrina entiende que los otros socios se han “empobrecido” gracias al “enriquecimiento” del socio que ha realizado la transacción, luego los otros socios deberían registrarse una pérdida por deterioro, debido a la disminución de reservas que ha contabilizado la sociedad filial. En cambio, si no se aplica la NRV 21^a del PGC y únicamente se califica la renta extracontablemente, el impacto sobre el valor de la inversión será menor, en tanto el ajuste extracontable positivo supondrá un aumento de la base imponible, un aumento del gasto por IS y por tanto una disminución el resultado neto y de los fondos propios de la sociedad participada. En todo caso, el importe correspondiente a esta disminución correspondería al tipo impositivo aplicable al exceso de renta. Aún así, pudiera suceder que este ajuste extracontable positivo en sede de la filial no supusiese alteración alguna en el valor de la inversión que ostentan los socios; piénsese en el caso en que la aplicación de pérdidas o deducciones neutralizarían por completo el impacto de este ajuste extracontable positivo.
- Transferencia a favor de la sociedad: se trata exactamente del caso contrario, el valor de la inversión de los otros socios sufriría un incremento. No obstante, en casos de calificación del exceso de rentas vía extracontable, cabe señalar que por la parte correspondiente al porcentaje de participación, puesto que se trata de un aumento de los fondos propios *fiscales*, parece que este incremento de valor fiscal únicamente debería afectar al socio que ha efectuado la operación vinculada. Respecto el exceso de renta que no se corresponda con el porcentaje de participación y que se refleja en la base imponible de la filial mediante un ajuste extracontable positivo (renta por liberalidad), el efecto será el mismo que el explicado en el anterior apartado, es decir, a

mayor base imponible, mayor gasto por IS y menor patrimonio neto de la sociedad, es decir, menor valor contable de la participación.

Así pues, teniendo en cuenta que en términos generales el ajuste secundario despliega su utilidad, en la mayoría de ocasiones, solamente sobre personas físicas residentes, o personas no residentes (salvo en el caso de rentas calificadas como “utilidad” o liberalidad, en cuyo caso el impacto recaudatorio también recae sobre las personas jurídicas residentes), la multitud de aspectos críticos de presenta la norma, las reiteradas incongruencias con nuestro Derecho positivo mercantil, así como el impacto tributario sobre los otros socios que nada han tenido que ver con la transacción vinculada, quizás sería deseable que el legislador procurara encontrar otra solución jurídica que explique el exceso de rentas que posee una de las partes implicadas, y que, tras la realización del ajuste primario supone una diferencia entre el patrimonio contable y la base imponible. Más si cabe, tomando en consideración que la aplicación del ajuste secundario es completamente automática, prescindiendo de cualquier voluntad elusiva por parte del contribuyente.

A mi modo de ver, y aún siendo ésta una conclusión prematura a falta de analizar las soluciones jurídicas que ofrecen otras soberanías fiscales, me inclino a pensar que, no estando exento de defectos, debería optarse por la repatriación de este exceso en forma, por qué no, de préstamo. Cuestión distinta a analizar es si este préstamo, como nueva operación vinculada, debería generar intereses, y siendo así, respetando por supuesto el principio de *arm's lenght*. Permítame el lector que se aborde este tema en el capítulo final de propuesta de una nueva regulación.

CAPÍTULO IV

EL AJUSTE SECUNDARIO Y OTROS REGÍMENES FISCALES: COMPATIBILIDADES, EXCLUSIONES Y PUNTOS DE FRICCIÓN

1.- Objeto y planteamiento del capítulo

La incorporación del ajuste secundario en nuestro Derecho positivo no únicamente produce los efectos directos e indirectos que ya han sido analizados en el capítulo anterior, sino que su inmersión en nuestra regulación propicia situaciones confusas con otros regímenes fiscales que hace muchos más años que nos acompañan.

Superando el debate que ya ha sido abordado acerca de la esencia de norma antielusión que se esconde en el ajuste secundario, sea como fuere, se trata de una regulación cuyo contenido en ocasiones parece que discurre en el mismo sendero que otros regímenes, regulando situaciones que antaño ya encontraban su base normativa, y que ahora, con la entrada del ajuste secundario, la confusión es inevitable. En este sentido, el legislador, o al menos la Administración Tributaria, debería ofrecer un poco de luz esclareciendo qué régimen prima sobre el otro, en caso de incompatibilidades, o bien cómo se entrelazan dos regímenes que pueden encontrar puntos de fricción.

No es baladí señalar que podría estudiarse el engarce del ajuste secundario con más regulaciones que las que aquí se analizarán⁴⁰³. Sin embargo, he procurado centrarme en aquellos regímenes que he creído que podían tener una relación más estrecha con el ajuste secundario, y que además no han sido analizados con anterioridad por la doctrina o de haberlo sido, se ha efectuado de una manera muy breve. A su vez, se ha procurado poner el acento en aquellas cuestiones que pueden ser susceptibles de generar debate y que por supuesto, deberían ser aclaradas por la propia Administración.

⁴⁰³ A título de ejemplo, algunos autores como SENDÍN CIFUENTES (“Operaciones vinculadas: aplicabilidad del ajuste secundario en operaciones internas”, 2009, pp. 127-128) y LÓPEZ HERMOSO AGIUS (“El ajuste secundario” 2010, p. 733) brevemente analizan si el ajuste secundario es aplicable en operaciones en el seno de un grupo que tributa bajo el régimen de consolidación fiscal. La conclusión de ambos autores es clara: literalmente no hay un impedimento normativo, aunque a la práctica, el hecho que la propia regulación exonere a este tipo de operaciones de la llevanza de las obligaciones de documentación, y que los propios ajustes intragrupo hacen que los ajustes de valoración pierdan toda su virtualidad, no es sino una confirmación de que la Administración no entrará *a priori* a calificar el exceso de renta en estas operaciones. De hecho, tal y como dicen ambos autores, si no hay ajuste primario tampoco existirá el secundario. Paradójicamente, la DGT ya se ha pronunciado sobre esta cuestión en su consulta V0249-08, considerando obligatoria la aplicación del artículo 16.8 del TRLIS inclusive en operaciones efectuadas en el seno de un grupo que consolida fiscalmente. Estemos o no de acuerdo con el fondo del asunto, sería deseable un pronunciamiento igual de claro respecto otros regímenes fiscales.

En concreto, se analizará la relación el ajuste secundario con:

- La regla de valoración del artículo 15 del TRLIS
- El régimen de retribuciones en especie
- El régimen de las sociedades profesionales
- El régimen de TFI

Por último, y aún no siendo éste un régimen propiamente dicho, también será objeto de estudio cómo procede la obligación de efectuar una retención sobre una renta presunta, como lo es la renta calificada en virtud del artículo 16.8 del TRLIS.

Así pues se nos presenta un capítulo denso aunque sugestivo, en el que la longitud de cada epígrafe puede distar mucho uno del otro, pues no es lo mismo el estudio de la regla específica de valoración del artículo 15 del TRLIS que el análisis de los puntos de fricción del ajuste secundario respecto todo el régimen completo de TFI.

2.- Artículo 16.8 *versus* artículo 15 del TRLIS. Análisis de las reglas de valoración

2.1.- Compatibilidad o exclusión de ambas regulaciones. Ámbito de aplicación

Ante una operación de permuta entre dos sociedades vinculadas, cabe plantearse qué regla de valoración se aplica entre la prevista en el artículo 15.2 y 15.3 del TRLIS y la resultante del mandato fiscal que emana del artículo 16 del TRLIS. Imagínese ahora el lector una donación realizada entre dos entidades vinculadas. ¿Debe el donante integrar en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado y el valor contable del elemento patrimonial donado?, ¿o debe proceder aplicar el artículo 16.8 del TRLIS recalificando la operación como distribución oculta de dividendos o aportación encubierta de fondos? En otras palabras, debemos procurar resolver qué prevalece más, la naturaleza de la transacción (donación, permuta, aportación no dineraria, etc.) o la relación de vinculación existente entre los sujetos pasivos que llevan a cabo dicha operación. Como era

de esperar el propio texto legal no ofrece pista alguna en relación a la primacía que debe imperar en operaciones en las que *a priori* pudieran parecer aplicables cualquiera de los dos artículos.

Como premisa básica para seguir el presente análisis, creo importante detenernos en si estamos ante dos reglas de valoración compatibles o bien excluyentes entre sí. A mi modo de ver, únicamente puede predicarse la incompatibilidad entre ambas reglas de valoración, dado que ambas comparten el mismo ámbito de aplicación. Sin embargo, esta afirmación debe matizarse, pues el artículo 15 del TRLIS únicamente se aplica sobre las llamadas operaciones a título lucrativo y las operaciones societarias, aunque las partes no estén vinculadas, mientras que el régimen previsto en el artículo 16 del TRLIS se aplica sobre cualquier transacción efectuada entre partes vinculadas. En consecuencia, el ámbito de aplicación común recae sobre operaciones lucrativas o societarias y permutas (es decir, las contempladas en el artículo 15.2 del TRLIS) realizadas entre dos partes vinculadas; pues es respecto este tipo de operaciones sobre las cuales se encuentran dos regulaciones distintas.

2.2.- Estudio comparativo entre ambas regulaciones. Ejemplo práctico

La cuestión se centra en resolver qué sucede cuando una operación de las reguladas en el artículo 15 del TRLIS se realiza entre partes vinculadas. Antes de entrar en el debate sobre el principio de especialidad creo que es interesante mostrar un ejemplo simple sobre la aplicación de uno u otro artículo.

Imagínese una sociedad B que efectúa una donación de un elemento patrimonial a su único socio, la sociedad A, siendo el valor contable del bien entregado de 30.000 euros y su valor de mercado de 50.000 euros y que no se ha aplicado la NRV 21ª del PGC.

En cuanto a la sociedad B, desde un punto de vista contable, al transmitir un bien sin contraprestación debería darlo de baja por su valor contable con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias, se trata de una pérdida extraordinaria que fiscalmente no sería deducible. En aplicación del artículo 15.3 del TRLIS, se obligaría al transmitente a integrar en su base imponible la renta

correspondiente a la diferencia entre el valor de mercado del elemento donado y su valor contable, esto es, 20.000 euros. Si es el artículo 16 del TRLIS el que se aplicara, igualmente obligaría a la sociedad transmitente a integrar en su base imponible el beneficio que hubiese obtenido si el precio pactado de venta (en este caso, ninguno) hubiese sido el que convendrían dos partes independientes; es decir, un beneficio de 20.000 euros. A su vez, la sociedad donataria, por ambos artículos deberá valorar a valor de mercado el bien recibido. Hasta aquí todo parece indicar que ambas reglas de valoración discurren en el mismo sendero. Sin embargo, la aplicación del artículo 16 del TRLIS es muchísimo más amplia, de manera que obligaría a las partes a tener en cuenta el ajuste secundario, y aquí sí que ya no podría predicarse la igualdad de efectos, quedando ello todavía más agravado si el porcentaje de participación no alcanza la totalidad de la inversión, en cuyo caso, la existencia de la doble imposición es inevitable. Pero no únicamente este sería un punto crucial, también lo relacionado con el régimen sancionador especial previsto en el artículo 16.10 del TRLIS, así como las obligaciones de documentación que afectan a las partes vinculadas difiere del artículo 15 del TRLIS, el cual se limita en exclusiva a predicar la regla de valoración sobre determinadas operaciones no imponiendo nada más.

En definitiva, puesto que las implicaciones del artículo 16 del TRLIS no se limitan a una simple regla de valoración sino que incluye otros aspectos cuyas consecuencias son notables (ajuste secundario, un procedimiento específico, obligación de documentación), es de vital importancia determinar cuál de ellos prevalece sobre el otro, sabiendo de antemano que se trata de dos reglas de valoración excluyentes.

2.3.- Principio de especialidad *versus* principio de no discriminación

No es éste un debate nuevo, pues ya el TS en su sentencia de 11 de febrero de 2000 abogaba claramente por la aplicación del principio de especialidad, en virtud del cual la norma especial prevalece frente a la general, siendo el artículo 15.2 del TRLIS una norma más específica que la contemplada en el artículo 16 del TRLIS⁴⁰⁴. No obstante, a fecha de hoy podría decirse que existe una cierta

⁴⁰⁴ En concreto, la citada sentencia se basa en la Ley 61/1978, argumentando en su FJ 4º que “La tesis que sostiene la Sala, y que reiteramos en los fundamentos de derecho que siguen, es que el artículo 16, apartados 3 a 5 de la Ley 61/1978, es aplicable solamente a las operaciones

contradicción entre el posicionamiento de la DGT y de los tribunales; basándose ambos en el principio de especialidad pero interpretándolo de forma muy distinta. En este sentido, mientras la Administración en varias consultas, siendo el ejercicio 2011 relativamente pródigo en esta materia, entiende que el artículo 15 del TRLIS prima sobre el artículo 16 del TRLIS, la AN concibe el mismo principio de una manera totalmente opuesta.

Entre las diversas consultas⁴⁰⁵ que tratan sobre este tema en cuestión, quizás la más amplia es la V1263-11 de 20 de mayo de 2011, en la que se plantean diferentes operaciones entre partes vinculadas y se cuestiona sobre las

vinculadas que se incardinan dentro de los componentes del hecho imponible, consistentes en rendimientos de explotaciones económicas, actividades profesionales o artísticas, y en rendimientos de elementos patrimoniales cedidos, no afectos a explotaciones económicas y demás actividades citadas, en cambio, la determinación de los incrementos o disminuciones de patrimonio debe hacerse de acuerdo con las normas del artículo 15 de la Ley 61/1978, sin que les sea aplicable el artículo 16, apartados 3 a 5 de dicha Ley, debiendo resaltar que si el artículo 15 preceptúa en alguna de sus reglas de valoración, que el valor de adquisición o enajenación no será el precio convenido, sino el valor de mercado, tal disposición pertenece al artículo 15, y por ello ha sido incorrecto, introducir en alguno de los artículos del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, de desarrollo del artículo 15 de la Ley, la mención del artículo 39 del Reglamento (operaciones vinculadas) al socaire de que el valor de mercado mencionado en el artículo 15 de la Ley 61/1978, es el mismo valor de mercado referido en el artículo 16, apartados 3 a 5 de la misma.

⁴⁰⁵ Vid. consultas DGT V0760-10 de 21 de abril de 2010, DGT V0605-11 de 11 de marzo de 2011, DGT V0607-11 de 11 de marzo de 2011, DGT V0653-11 de 15 de marzo de 2011 y DGT V0668-11 de 16 de marzo de 2011. A modo de resumen, y con la intención de no repetir lo expuesto en las consultas citadas, a continuación se expone la problemática de la consulta V0668-11 relativa a la transmisión temporal, a título gratuito de un derecho de usufructo sobre un bien inmueble de la Fundación A a la Fundación B. En primer lugar, la consultante se pregunta si se trata de dos Fundaciones vinculadas y en consecuencia si se les aplica el artículo 16 del TRLIS. La Administración resuelve sobre la cuestión afirmando que efectivamente se trata de dos entidades vinculadas por la letra d) del artículo 16.3 del TRLIS, por cuanto el Patronato de la Fundación B está formado por un máximo de 13 miembros de los cuales 7 los designa el Patronato de la Fundación A, de entre sus propios patronos, y los restantes los nombran libremente los 7 patronos indicados. Así, una vez se concreta que, cuando el artículo 16.3 del TRLIS se refiere a administrador y a sociedad, el término debe entenderse comprensivo de patrono y fundación, por ser ésta última sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, y por tanto la Fundación A y B son entidades vinculadas se plantea el dilema de aplicación del artículo 16 o el artículo 15 del TRLIS. La DGT concluye que “desde el punto de vista de la fundación donante (A), el artículo 15.2 del TRLIS, exige igualmente valorar a mercado el elemento patrimonial transmitido (derecho temporal de usufructo), por lo que deberá integrar en la base imponible del período impositivo en que se lleva a cabo la mencionada donación, la diferencia entre el valor de mercado del derecho transmitido y su valor contable.

(...)

Dado que, con arreglo al artículo 15.2 del TRLIS, todos los elementos patrimoniales, transmitidos o adquiridos a título gratuito, deben valorarse por su valor de mercado, con independencia de la identidad del donante o del donatario, en virtud del principio de especialidad, con arreglo al cual la norma especial prevalece frente a la general, resultará de aplicación la regla de valoración contenida en el artículo 15.2 del TRLIS, pese a que, con carácter general, el artículo 16 del TRLIS exija valorar a valor de mercado todas las operaciones realizadas entre partes vinculadas.

Por tanto, la valoración de las mencionadas donaciones, a efectos del Impuesto sobre Sociedades, debe realizarse con arreglo a la regla especial de valoración recogida en el artículo 15.2 del TRLIS, por lo que no resultarán de aplicación las obligaciones realizadas entre partes vinculadas.”

obligaciones de documentación que recaen sobre las mismas. Las operaciones en concreto son:

- Ampliación de capital.
- Reparto de dividendos.
- Constitución de un préstamo por importe de 100.000 euros.
- Servicios profesionales del socio a la sociedad.

La respuesta de la DGT responde a la pregunta dividiendo en dos grupos las operaciones, esto es, aquéllas reguladas por el artículo 15 del TRLIS, y el resto, de suerte que las que no son operaciones societarias ni transmisiones ni adquisiciones lucrativas, se les aplicará el artículo 16 del TRLIS con toda la carga de obligaciones que ello supone.

Así, en relación a las dos primeras operaciones, señala la consulta que “... *Partiendo de la consideración de que las dos operaciones societarias descritas, ampliación de capital y distribución de dividendos, son operaciones societarias cuya valoración a valor de mercado debe efectuarse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 15.2 del TRLIS, transcrito supra, en virtud del principio de especialidad, con arreglo al cual la norma especial prevalece frente a la general, resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 15.2 del TRLIS pese a que, con carácter general, el artículo 16 del TRLIS exija valorar a valor de mercado todas las operaciones realizadas entre partes vinculadas.*

Por tanto, la valoración de las ampliaciones de capital y las distribuciones de dividendos, a efectos del Impuesto sobre Sociedades, debe realizarse con arreglo a la regla especial de valoración recogida en el artículo 15.2 del TRLIS, tanto en sede de la sociedad participada como en sede del socio, por lo que no resultarán de aplicación las obligaciones de documentación previstas en el artículo 16.2 del TRLIS y desarrolladas en los artículos 18 y siguientes del Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades en relación con las operaciones societarias descritas.”

En cambio, respecto las otras dos operaciones planteadas, constitución de un préstamo y servicios profesionales, al no caer dentro del ámbito de regulación del artículo 15 del TRLIS, les sería de aplicación el régimen de operaciones

vinculadas.

Así, a criterio de la Administración, haciendo gala de la primacía del principio de especialidad de la norma, las operaciones reguladas en el artículo 15 del TRLIS quedan fuera del régimen sancionador específico del artículo 16.10 del TRLIS así como del deber de documentación, pero por supuesto tienen que estar igualmente valoradas a mercado.

A mi modo de ver, esta consulta quedaría incluso parca, pues a parte de la obligación de documentación y el régimen sancionador, la opción de aplicación del artículo 15 del TRLIS implica a su vez excluir la aplicación del ajuste secundario; o dicho de otro modo, la Administración únicamente podría aplicar las reglas generales de calificación de la LGT, pero en modo alguno serían aplicables las reglas específicas del artículo 16. 8 del TRLIS.

A sensu contrario, la jurisdicción contenciosa-administrativa opina de manera muy distinta pero curiosamente se basa en el mismo principio de especialidad, aunque entiende que la regla de valoración de operaciones vinculadas es más específica y concreta que la regla de valoración contenida en el artículo 15 del TRLIS, bajo el argumento que este último precepto citado es aplicable a operaciones realizadas entre partes no vinculadas, mientras que el artículo 16 del TRLIS es más “especial” por referirse a cualquier operación pero sólo entre partes vinculadas. En concreto se cita la sentencia de la AN de 10 de diciembre de 2009 cuyo FJ 4º ha sido plasmado con posterioridad por la sentencia de la AN de 21 de julio de 2011⁴⁰⁶.

⁴⁰⁶ Por su claridad argumental, merece la pena transcribir algunos de los párrafos del FJ 4 de la citada sentencia: *“La discrepancia del actor con tales decisiones se refiere, exclusivamente, al procedimiento empleado para la determinación de tales valores. A su juicio, la Administración debió necesariamente acudir al artículo 15 del RD 537/1997, que regula minuciosamente el procedimiento “para practicar la valoración por el valor normal de mercado en operaciones vinculadas” cuando la Administración haga uso de la facultad establecida en el artículo 16.1 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades y que exige, fundamentalmente, la notificación de su incoación a las partes vinculadas, la justificación del método empleado, el valor de mercado extraído y la audiencia previa de los interesados antes de adoptarse el correspondiente acuerdo de valoración.*

Como se ha dicho, la Administración rechaza la aplicación al caso del precepto citado por entender que no procede acudir al citado artículo 16.1 de la Ley del Impuesto, sino al artículo 15 de dicho Cuerpo Legal, que se refiere específicamente a la valoración (por precio normal de mercado y sin acudir a aquel procedimiento especial) de los elementos patrimoniales “adquiridos por canje o conversión” y a los “aportados a entidades y los valores recibidos en contraprestación”.

En opinión de quien escribe estas líneas, el debate no debería centrarse en si es más específico un artículo que regula “algunas operaciones pero para todas las entidades” o uno que regula “todas las operaciones pero realizadas sólo entre partes vinculadas”, pues como se ve el debate no se cierra pudiendo producir unas consecuencias tan perniciosas como discriminatorias. La cuestión, a mi juicio, no es si la importancia de la concreción debe recaer en el tipo de transacción o en las partes intervinientes en ella, sino asumir que la aplicación del artículo 15 del TRLIS a operaciones efectuadas entre partes vinculadas puede llegar a ser discriminatorio respecto otras operaciones vinculadas. En otras palabras, ¿Por qué la transmisión lucrativa de un elemento patrimonial entre dos partes vinculadas no debe cumplir las exigencias previstas en el

Es cierto que el artículo 15 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre se refiere, específicamente, a operaciones que resultan coincidentes con la regularizada por la Inspección. Es, asimismo, cierto que la determinación del valor de mercado de tales operaciones no se sujeta a un procedimiento "ad hoc" (como sí sucede con las reglas de valoración de las operaciones vinculadas). A juicio de la Sala, sin embargo, el "principio de especialidad" al que se refieren las resoluciones recurridas debió abocar a la Inspección, cabalmente, a utilizar el procedimiento cuya aplicación rechaza.

Como se sigue de las decisiones impugnadas, la razón que en última instancia ha llevado a la Administración a no aceptar el valor otorgado por el recurrente a las operaciones controvertidas no es otra que el hecho de haberse realizado las mismas entre sociedades vinculadas. Lo dice expresamente el TEAC en su fundamento de derecho octavo: "la operación de adquisición realizada en 1988 es una operación entre sociedades vinculadas de acuerdo con el artículo 16.3 de la Ley 61/78 " y la de canje de valores es también una operación vinculada conforme al artículo 16 de la Ley 43/95". De esta forma, lo que hace la Inspección es corregir los valores de adquisición y enajenación de las acciones de Oeste Zamorano tomando como base los valores de mercado en las fechas de adquisición y enajenación respectivas.

Como adelantamos más arriba, y en contra del criterio del TEAC, el principio de especialidad determina la preferencia del artículo 16 de la Ley 43/95 sobre el artículo 15 del mismo texto legal. Y es que el primero de los preceptos citados se refiere concretamente a "las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas cuando la valoración convenida hubiera determinado, considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas, una tributación en España inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del valor normal de mercado o un diferimiento de dicha tributación". El precepto en cuestión, por referirse indistintamente a "operaciones entre personas o entidades vinculadas" sin excluir operación alguna por la clase o naturaleza de tales operaciones, es más "especial" que el contenido en el artículo 15 de la propia Ley (que hace alusión a las "reglas de valoración: regla general y reglas especiales en los supuestos de transmisiones lucrativas y societarias"), en la medida en que este último ha de entenderse aplicable cuando las operaciones a las que se refiere no sean realizadas entre sociedades vinculadas.

En definitiva: a) El artículo 15 de la Ley 43/95 ha de considerarse aplicable a las operaciones que consigna cuando sean realizadas por personas o entidades que no tengan el carácter de vinculadas; b) El artículo 16 del mismo texto legal se refiere a cualesquiera operaciones (incluidas las recogidas en el artículo precedente) que se efectúan por personas o entidades vinculadas; c) La valoración "por su precio normal de mercado" de estas operaciones (entre vinculadas) debe sujetarse al procedimiento recogido al efecto en el artículo 15 del RD 537/1997, de 14 de abril, que impone a la Administración ("se procederá" dice el precepto) un procedimiento especial para "practicar la valoración por el valor normal de mercado" cuando se haga uso de la facultad prevista en el artículo 16.1 de la Ley del Impuesto."

artículo 16 del TRLIS pero un préstamo a un tipo de interés absolutamente irrisorio o nulo debe acatar toda la regulación de las operaciones vinculadas? En ambos casos se trata de liberalidades. Obsérvese cuán gravoso puede ser la aplicación completa del régimen de operaciones vinculadas. Me refiero a “aplicación completa” porque no puede predicarse una aplicación parcial, de modo que si una transacción debe asumir el régimen del artículo 16 del TRLIS, su aplicación debe ser total, lo que incluye el objeto de estudio de este trabajo, esto es, el ajuste secundario.

En conclusión, mi postura es contraria al planteamiento actual de la Administración y cercano al de los últimos pronunciamientos de la AN. No obstante, la base argumental no sería tanto la aplicación del principio de especialidad sino más bien la no aplicación del principio de discriminación. En este sentido, considero que, teniendo en cuenta las consecuencias que acarrea la aplicación del régimen de operaciones vinculadas, no es razonable ni justificable aceptar excepción alguna por razón de la naturaleza de la operación, de manera que, a mi modo de ver, el artículo 16 del TRLIS debería ser aplicable a cualquier operación realizada entre partes vinculadas, aún a pesar de ser operaciones reguladas en el artículo 15 del TRLIS, artículo éste que seguiría teniendo su ámbito de aplicación; es decir, aplicable sobre operaciones societarias o lucrativas acaecidas entre partes no vinculadas.

3.- El ajuste secundario y las retribuciones en especie

3.1.- Normativa aplicable

Múltiples son las cuestiones que pueden plantearse ante situaciones en las que pareciera que la normativa de retribución en especie es aplicable, amén de la de operaciones vinculadas. En palabras de SUÁREZ MOSQUERA, podría existir una colisión⁴⁰⁷ entre ambas regulaciones. A modo de ejemplo, ¿qué normativa debe imperar en una transmisión de acciones de la sociedad al administrador por un precio inferior al de mercado? ¿Qué ocurre con el valor fiscal de las acciones ante

⁴⁰⁷ No profundiza el autor en esta posible “colisión” entre la normativa de retribución en especie y el régimen de operaciones vinculadas, pues simplemente lo menciona pero si atisba un posible problema de regulaciones excluyentes. “La calificación jurídica de las operaciones vinculadas, en la imposición directa, según la modificación realizada por la Ley 36/2006, de prevención del fraude fiscal”, 2007, p. 23.

una futura transmisión por parte del administrador a modo de ajuste bilateral? Imagínese ahora el frecuente caso de uso gratuito por parte del socio de un elemento patrimonial cuyo titular es la sociedad en la que participa; ¿sería el gasto fiscalmente no deducible en la sociedad por considerarlo utilidad por la condición de socio? ¿No es el artículo 25.1d) de la Ley del IRPF una norma de calificación en si misma? ¿O bien se impondría la obligación de ajustar un ingreso por alquiler no registrado contablemente pero entonces el gasto sí sería fiscalmente deducible? ¿Qué sucedería en sede del socio en cuanto a la recalificación? Éstas y otras cuestiones se tratarán de esclarecer en el presente epígrafe.

En primer lugar, téngase presente que el posible conflicto entre normativas aplicará cuando la sociedad preste, transmita o adquiera un bien o servicio a la otra parte vinculada a un precio que favorezca a éste último, ya sea el socio, el administrador (persona física) o un familiar de cualquiera de los dos. Por tanto, queda fuera del presente análisis las transacciones que discurran en dirección contraria, por entender que en estos casos no habría conflicto alguno, siendo de aplicación el artículo 16 del TRLIS sin lugar a dudas⁴⁰⁸.

Efectuada esta precisión, y debiendo conjugar la normativa de IRPF, empecemos el estudio con la lectura detenida del artículo 41 de la Ley del IRPF, el cual simplemente señala que *“La valoración de las operaciones entre personas o entidades vinculadas se realizará por su valor normal de mercado, en los términos previstos en el artículo 16 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades”*⁴⁰⁹. Recuérdese que en el capítulo segundo (apartado 5.2.2), tras el análisis de alguna opinión doctrinal contraria, se concluyó que la remisión del artículo 41 de la Ley del IRPF debía entenderse comprensiva de la totalidad del

⁴⁰⁸ Sin embargo, y aunque nada tenga que ver con las retribuciones en especie, una transmisión de un bien del socio a la sociedad a un valor inferior al de mercado (favoreciendo a la sociedad), se calificará el diferencial, como se sabe, en una aportación de fondos propios, la cual sin duda alguna será una aportación no dineraria.

⁴⁰⁹ Recuerde el lector el debate acerca del alcance subjetivo que se ha suscitado este artículo, de suerte que el profesor MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI entiende que la remisión de la Ley del IRPF es exclusiva de la regla de valoración pero no en cuanto a la recalificación. La autora de estas líneas ya ha manifestado su desacuerdo con el profesor, pues a pesar de entender la interpretación literal del autor, creo que la remisión no puede ser sino comprensiva de todo el artículo 16 del TRLIS, lo que incluye también el ajuste secundario; más si cabe teniendo en cuenta que el apartado 6 del artículo 93 del Reglamento del IRPF, el cual fue añadido por el RD 1.804/2008 por el que se desarrolla la Ley 36/2006, señala la obligación de retener sobre una renta originada por la aplicación del artículo 16.8, siendo la base de retención la diferencia entre el valor convenido y el valor de mercado. *Vid.* apartado 5.2.2 del capítulo segundo.

artículo 16 del TRLIS, lo cual alcanza también el ajuste secundario. Es precisamente esta afirmación la que puede generar el conflicto respecto las retribuciones en especie, dado que en operaciones entre partes vinculadas puede plantearse la duda acerca de qué regulación aplicar.

En términos generales, la retribución en especie se concibe relacionada con el rendimiento del trabajo percibido por una persona física. Son precisamente las reglas de valoración relativas al rendimiento del trabajo sobre las que se sustenta prácticamente todo el sistema de retribuciones en especie. Sin embargo, la normativa, a pesar de ser muchísimo más explícita en cuanto a rendimiento del trabajo se refiere con reglas de valoración específicas, no lo circunscribe en exclusiva a este tipo de rentas⁴¹⁰. A estos efectos, obsérvese que el artículo 42 de la Ley del IRPF sobre rentas en especie está ubicado en el capítulo III del Título III, es decir, en un capítulo independiente y no dentro de la sección 1 del capítulo II relativo a la determinación del rendimiento de trabajo, de modo que podría decirse, en palabras del profesor MALVÁREZ PASCUAL⁴¹¹, que existe una “extensión a otros ámbitos de las normas sobre la valoración de rendimientos del trabajo en especie”, como por ejemplo para la valoración de rendimientos del capital mobiliario⁴¹². En concreto, según el artículo 42.1 de la Ley del IRPF “*constituyen rentas en especie la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda*”, y precisamente una operación vinculada es aquella en la que el precio convenido difiere del de mercado, pudiendo ser, en línea con la norma de retribuciones en especie, inferior al normal de mercado o inclusive gratuito, existiendo por tanto una colisión entre ambas normativas.

⁴¹⁰ Así lo suscribe también la profesora VEGA HERRERO, M., “Los rendimientos del trabajo en especie”, *Estudios del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Lex Nova, 2000, p. 298.

⁴¹¹ MÁLVAREZ PASCUAL, L. A. *La tributación de los rendimientos de trabajo percibidos en especie*. Marcial Pons, CEF, Madrid, 1998, p. 173.

⁴¹² En este mismo sentido se pronuncia la Sala de lo Contencioso – Administrativo, Sección 2ª del TS en su sentencia de 18 de julio de 2012, aunque referida a la antigua ley, el FJ 2º señala que “*La Ley 18/1991, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en sus artículos 26 y 27 regula las retribuciones en especie dentro de las rentas del trabajo, sin perjuicio de que al tratar de los restantes rendimientos hace una mención genérica a que éstos pueden serlo de cualquier naturaleza.*”

Otro aspecto a destacar, precisamente por su ubicación normativa en la Ley del IRPF, es la relacionada con el beneficiario de las retribuciones en especie, que serán personas físicas, con lo cual se ceñirá el presente análisis a socios o administradores personas físicas y/o sus familiares, dejando fuera las relaciones societarias entre dos entidades. Sin embargo, los últimos pronunciamientos judiciales han señalado que sigue existiendo retribución en especie cuando la persona física ha cobrado a través de una sociedad cuya titularidad le corresponde, estando la persona física unida profesional o laboralmente con la entidad que entregó la retribución en especie⁴¹³.

3.2.- Ámbito de aplicación y puntos de fricción

Cuando se analiza la posible colisión entre dos regulaciones es de vital importancia encuadrar correctamente los supuestos de fricción en los que puede haber coincidencia, y para ello, previamente debe quedar muy definido el ámbito de aplicación de cada normativa.

El profesor DE PABLO VARONA es de los pocos que ha escrito algo sobre esta cuestión, aunque es importante resaltar que su monografía relativa a las operaciones vinculadas en el IRPF es del año 2002, ejercicio, como se sabe, en el que todavía no había entrado en vigor la actual redacción del artículo 16 del TRLIS que contempla el ajuste secundario. Sin embargo, ya en esa fecha DE PABLO VARONA concebía como necesaria la calificación del desplazamiento patrimonial.

⁴¹³ Vid. STS de 18 de julio de 2012 relativa a la calificación como retribución en especie del diferencial de precios de la transmisión de unas acciones. En concreto, en la venta de acciones de una entidad se fijan dos precios distintos, uno para las entidades de las que son titulares personas físicas que ostentan el control de las compañías y que mantienen vínculos laborales o profesionales con la entidad en cuestión, y otro precio mucho más elevado para los adquirentes del mercado libre.

En el FJ 3º, se resuelve el primero de los motivos de casación relativa a la impugnación por la parte recurrente en relación a la no calificación de retribución en especie cuando el perceptor no es una persona física. Responde el alto tribunal argumentando que *“aunque las retribuciones percibidas lo son por entidades jurídicas, lo son en realidad por personas físicas que son los titulares de las acciones de las entidades adquirentes. Además, estas personas físicas estaban unidas profesional y laboralmente con la entidad que entregó las retribuciones, y también accionalmente. Finalmente, es evidente que la diferencia de valor de las acciones transmitidas a las entidades y accionistas con los que existen vínculos laborales o profesionales y las vendidas en el mercado libre carecen de justificación.”*

En este sentido, el citado profesor, e insistiendo en la idea que en el año 2002 no existía el actual ajuste secundario, con buen criterio, afirmó que “las reglas de valoración relativas a las operaciones vinculadas y a las renta en especie son, no sólo compatibles sino complementarias, dado que sus respectivos ámbitos de aplicación no se solapan”. Entiendo este razonamiento y lo comparto en una época en la que no existía una regla específica de recalificación, como sí lo es el actual ajuste secundario. No obstante, con la regulación actual no creo que pueda sostenerse esta misma afirmación; y ello es lógico, pues la norma de retribución en especie en realidad se sustenta sobre una doble misión; por un lado es una regla de valoración (artículo 43.1 de la Ley del IRPF, según el cual “*con carácter general, las rentas en especie se valorarán por su valor normal de mercado*”) y a su vez, es una regla de calificación, ya que la retribución en especie se integrará en la renta del contribuyente en su correspondiente rendimiento (del trabajo, de capital mobiliario, de actividades económicas). Así pues, a mi modo de ver, esta visión calificadora de la norma de retribución en especie invade directamente el ámbito de aplicación del ajuste secundario.

A estos efectos, quisiera resaltar que con la antigua legislación, podía ser defendible la aplicación del artículo 16 del TRLIS, inclusive de su ajuste primario y bilateral, y de la regulación de las retribuciones en especie, pues no existía más regla de calificación, amén de la normativa genérica de la LGT. Sin embargo, la entrada del ajuste secundario en nuestra legislación modificó esta situación, de suerte que el propio artículo 16 del TRLIS ya incorpora una regla de calificación.

Es el turno de analizar detenidamente las esferas de aplicación de cada normativa. En cuanto a la regulación de operaciones vinculadas, como se sabe, se aplica a todos y cada uno de los supuestos de vinculación previstos en el apartado 3 del artículo 16 del TRLIS. Ahora bien, esta enumeración disminuye si únicamente nos ceñimos a los casos en los que una de las partes es, o puede ser persona física, lo que básicamente deja el listado en la relación entre una sociedad y su socio (persona física), una sociedad y su consejero o administrador (persona física) o bien una sociedad y los familiares (*los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes de otra entidad cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo*) de éstos.

Observe el lector que ante una transacción entre socio y sociedad el rendimiento en especie será de capital mobiliario, mientras que en el caso de ser el administrador quien reciba una retribución en especie nos moveremos en el terreno de los rendimientos del trabajo. En este sentido, especial énfasis merecen las relaciones entre una sociedad y un trabajador, en cuyo caso jamás habrá una relación de vinculación entendida como susceptible de aplicar el régimen del artículo 16 del TRLIS. En otras palabras, ante una transacción entre un trabajador (aunque que sea un directivo con relación laboral) y la sociedad, no habrá punto de fricción con el régimen de operaciones vinculadas, dado que el único régimen aplicable en este caso sería el de retribuciones en especie.

Así, ante transacciones en especie que hayan favorecido a la persona física en detrimento de la sociedad, estando estas personas vinculadas con la entidad en cuestión, se genera una duda más que razonable, teniendo en cuenta que la normativa, como en otras ocasiones, no ayuda a esclarecer qué regulación debe primar. A modo de pregunta, ¿Cómo debe resolverse un caso en el que el administrador o un socio ha adquirido un bien a un precio inferior al de mercado? Es evidente que ambas normativas parten del mismo objetivo común, valorar a mercado las retribuciones en especie. En realidad, sea como más rendimiento del trabajo o como más rendimiento del capital mobiliario en concepto de utilidad percibida por la condición de socio (artículo 25.1.d de la Ley del IRPF), o inclusive como más rendimiento de actividades económicas en casos de facturación a la sociedad, la normativa anterior a la entrada en vigor del ajuste secundario, ya era una suerte de regla de calificación, dado que, como ya se ha indicado, integraba el rendimiento en cuestión en la renta del receptor, y a su vez, le otorgaba el tratamiento correcto en sede de la sociedad (más gasto de personal si el administrador integraba en su renta más rendimiento del trabajo o gasto no deducible si se trataba de una renta del capital mobiliario como rendimientos obtenidos por el socio por la participación en los fondos propios de una entidad (artículo 14.1 del TRLIS). Siendo así las cosas, ¿qué papel juega el ajuste secundario en aquellos casos en los que también podría ser de aplicación el artículo 16 del TRLIS? ¿Producirá el mismo efecto la aplicación de los ajustes primarios, bilateral y secundario que las reglas de la retribución en especie? ¿Y el resto del redactado de artículo 16 del TRLIS? ¿Deberá resolverse esta cuestión atendiendo al principio de especialidad como ha hecho la Administración y la

jurisprudencia con el artículo 15 del TRLIS? Detectados los puntos de fricción normativa, prosígase que el análisis para poder ofrecer una conclusión argumentada.

3.3.- Retribución en especie *versus* retribución dineraria. Delimitación de supuestos concretos

Antes de entrar de lleno en ejemplos comparativos, es necesario no confundir cuándo la operación vinculada lleva aparejada una retribución en especie y cuándo será dineraria. Tanto VADILLO CASERO⁴¹⁴ como DE PABLO VARONA⁴¹⁵, cada uno a su manera, distinguen muy claramente ambas situaciones. A modo de resumen, cuando la entidad transmite un bien o presta un servicio al socio o administrador a un precio inferior al del mercado estaremos ante una verdadera retribución en especie. En sentido contrario, la retribución será dineraria cuando sea el socio o administrador quien transmite un bien o preste un servicio a un precio superior al del mercado; así en palabras del profesor VADILLO CASERO ello ocurrirá cuando “se produce una efectiva minoración patrimonial en la sociedad distribuidora que se materializa en una corriente monetaria a favor del socio”⁴¹⁶.

3.4.- Estudio comparativo entre ambas regulaciones. Ejemplos prácticos

La cuestión que debe ser resuelta es si ambas regulaciones alcanzan un mismo resultado⁴¹⁷. Téngase presente que partiendo de la actual normativa, a mi modo

⁴¹⁴ VADILLO CASERO, “El ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2008, p. 269.

⁴¹⁵ DE PABLO VARONA, *Las operaciones vinculadas en el IRPF*, 2002, pp. 124-125.

⁴¹⁶ Podría extenderse el término socio a administrador, consejero o familiares de cualquiera de ellos.

⁴¹⁷ Tal y como ilustra DE PABLO VARONA, (*Las operaciones vinculadas en el IRPF*, 2002, p. 127), “si una entidad adquiere bienes para uso particular de uno de sus socios, la elusión impositiva que tal artificio provoca puede combatirse de dos formas: bien rechazando como gasto, en sede societaria, la amortización del bien, pues no sólo no se trata de un gasto correlacionado con los ingresos, sino de una retribución de los fondos propios, e integrando en la base imponible del socio el valor de la retribución en especie del capital mobiliario percibida; bien integrando en la base imponible de la sociedad, tal es la opción adoptada por el artículo 16 de la LIS, el valor de mercado de la cesión, admitiendo, en este caso, la deducción de la amortización, pues es un gasto necesario para el ingreso que se imputa, imputando correlativamente al socio un gasto de la misma cuantía –ajuste bilateral– e integrando en su base imponible la ventaja patrimonial percibida”. Sus palabras no pueden ser más claras y concisas, pues de la lectura del párrafo transcrito, uno podría afirmar

de ver, la comparativa debe versar entre la aplicación del artículo 16 del TRLIS en toda su extensión, incluyendo por tanto el ajuste secundario, o bien la aplicación en exclusiva de la normativa de retribuciones en especie pero no una mezcla de ambas, pues ambas inciden en el mismo ámbito respecto a determinadas operaciones vinculadas en las que interviene una persona física la cual resulta favorecida en la transacción.

A modo de ejemplo, imagínese un socio utilizando gratuitamente un bien inmueble de la sociedad, cuyo valor de alquiler de mercado es de 8.000 euros anuales. Este supuesto podría tener a su vez múltiples variables, a saber, que la sociedad alquile la vivienda a un tercero y la ceda gratuitamente al socio, o bien que sea de su propiedad y todavía la esté amortizando, o bien que ya esté totalmente amortizada. En aras a facilitar la comprensión, imagínese que la entidad dispone de esta vivienda desde su constitución hace muchos años, por lo que la misma está totalmente amortizada y no supone más gasto que el de mantenimiento y pago de tributos municipales.

En aplicación del artículo 16 del TRLIS, la sociedad podría deducirse los gastos derivados de la titularidad del inmueble pero la norma de valoración obligaría a que efectuase un ingreso (contable o extracontable) por importe de 8.000 euros anuales (alquiler que debería satisfacerle su socio). A su vez, el socio también debería efectuar un ajuste bilateral, aunque en este caso no tendría impacto alguno, dado la no deducibilidad del gasto por alquiler en la declaración del IRPF (aunque sí podría dar lugar a la deducción por alquiler en IRPF). Ahora bien, lo que sí sería menester es que se integrara en la base imponible del ahorro un rendimiento del capital mobiliario en concepto de dividendos por 8.000 euros.

¿Qué diferencias serían detectables si se sustituyera la aplicación del artículo 16 del TRLIS por el artículo 42.1 del TRLIS? En este caso, simplemente los gastos inherentes a la titularidad del activo no serían fiscalmente deducibles pero no habría tributación extra por una renta de alquiler de mercado. ¿Cuándo podría afirmarse que el efecto es el mismo? Únicamente si el ingreso neutralizara por completo el gasto; en otras palabras, sería lo mismo no admitir como deducible

que por cualquiera de las dos vías se consigue el mismo objetivo, aunque ello en modo alguno es cierto; más si cabe, teniendo en cuenta la actual redacción del artículo 16.8 del TRLIS.

un gasto de 1.000 euros que admitirlo como deducible pero tributar por un ingreso del mismo importe, situación ésta poco frecuente. A mayor abundamiento, y aún en el supuesto de la existencia de más gastos, como por ejemplo, el gasto por amortización, difícilmente dicho gasto sería equiparable al ingreso por alquiler que a mercado generaría el arrendamiento del bien cedido. Se detecta en este aspecto una primera diferencia importante en sede la sociedad.

En sede del socio, sería de aplicación el artículo 25.1.d) de la Ley del IRPF, en virtud del cual se entendería que el socio ha percibido una utilidad por su condición de accionista o partícipe, esto es, un rendimiento del capital mobiliario. Pareciera pues, que en ambas regulaciones, la calificación en el socio pasa por entender que se está recibiendo un rendimiento extra del capital mobiliario. No obstante, nótese que en el caso de aplicación directa del artículo 25.1.d) de la Ley del IRPF, toda la renta sería calificada como rendimiento obtenido por la participación en fondos propios pero sin derecho a practicar la exención de 1.500 euros prevista en la letra y) del artículo 7 de la Ley del IRPF. En cambio, la aplicación del artículo 16.8 del TRLIS permite diferenciar la parte que se corresponde con el porcentaje de participación y la parte que excede del mismo. Es decir, en el caso en que la participación alcanzara la totalidad de la inversión, el importe de 8.000 euros a integrar en la renta del socio serían concebidos como participación en beneficios y podrían gozar de una exención de 1.500 euros, integrando por tanto, sólo 6.500 euros y no los 8.000 euros íntegros si los mismos fuesen calificados como “utilidad” según el artículo 25.1.d) de la Ley del IRPF.

Existe otra diferencia destacable si en lugar de tratarse de una retribución en especie en forma de prestación de servicios, se tratase de una transmisión de activos. Me refiero al ajuste bilateral, que sólo señala la norma de operaciones vinculadas pero no la de retribución en especie. A estos efectos, en el caso de transmisión de un activo por parte de la sociedad a su socio a un precio inferior al de mercado, sí que la valoración a mercado del bien recibido debería generar en el socio una menor plusvalía ante una eventual transmisión (o como base de amortización si se tratase de un bien afecto a una actividad económica o arrendado). Obsérvese como en este caso, la base del ahorro podría quedar intacta si el bien se transmitiese en el mismo ejercicio, pues habría un aumento del rendimiento del capital mobiliario y a su vez una disminución de la ganancia

patrimonial. Sin embargo, téngase presente, por un lado, la posible aplicación de la exención de 1.500 euros prevista en el artículo 7y) de la Ley del IRPF, y por el otro, las reglas de integración de la base imponible del ahorro, de suerte que las ganancias patrimoniales generadas a más de un año y el rendimiento del capital mobiliario son dos esferas independientes.

No parece que la normativa sobre retribuciones en especie diga nada sobre la valoración fiscal de los bienes percibidos, aunque creo debería ser defendible que también en este caso el valor de mercado podría alcanzar el bien recibido a todos los efectos. Sea como fuere, la normativa sobre retribuciones en especie guarda silencio en cuanto a este aspecto.

Piénsese ahora en términos de rendimiento del trabajo, es decir, que sea un administrador o un socio con nómina, quien recibe un bien por un valor inferior al de mercado. Supóngase que el administrador de la sociedad adquiere un activo (un paquete de acciones) por importe de 1.000 euros, siendo el valor contable de las mismas de 500 euros y su valor de mercado de 2.500 euros.

En este caso, la valoración del activo transmitido debe valorarse a valor de mercado, y en aplicación del artículo 16.1 del TRLIS la sociedad debería practicar un ajuste extracontable de 1.500 euros:

RC:	500 (1.000 - 500)
Ajuste primario:	+ 1.500 → regla de valoración
BI:	2.000 (2.500 - 500)

Ahora bien, éste no puede ser el resultado definitivo, pues todavía queda la aplicación del ajuste secundario, en cuyo caso, estimamos que debería tratarse de un mayor gasto en retribuciones salariales al administrador^{418/419}

⁴¹⁸ En este mismo sentido se pronuncia CENCERRADO MILLÁN en un ejemplo de la página 599 del capítulo “Ajuste secundario”, 2010, en el que puede apreciarse que el efecto del ajuste primario y secundario en la sociedad es neutro.

⁴¹⁹ También GARCÍA-ROZADO GONZÁLEZ, DEL CAMPO AZPIAZU y GARDE GARDE proponen un ejemplo en la misma dirección. *Las claves de la reforma en el Impuesto sobre Sociedades*, 2007, p. 136.

RC: 500 (1.000 - 500)
Ajuste primario: + 1.500 → regla de valoración
Ajuste secundario: - 1.500 → gasto por retribución de trabajo
BI: 500

En palabras de SUÁREZ MOSQUERA, “el resultado de la sociedad queda igual en términos cuantitativos, pero cualitativamente hay un mayor gasto de personal y un mayor beneficio extraordinario”⁴²⁰.

A su vez, para el administrador, existirá un rendimiento del trabajo en especie que se incorporará a la base general de su declaración del IRPF. En cuanto al valor fiscal de las acciones, éstas quedarían valoradas a valor de mercado, lo cual supondría una menor ganancia patrimonial cuando se transmitiesen. Obsérvese que en este caso, no habría efecto neutralizador entre el ajuste bilateral y el secundario en sede del socio, debido al distinto tipo de gravamen que tributa el rendimiento de trabajo (base general) y la ganancia patrimonial (base del ahorro).

En cualquier caso, el efecto descrito no sería el mismo si no se aplicara el régimen de operaciones vinculadas y únicamente se tuviese en cuenta el artículo 42.1 de la Ley del IRPF, dado que en este caso, simplemente habría un mayor gasto de personal y una mayor retribución salarial pero no entraría en juego el ajuste primario (ni bilateral), con lo que el impacto en la sociedad cuantitativamente no sería neutro, pues no se vería el gasto compensado por un mayor beneficio, y a su vez, el valor fiscal de las acciones no sería el de mercado⁴²¹.

Con todo ello, queda patente que no puede predicarse la igualdad de efectos entre la aplicación de la normativa de retribuciones en especie y la de operaciones vinculadas. Quizás podría afirmarse que el ajuste secundario como regla de calificación podría coincidir en términos generales con la integración de la retribución en especie como rendimiento (del trabajo, de capital mobiliario), aunque con sus matices (recuérdese la diferencia entre utilidad y dividendo) pero

⁴²⁰ SUÁREZ MOSQUERA, “La calificación jurídica de las operaciones vinculadas, en la imposición directa, según la modificación realizada por la Ley 36/2006, de prevención del fraude fiscal”, 2007, p. 22.

⁴²¹ Léase el ejemplo de SUÁREZ MOSQUERA en las pp. 22-23 en su artículo citado en la nota anterior relativo al efecto “absurdo” del ajuste bilateral, según palabras del mencionado autor.

la aplicación del ajuste bilateral (a parte del primario) desequilibra un tanto al balanza, impactando en las partes implicadas de un modo que no puede minimizarse. Recuérdese que es el ajuste primario el que obliga a la entidad a registrar ingresos que no siempre neutralizan los gastos y, por otra parte, es el ajuste bilateral el que produce una menor base del ahorro en sede del socio (menor ganancia patrimonial en caso de transmisión del bien percibido) que tampoco quedará compensada por el mayor aumento de la base general (aumento del rendimiento del trabajo, por ejemplo).

No obstante todo lo expuesto, sí existe una similitud clara entre ambas regulaciones en cuanto la figura del ingreso a cuenta. Tal y como nos recuerda VADILLO CASERO, “la regla especial para determinar el ingreso a cuenta consistente en aumentar en un 20% el valor de adquisición para el pagador del bien entregado, no se aplica, sino que se mantiene la regla general que supone aplicar el porcentaje legal sobre la “diferencia de valores”, (artículo 103 del Reglamento del IRPF).

3.5.- Consideraciones finales

De los apartados anteriores se extraen las siguientes conclusiones:

- Los puntos de fricción entre la normativa de operaciones vinculadas y de retribuciones en especie se encuadran en aquellas operaciones en las que la sociedad presta un servicio o transfiere un bien a un precio inferior al de mercado a su socio, administrador o familiares de éstos (siempre personas físicas).
- En el resto de supuestos, cada normativa tiene su exclusivo ámbito de aplicación. A saber, las retribuciones en especie se centran básicamente en las relaciones empleado–empleador, no siendo éste un supuesto de vinculación contemplado en el artículo 16.3 del TRLIS, salvo que el trabajador sea el socio, administrador o consejero. Por otra parte, el régimen de operaciones vinculadas se aplica a todas las transacciones acaecidas entre partes vinculadas según la enumeración del artículo 16.3 del TRLIS.

- En el caso de colisión de ambas normativas en los supuestos mencionados, únicamente una de las dos normativas puede ser aplicada, ya que ambas inciden en la misma esfera. Son en definitiva, normativas excluyentes.
- Habiendo analizado ejemplos comparativos de una y otra normativa, se concluye que no produce los mismos efectos, ni en el socio ni en la sociedad.

No obstante lo expuesto, todavía queda pendiente responder la cuestión más importante, en aquellos casos en los que ambas normativas podrían ser aplicadas, ¿cuál de ellas debe prevalecer? A mi modo de ver, debe primar el régimen de operaciones vinculadas, pero no por un principio de especialidad, sino, exactamente igual que lo argumentado para el conflicto entre el artículo 16 y el 15 del TRLIS, atendiendo a la no discriminación entre situaciones equiparables. Quizás con una pregunta se entiende más el razonamiento que me lleva a efectuar esta afirmación; ¿Qué sentido tendría que una transmisión de un bien del socio a la sociedad a un precio superior al de mercado (retribución dineraria) tuviera que seguir todas las obligaciones propias del artículo 16 del TRLIS pero no así cuando la transacción hubiese sido en dirección opuesta, esto es, de la sociedad al socio a un precio inferior al de mercado? En otras palabras, en cualquiera de las dos situaciones, el socio o administrador o familiares de cualquiera de ellos, se estaría beneficiando de la relación con la entidad, y sin embargo, únicamente respecto la retribución dineraria existiría la obligación de cumplir con el mandato del artículo 16 del TRLIS, lo que incluye las obligaciones de documentación así como el régimen sancionador. Defender esta postura, sería tanto como admitir una diferencia de trato jurídico sin razonamiento jurídico que lo avale.

A sensu contrario, alguien podría argumentar que también sería discriminatorio aplicar el artículo 16 del TRLIS a una relación administrador –sociedad y no en cambio a una transacción efectuada entre directivo– sociedad. Ciertamente, no son estas situaciones equiparables en tanto en cuanto el directivo es un empleado, relación ésta no contemplada como partes vinculadas según el artículo 16.3 del TRLIS. Por tanto, quizás lo que el legislador debería sopesar es si la capacidad de influencia de un administrador es análoga a la de determinados directivos e incluirlos como parte del listado del artículo 16.3 del TRLIS, pues con

la legislación vigente el alto directivo tiene exactamente la misma consideración que cualquier trabajador.

4.- El ajuste secundario y las sociedades profesionales

Como es bien sabido, la regulación de las relaciones entre el socio profesional y su sociedad ha sufrido una importante alteración con la entrada en vigor del artículo 16.6 del RIS que *protege* a las operaciones vinculadas entre el socio y la sociedad profesional, por entenderlas realizadas a valor de mercado, únicamente si se cumplen todos y cada uno de los requisitos del mencionado artículo. Obsérvese que la palabra “protege” está en cursiva por cuanto dicha protección es tan compleja de obtener como complejos con los requisitos a cumplir.

En palabras del profesor FALCÓN y TELLA⁴²² “sólo se presume que el valor pactado por las partes es de mercado en los casos en los que el socio profesional, persona física, preste sus servicios a la sociedad que participa, si se cumplen cumulativamente los siguientes requisitos: a) la entidad es una empresa de reducida dimensión, b) más del 75% de los ingresos de la sociedad en el ejercicio proceden del desarrollo de la actividad profesional, c) la entidad cuenta con medios materiales y humanos para el desarrollo de la actividad y d) el resultado del ejercicio, antes de deducir la retribución de los socios profesionales, es positivo”; amén de las condiciones respecto la cuantía de las retribuciones de los socios, cuya totalidad no debe ser inferior al 85% del resultado previo y a su vez, la retribución de cada uno de los socios profesionales, debe determinarse por su contribución real a la buena marcha de la sociedad, así como no ser inferior a dos veces el salario mínimo de los asalariados de la sociedad que cumplan funciones análogas a las de los socios profesionales.

En otros términos, asumir el contenido del artículo 16.6 del RIS en tanto como dejar estas transacciones fuera del régimen general de operaciones vinculadas, luego no existirán obligaciones de documentación y no habrá tampoco posibilidad de aplicar el severo régimen sancionador previsto en el artículo 16.10 del TRLIS. A mayor abundamiento, aquél socio profesional que cumpla con los

⁴²² FALCÓN y TELLA, “Las sociedades profesionales (I): aplicación del régimen de operaciones vinculadas”, *Quincena fiscal*, núm. 18, 2009, pp. 9-10.

requisitos del artículo 16.6 del RIS, se considerará que el precio pactado con su sociedad profesional será de mercado y en consecuencia, no habrá que practicar ningún tipo de ajuste, ni primario, ni bilateral ni secundario.

Ello me lleva a una conclusión clara: el artículo 16.6 del RIS excluye por completo el artículo 16.8 del TRLIS, es decir, no habrá recalificación del exceso de renta ante una operación cuyo valor esté amparado por la regla especial del artículo 16.6 del RIS, dado que el precio pactado se entenderá de mercado. Cosa distinta será si es fácil cumplir con los requisitos previstos en el artículo 16.6 del RIS o inclusive, si su regulación no es una suerte de vuelta al derogado régimen de transparencia fiscal, tal y como insinúa claramente el profesor SÁNCHEZ HUETE ⁴²³, teniendo en cuenta que la cuantía de las retribuciones correspondientes a la totalidad de los socios profesionales por la prestación de sus servicios a la entidad no puede ser inferior al 85% del resultado previo a la deducción de dichas retribuciones.

No obstante lo dicho en el expositivo anterior, en el caso que no pueda predicarse el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16.6 del RIS respecto una operación llevada a cabo entre una sociedad profesional y su socio persona física, la misma entrará en el régimen general de operaciones vinculadas, lo que supondrá no únicamente la valoración de valor de mercado de la transacción, a través del ajuste primario y bilateral, sino también la obligación de recalificar el exceso de renta aplicando el actual ajuste secundario. En este mismo sentido también se ha pronunciado MARTÍN DOMÍNGUEZ⁴²⁴ así como en los ejemplos propuestos por CORDÓN EZQUERRO⁴²⁵ y CENCERRADO MILLÁN⁴²⁶ en sus respectivos artículos.

⁴²³ SÁNCHEZ HUETE, M. A., “Operaciones vinculadas y sociedades profesionales. Desenfoque y efectos”, *Quincena Fiscal*, núm. 10, mayo II, p. 56.

⁴²⁴ MARTÍN DOMÍNGUEZ, M. E. “Consideraciones de índole fiscal para el socio profesional tras la entrada en vigor de la Ley 2/2007, de Sociedades profesionales”, *Hacienda Canaria*, núm. 28, 2009, p. 109.

⁴²⁵ CORDÓN EZQUERRO, “Valor de mercado y ajuste secundario en las operaciones vinculadas”. 2009, pp. 189-196.

⁴²⁶ CENCERRADO MILLÁN, “Los efectos de ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2007, pp. 75-76.

Por último comentar que, dónde reside actualmente la dificultad en este tipo de operaciones, así como el eje central del debate doctrinal, no es en la aplicación del ajuste secundario, sino precisamente en la valoración de las mismas, pues como bien dice CENCERRADO MILLÁN⁴²⁷ lo complejo es encontrar precios comparables, “debido a las circunstancias singulares que frecuentemente concurren en la prestación de un servicio profesional”. También RODRÍGUEZ MÁRQUEZ y MARTÍN FERNÁNDEZ⁴²⁸ se pronuncian en este mismo sentido, dado que, según los autores, “la mayor parte de los servicios (...) tienen como elemento diferenciador, las cualidades personales del profesional que los presta. Ello determina, igualmente, que los rangos de valoración sean muy amplios, pudiéndose encontrar en el mercado –sin vinculación– precios muy dispares en función de quién sea el prestado del servicio”⁴²⁹.

No es este un trabajo encaminado al estudio del régimen particular de las sociedades profesionales, pero sí sirva el presente epígrafe para afirmar que el ajuste secundario entrará en juego también en caso de transacciones efectuadas entre el socio profesional, persona física, y su sociedad, pero únicamente cuando no puedan cumplirse todos y cada uno de los requisitos enumerados en el artículo 16.6 del RIS, dado que en caso de cumplirse, la operación se considerará pactada a valor de mercado. Estamos pues, ante dos normas excluyentes.

⁴²⁷ *Vid.* nota anterior.

⁴²⁸ RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J. y MARTÍN FERNÁNDEZ, J., “Las sociedades profesionales y su régimen tributario”, *Quincena Fiscal*, núms. 1 y 2, año 2008, p. 27.

⁴²⁹ Precisamente acerca de la dificultad de valoración de dichas operaciones y de la falta de visión realista que adolece la normativa, se recomienda la lectura del artículo del profesor CAAMAÑO ANIDO (“Comentarios al nuevo régimen de documentación de las operaciones vinculadas”, 2009, pp. 43-44) en el cual se sintetizan muy bien los principales interrogantes que plantea la nueva regulación de las sociedades profesionales, entre los cuales pueden transcribirse algunas preguntas, como, “¿La protección se pierde en relación con las operaciones vinculadas –las cuales, por tanto, quedan expuestas al ajuste, y además sin posibilidad de apoyarlas en la correspondiente documentación, con el consiguiente riesgo de sanción– del mismo ejercicio en que no se registró el resultado positivo?, ¿Habría caído en la cuenta el autor del nuevo Reglamento de que puede darse el caso de que ciertas sociedades de profesionales se vean obligadas a imputarse ingresos “irreales”, o a renunciar a una provisión legítima, para evitar registrar pérdidas un determinado ejercicio, y por consiguiente, perder la protección del apartado 6?”, “Si para conservar la protección del apartado 6 los socios profesionales tienen que repartir vía salarios/retribuciones al menos el 85% del resultado positivo del ejercicio, ¿cómo se calcularán los salarios mes a mes para poder cumplir esta exigencia, si de desconoce a lo largo del año el signo y el importe concreto del que será el resultado del ejercicio?, ¿Es que habrá siempre a final de año que hacer pagos complementarios (o dejar de retribuir, que también podría darse el caso) entre los socios para que la suma total de las retribuciones supere el 85% de los resultados positivos?”

5.- El ajuste secundario y el régimen de TFI⁴³⁰

5.1.- Operaciones vinculadas y TFI: ¿regímenes compatibles o excluyentes?

Antes de entrar a valorar específicamente la relación entre el ajuste secundario y el régimen de TFI, es imprescindible resolver la relación del artículo 16 del TRLIS en su globalidad con el régimen de TFI. Una vez alcanzada una conclusión, podrá valorarse, si procede, cómo juega específicamente el artículo 16.8 del TRLIS y el régimen de TFI.

La cuestión concreta que se aborda ahora es si cabe la aplicación del artículo 16 del TRLIS en el cálculo de las rentas generadas por la sociedad instrumental susceptibles de imputación al socio. Para procurar una respuesta sustentada jurídicamente debe analizarse a qué se refiere la normativa de TFI cuando menciona que es necesaria la aplicación de normas, principios y criterios del TRLIS.

El artículo 107.7 del TRLIS señala que el importe de la renta positiva a incluir en la base imponible se calculará de acuerdo con los *principios y criterios* establecidos en el TRLIS y en las restantes disposiciones relativas a este impuesto para la determinación de la base imponible. A su vez, el citado artículo también indica que *“se entenderá por renta total el importe de la base imponible que resulte de aplicar estos mismos criterios y principios”*. Así, la normativa sobre TFI obliga a efectuar el cálculo no sólo de las rentas susceptibles de imputación sino también el cálculo de la renta total según los principios y criterios establecidos en el TRLIS. Precisamente este cálculo es imprescindible para saber si se superan los umbrales de aplicación del régimen señalados en el apartado 3 de los artículos 107 TRLIS y 91 de la LIRPF⁴³¹.

⁴³⁰ No es casualidad que algunos autores norteamericanos también se planteasen esta cuestión hace más de cuatro décadas, pues como se sabe, la legislación de Estados Unidos ha sido pionera no únicamente en la regulación de los precios de transferencia (*Section 482 IRC*), sino también del régimen de TFI (CFC, *Controlled Foreign Corporations*, regulado en la *Section F del IRC*). Vid. KAUDER LOUIS, M., quien afirma que la regulación de los precios de transferencia impone más barreras que la propia de la TFI, (“Taxation of Domestically Controlled Foreign Corporations. A Comparative Study of Subpart F and Section 482”, *Villanova Law Review*, vol. 14, 1969, p. 277) y MYERS, D., “Section 482 and Subpart F: An International Revenue Code Dilemma”, *American University International Law Review* 11, núm. 6, 1996, pp. 1073-1108.

⁴³¹ Me refiero a los límites expresamente señalados en los citados artículos, esto son, el 15% de la renta total o el 4% de los ingresos totales de la entidad no residente. Por debajo de este límite el

De ello se deriva la obligación del socio residente de efectuar varios cálculos sobre la renta generada por la sociedad instrumental para saber si realmente debe integrar las rentas positivas en su base imponible. A nadie se le escapa que este proceso de cálculo puede llegar a ser extremadamente complejo y farragoso. No obstante, su consecución es de vital importancia puesto que se configura como un elemento clave del régimen de TFI. En consecuencia, puede afirmarse que de la correcta aplicación de los principios y criterios del TRLIS depende la aplicación del régimen de TFI.

Sin embargo, tal y como ya señaló SANFRUTOS GAMBIN⁴³², no deja de ser curioso que mientras el artículo 107.7 del TRLIS se refiere a “principios y criterios”, el apartado 1 del citado artículo en su letra b) se refiera a “normas del IS”. Así, la normativa sobre TFI, respecto el requisito de baja tributación en el país de residencia de la sociedad instrumental, obliga al sujeto pasivo al cálculo del impuesto que le hubiese correspondido satisfacer a la sociedad instrumental si se hubiesen aplicado las “normas” del impuesto⁴³³. Es cierto lo señalado por el citado autor; pues llama la atención que para determinar el requisito de baja tributación el articulado insta al sujeto pasivo a que efectúe el cálculo según “las normas” del TRLIS, mientras que respecto el cálculo de las rentas positivas así como de la renta total, la normativa obliga a que realice el cálculo según “los principios y criterios del IS”.

A mi juicio considero que la remisión en ambos artículos debería ser uniforme, debiendo aludir ambos, o bien al concepto de “normas” o bien al de “principios y criterios” del TRLIS. Mezclar ambos conceptos a lo largo del articulado cuando la propia normativa no especifica qué debe entenderse por “principios y criterios” induce a una confusión, si cabe todavía mayor⁴³⁴.

socio residente no debe integrarse renta alguna.

⁴³² SANFRUTOS GAMBIN, E., “La Transparencia fiscal internacional en la Ley del IRPF”, *Crónica Tributaria* núm. 89, 1999, p. 126.

⁴³³ Concretamente, reza así: “*Que el importe satisfecho por la entidad no residente en territorio español, imputable a alguna de las clases de rentas previstas en el apartado 2 por razón de gravamen de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto, sea inferior al 75% del que hubiera correspondido de acuerdo con las normas de aquél*”.

⁴³⁴ Ante esta disparidad de concepto, en mi opinión, carente de sentido, creo conveniente esclarecer el significado de “principio jurídico” en contraposición con el de “norma jurídica”. Para

A mi modo de ver, y teniendo en cuenta la gran disparidad de soberanías jurídicas en las que puede residir una sociedad instrumental, la aplicación rígida de la totalidad de nuestra “normativa” en su sentido más estricto probablemente representaría una dificultad que desvirtuaría la finalidad del régimen de TFI, que no es otra que la integración en la base imponible del socio de las rentas generadas en la sociedad instrumental. No en vano, la mayoría de la doctrina apuesta por entender que la aplicación de los principios y criterios del TRLIS suponen la aplicación de los principios y criterios que inspiran e informan el conjunto de normas que determinarán la base imponible⁴³⁵.

la correcta definición de ambos conceptos debe dirigirse este estudio a los grandes autores de la Teoría del Derecho, procurando captar la esencia de ambas nociones.

La doctrina coincide en considerar a los principios como inspiradores e informadores de la normativa, siendo las normas jurídicas aplicaciones de estos principios. A estos efectos considero muy explicativas las palabras de LATORRE SEGURA, A. (*Introducción al Derecho*. Ed. Ariel, 2012, p. 72) en las que literalmente señala que “los principios del Derecho no han de confundirse con las normas jurídicas, por amplias que éstas sean. Tanto las normas como los principios son generales, pero una norma jurídica se establece para un número determinado de actos o de hechos y sólo rige para esos actos o hechos. Un principio, en cambio, comporta una serie indefinida de aplicaciones.”

También DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. es muy ilustrativo en este tema definiendo norma y principio como sigue: “a) Los principios en sentido estricto son juicios de valor que inspiran e informan una normativa o disciplina de una institución (por ejemplo, el llamado principio de la buena fe, el de fe pública, el de responsabilidad por culpa, etc. b) Las normas “principales” son normas jurídicas de carácter básico en la organización del grupo social o en la disciplina de instituciones que a su vez son básicas para el grupo social”. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ed. Ariel, 1999, p. 207.

Merece la pena citar también a BELADIEZ ROJO, M. quien considera “que lo realmente importante es constatar que los principios (se les otorgue o no carácter normativo) se caracterizan por ser un tipo de prescripción jurídica con una estructura peculiar: no son una proposición jurídica. Carecen de supuesto de hecho, y además, y esto es ya algo común a la mayoría de las normas, tampoco establecen expresamente la sanción que su infracción debe conllevar. Por esta razón, su incumplimiento no puede ser otro que el establecido con carácter general para los actos que infringen el ordenamiento jurídico: la invalidez (el artículo 6.3 del Código Civil, para los actos jurídicos en general, y los arts. 62 y 63 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo común para los actos administrativos”. *Los principios jurídicos*. Ed. Tecnos, Madrid, 2010, p. 112.

Así pues y a modo de resumen, se entiende que las normas jurídicas son la aplicación práctica de los principios, siendo éstos los que, tomando de nuevo palabras de LATORRE SEGURA, “fundamentan el sistema jurídico a partir de los cuales se despliega todo el aparato de normas”.

⁴³⁵ En este sentido se pronuncia SANFRUTOS GAMBIN (“La Transparencia fiscal internacional en la Ley del IRPF”, 1999, p. 127) señalando que “la referencia a los principios y criterios del Impuesto sobre Sociedades se debe al hecho de que al tener que adecuarse la contabilidad de la entidad no residente a las normas del país de residencia, para la determinación de la renta positiva de la misma no deben aplicarse estrictamente las normas del IS, sino únicamente los criterios y principios que inspiran la determinación de la base imponible de este impuesto”.

En este sentido, estoy de acuerdo con SANZ GADEA⁴³⁶, cuando señala que “la renta positiva se determinará de acuerdo con las normas del Impuesto sobre Sociedades que sean la concreción de los principios y criterios que informan el conjunto de normas establecidas para la determinación de la base imponible. Así, las normas relativas a requisitos formales para la deducción de gastos (justificación según factura IVA o apuntes en la memoria, entre otros) deberán atemperarse, o incluso inaplicarse, cuando así lo exija la realidad del sistema jurídico en el que está inmersa la entidad no residente que obtiene rentas positivas susceptibles de inclusión”. En consecuencia, a mi entender cabe la aplicación de aquellas normas que sean, como indica SANZA GADEA, la concreción de unos principios y criterios, esto es, que su aplicación implique de una forma u otra la plasmación de un principio o criterio inspirador de la normativa del IS⁴³⁷.

⁴³⁶ SANZ GADEA, E., *Transparencia fiscal internacional*, Ediciones CEF, Madrid, 1996, p. 250.

⁴³⁷ No tendría sentido que una partida, que según la normativa española tendría la consideración de gasto, no pudiese serlo por no estar contabilizado como tal en la contabilidad de la sociedad instrumental o por no estar documentalmente justificado según nuestros requisitos normativos. En este caso, la norma inspiradora del principio sería la deducibilidad sólo de aquellos gastos que tengan relación con la actividad de la sociedad. Por tanto, si se detecta un gasto de esta naturaleza, con independencia de su correcta contabilización y justificación documental en sede de la entidad no residente, el mismo debería formar parte de la base imponible de la renta positiva susceptible de inclusión. Además, el hecho de que un gasto no esté, según nuestras normas contables, correctamente registrado, no implica en absoluto exigir a la sociedad instrumental su correcta contabilización por ser este cálculo exclusivo del socio residente.

Al hilo con lo expuesto, se alude a un ejemplo concreto del autor SANZ GADEA (“Medidas antielusión fiscal”, *Documentos IEF*, núm. 22/01, Madrid, 2001, p. 65) respecto a la aplicación de la corrección monetaria de las plusvalías inmobiliarias regulada en el artículo 15.9 del TRLIS. Según el citado autor la aplicación estricta del artículo 15.9 de la Ley no sería procedente puesto que el mismo está relacionado con la evolución de precios en España y carecería de sentido trasladar exactamente el mismo modelo a una entidad no residente. En su opinión, tal y como también recogen NIETO MONTERO, J. J. y VILLAVERDE GÓMEZ M. B., (*La imputación de rentas en la transparencia fiscal internacional*. Cuadernos Fiscales. Editoriales de Derechos Reunidas, Madrid, 2007, p. 219), sería admisible una corrección monetaria sobre los precios de la economía con cargo a cuya moneda se adquirieron los elementos determinantes de la plusvalía, atendiendo al principio inspirador de la norma.

Justamente este último inciso es el que creo que debe entenderse por aplicación de principios o normas; *aplicar una norma atendiendo al principio inspirador de la misma*. En este caso concreto, el principio en el que se inspira el artículo 15.9 del TRLIS es la minoración de la parte de una plusvalía inmobiliaria que se corresponda con el efecto producido por la inflación. La aplicación estricta de los coeficientes que prevé la normativa española podría carecer de sentido en un territorio en el que la evolución de los precios ha diferido de lo ocurrido en el marco de la economía española. Debería por tanto, adaptarse nuestra norma, inspirada en un principio, a la situación económica y por supuesto a la evolución de la unidad monetaria del país.

Así pues, a mi juicio, deben aplicarse las normas previstas en el IS en la medida que las mismas sigan un principio o criterio fiscal o contable previsto en nuestra regulación; inclusive si de esta aplicación se derivase una minoración de los requisitos legales previstos en nuestra normativa con la finalidad precisamente de adecuar una norma a un principio (caso de la corrección monetaria).

Es en este punto donde se reconduce el tema y se plantea la cuestión inicial, esto es, si en un escenario en el que la sociedad instrumental ha efectuado operaciones con otras sociedades vinculadas, residentes o no, es preceptiva la aplicación del artículo 16 del TRLIS. Es estos casos, la renta generada de estas operaciones podría o no caer en cualquiera de las categorías de rentas susceptibles de integración en la base imponible del socio. Se sabe que para afirmar si procede la aplicación del régimen de TFI deben realizarse varios cálculos sobre las rentas generadas por la sociedad instrumental, los cuales, a mi criterio, deberían efectuarse teniendo en cuenta el artículo 16 del TRLIS. Precisamente el artículo 16 del TRLIS es una norma fundada en un principio universalmente conocido; el principio del *arm's lenght*.

Por tanto, entiendo que el artículo 16 del TRLIS es una norma con todas las características que le son propias, pero a la vez está sustentada en un principio muy claro: las partes que estén vinculadas deben valorar las operaciones que realicen entre sí como si fuesen dos partes independientes. Se trata de un principio jurídico y económico mundialmente conocido, el cual se ha visto reflejado en distintas normas internas de cada uno de los múltiples regímenes jurídicos. De hecho, podría considerarse este artículo como el paradigma de la norma configuradora de un principio, siendo la transposición en las distintas normativas internas lo que ha hecho de este principio una realidad jurídica, sujeta incluso, en algunas soberanías fiscales, a un régimen sancionador.

En consecuencia, y aún teniendo en cuenta que de la literalidad del texto legal se desprende que para el cálculo del impuesto que correspondería satisfacer en territorio español se refiere a “normas”, mientras que para el cálculo de las rentas positivas y renta total se refiere a “principios y criterios”, se entiende que en ambos casos debería aplicarse el artículo 16 del TRLIS, por ser esta una norma fundamentada sobre un principio jurídico-económico.

Obsérvese que podría llegar a darse el caso que la integración de rentas dependiera de la correcta aplicación del artículo 16 del TRLIS. Podría suceder que el hecho de valorar la renta a imputar a valor de mercado conllevara una variación del importe a integrar en la base imponible, pudiendo ser esta variación la causante de sobrepasar o no el umbral cuantitativo de la aplicación

del régimen de TFI. Es más, la valoración de las rentas a valor de mercado podría conllevar una notable variación en el cálculo resultante del impuesto que la sociedad instrumental hubiese satisfecho según la normativa española. Ciertamente, esta variación podría ser la causante de que el importe satisfecho por la sociedad instrumental sea inferior o superior al 75% del que hubiera correspondido de acuerdo con la normativa del IS.

Fijese el lector cuán importante puede llegar a ser el artículo 16 del TRLIS en el régimen de TFI puesto que el mismo se aplicará tanto para calcular las rentas susceptibles de imputación, la renta total e incluso para el cálculo del impuesto que correspondería satisfacer si las rentas se hubiesen obtenido en territorio español. Cabe remarcar de nuevo que de estos tres cálculos puede depender la aplicación del régimen de TFI; unos cálculos en los que tiene perfecta cabida el artículo 16 del TRLIS.

En consecuencia, desde estas líneas se aboga no únicamente por la absoluta compatibilidad de ambos regímenes sino por la primacía del régimen de operaciones vinculadas sobre el régimen de TFI⁴³⁸, pudiendo ahora sí plantearse

⁴³⁸ Hasta la fecha de finalización del presente estudio únicamente ALMUDÍ CID, J. M., (*El régimen jurídico de transparencia fiscal internacional*, Instituto Internacional de Estudios fiscales. Madrid, 2005, pp. 119-122) ha dedicado unas breves líneas a la conjunción de ambos regímenes, aunque es importante mencionar que en 2005, año de publicación de la monografía del citado autor sobre el régimen de TFI, no había entrado todavía en vigor el nuevo régimen de operaciones vinculadas, que da entrada al ajuste secundario y que obliga al contribuyente a valorar sus operaciones efectuadas entre partes vinculadas a su valor de mercado, con independencia que de ello se derive una mayor o menor tributación o diferimiento.

El citado autor reconoce que en algunos supuestos, la norma de TFI y la de precios de transferencia pueden solaparse, por lo que según ALMUDÍ CID “al resultar ambas aplicables a una misma situación, resultará necesario determinar cuál de los dos preceptos resulta de aplicación preferente”. Precisamente por la limitación de la antigua redacción del artículo 16 del TRLIS, entiende dicho autor que “dado que la normativa de operaciones vinculadas resulta aplicable exclusivamente por la Administración, es claro que el contribuyente deberá limitarse a aplicar el régimen de TFI”. Se verá a lo largo de todo el estudio, como la nueva redacción permite la aplicación conjunta de ambos preceptos sin que pueda entenderse que existe “solapamiento”, sino una cierta complementariedad que no deja de implicar una “primacía” del régimen de precios de transferencia sobre el de TFI.

Sin embargo, y con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 16 del TRLIS, el citado autor recuerda el ahora ya antiguo artículo 45 de la LIRPF, el cual establecía que las personas físicas que realicen actividades económicas con personas vinculadas deberán valorar sus operaciones a valor de mercado cuando impliquen un aumento de sus ingresos. Respecto este caso en concreto y de manera muy breve, el citado autor defiende que el régimen de operaciones vinculadas “desplaza” el régimen de TFI, en el sentido de que prima uno sobre el otro, sin perjuicio, dice el autor, de imputar la renta una vez ésta haya sido ajustada.

Argumenta el profesor ALMUDÍ CID (*El régimen jurídico de transparencia fiscal internacional*, 2005, pp. 121-122), que “en este supuesto de concurrencia normativa, podría argumentarse a favor de la aplicación del régimen de TFI que constituye una *lex specialis* TRLIS, al contemplarse un

cómo interactúa en concreto el ajuste secundario y el régimen de TFI.

5.2.- Efectos del ajuste primario y bilateral en el régimen de TFI

En este apartado se analizarán los efectos que los ajustes primario y bilateral pueden tener en la tributación global sobre unas rentas a las que no sólo se les ha aplicado el régimen de operaciones vinculadas sino también el de TFI. Así pues, dicho análisis se basará partiendo de la existencia de operaciones vinculadas entre la sociedad instrumental y otra sociedad, que puede ser residente o no residente.

En primer lugar y a pesar de la disparidad de situaciones que se pueden dar, partiré de una premisa común para todas ellas: el diferencial entre el valor acordado y el valor de mercado siempre supondrá un mayor ingreso para la sociedad instrumental, de modo que, este ingreso disfrutará de una tributación privilegiada mientras que para la otra sociedad vinculada, residente o no, será gasto cuya pretensión es que sea fiscalmente deducible. La situación inversa, a mi juicio no tendría sentido alguno aunque de existir no desvirtuaría en absoluto las conclusiones que se alcanzarán en este epígrafe, ya que en estos casos también procedería la aplicación del ajuste primario, aunque en signo contrario, así como el secundario. Partiendo de la base que la sociedad instrumental registra un mayor ingreso y la sociedad vinculada un mayor gasto que el que debería registrarse si la operación se hubiese valorado a valor de mercado, los ajustes a realizar serán los que a continuación se detallan.

En el caso de tratarse de una sociedad vinculada residente, se efectuará un ajuste primario positivo, reduciendo el gasto, con el consecuente aumento de la base imponible.

supuesto en el que una entidad participada opera desde un territorio de baja tributación, por lo que resultaría aplicable con carácter preferente respecto a la normativa de operaciones vinculadas. Sin embargo, no debe pasarse por alto que, mientras que la normativa prevista en el artículo 45 del LIRPF no contiene ninguna previsión destinada a solucionar estos supuestos de concurrencia normativa, la norma de TFI resulta aplicable en tanto que las actividades crediticias, financieras, aseguradoras y de prestación de servicios, realizadas por la entidad extranjera vinculada, *“determinen gastos fiscalmente deducibles en dichas entidades residentes”*. De este modo, a nuestro juicio, la regulación de las operaciones vinculadas en el IRPF desplazará al régimen de TFI. Por supuesto, esto no impedirá que los rendimientos obtenidos por la entidad extranjera, una vez realizado el ajuste al que se refiere el artículo 45.2 del IRPF como consecuencia de la corrección de valor, puedan incluirse en la base imponible de los socios residentes como consecuencia de la aplicación del régimen de TFI.”

En cuanto a la sociedad instrumental no residente, es evidente que la Administración Tributaria española carece de soberanía legal para efectuar el ajuste bilateral en sede de la sociedad instrumental por ser ésta no residente⁴³⁹. Es a través de un procedimiento amistoso cuyo objetivo es la eliminación de la doble imposición en el que se enmarcan los ajustes bilaterales o correlativos en una operación vinculada internacional. No obstante, pudiera ser que la Administración Tributaria española no hubiese considerado de mercado el valor pactado y esta valoración afectase directamente la tributación del socio residente por serle de aplicación el régimen de la TFI. Así, en el supuesto planteado la renta a integrar en la base imponible del socio residente deberá ser reducida por haberse registrado la sociedad instrumental un mayor ingreso. Puesto que el mecanismo para la imputación de rentas propio del régimen de TFI es la realización de un ajuste extracontable, el ajuste bilateral derivado de la operación vinculada quedaría subsumido a mi juicio, vía imputación de rentas. En otras palabras, es mediante la imputación de rentas vía ajuste extracontable donde la Administración Tributaria puede encontrar el mecanismo para ajustar el precio, imputando al socio residente una renta menor.

Podría plantearse cuántos ajustes deberá realizar el socio residente en su base imponible, uno que incluya todos los cálculos efectuados en virtud de la normativa española o varios ajustes derivados de las diferencias existentes entre la normativa del país de residencia de la sociedad instrumental y la normativa española. A mi entender deberá efectuar sólo un ajuste extracontable que incluya el resultado final derivado de las rentas positivas a imputar calculadas según la normativa española. Además, así lo contempla el modelo 200 de la declaración del IS, que prevé una sola casilla para la integración de dichas rentas y un anexo para detallar las distintas fuentes de renta.

⁴³⁹ El hecho de no existir una normativa común que regule las operaciones vinculadas supone la aplicación unilateral por parte de cada soberanía fiscal de su propia normativa, sin perjuicio de la existencia de CDI. En este mismo sentido se ha pronunciado SENDÍN CIFUENTES, quien afirma que “debemos analizar la cuestión teniendo en cuenta que el Estado que regularice la operación sólo tendrá en cuenta la norma interna, dentro de los límites que permita el Convenio para evitar la doble imposición suscrito con el otro Estado. En nuestro caso, se aplicará el ajuste secundario, respetando en todo caso las previsiones del eventual Convenio, pero aplicando el conjunto de normas expuestas” (“Operaciones vinculadas: el ajuste secundario en operaciones internacionales. Procedimiento y sancionabilidad”, 2009, p. 134).

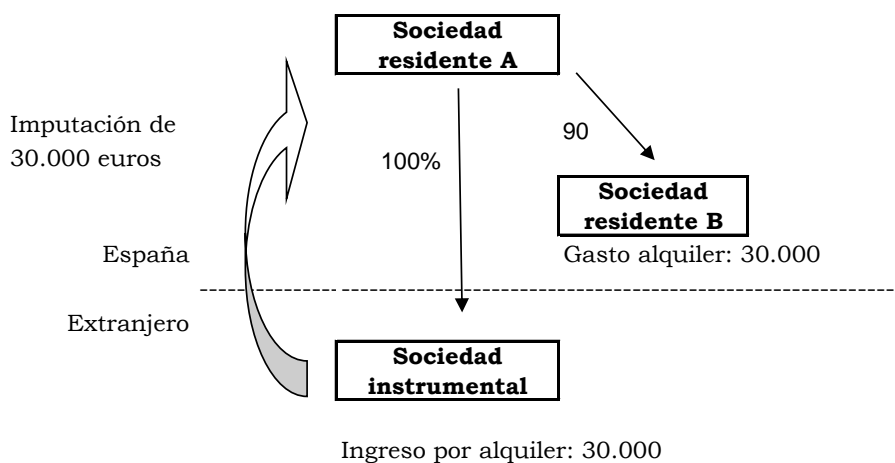
Como puede adivinarse, el impacto de aplicar los ajustes primario y bilateral en un escenario en el que la sociedad instrumental ha realizado una transacción con otra entidad vinculada residente, en la mayoría de ocasiones, será neutro. Es decir, la sociedad residente que ha llevado a cabo la operación y que ha registrado un gasto mayor del que correspondería, incrementaría su base imponible a través de un ajuste extracontable positivo (ajuste primario). Al mismo tiempo, la renta generada en la sociedad instrumental que debería imputarse al socio sufrirá una disminución en tanto su importe ha sido reducido por entender la Administración Tributaria española que la sociedad instrumental había registrado un mayor ingreso. De no haber aplicado los ajustes primario y bilateral, hubiese habido mayor renta a incluir en la base imponible del socio residente, pero a su vez, mayor gasto en la sociedad vinculada residente⁴⁴⁰. Sin embargo, en casos en los que el socio residente al

⁴⁴⁰ Ilústrese lo explicado con un ejemplo.

Imagínese una sociedad instrumental que presta un servicio de alquiler a una sociedad residente sin que el mismo esté afecto a una actividad empresarial. Supóngase también que no aplica ningún umbral cuantitativo y que cumple con todos los requisitos para ser de aplicación el régimen de TFI.

La sociedad instrumental, participada al 100% por la sociedad española A, arrienda un inmueble no afecto a ninguna actividad económica a la sociedad residente B por un importe de 30.000 euros anuales cuando su valor de mercado es de 10.000 euros. La sociedad instrumental registra un ingreso de 30.000 euros por el que apenas tributa mientras que la sociedad B reduce su base imponible con un gasto deducible de 30.000 euros. Se señala que la sociedad A participa al 90% en la sociedad B, con lo que en virtud del artículo 16.3.i) del TRLIS la sociedad instrumental y la sociedad B están vinculadas. A su vez, la renta derivada del arrendamiento de bienes inmuebles no afecto a ninguna actividad económica es renta susceptible de inclusión en la base imponible del socio residente.

a) Véase ahora la aplicación en exclusiva del régimen de TFI sin ajustar los precios acordados entre entidades vinculadas.

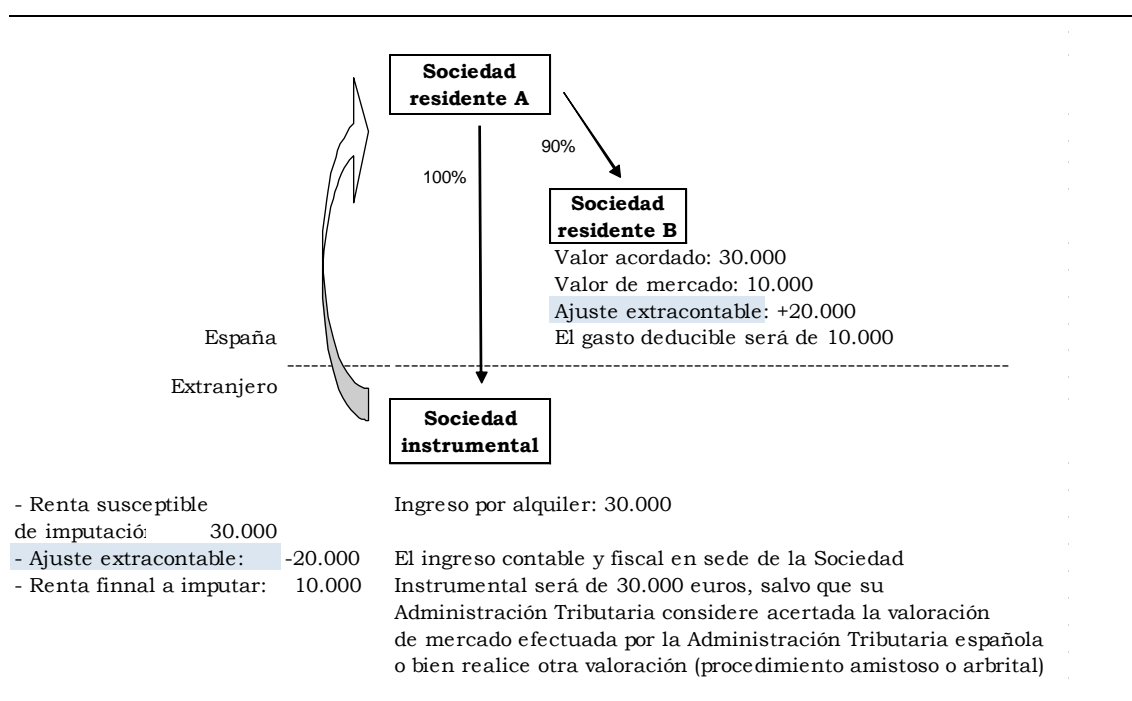


b) Analícese ahora cuál sería el impacto tributario si la renta del alquiler, afectada por el régimen de TFI, fuese a la vez, ajustada por diferir su valor acordado del valor de mercado.

que se le imputan las rentas de la sociedad instrumental es una persona física, el efecto dejaría de ser neutro por razón de diferencia de tipos de gravamen entre el IRPF y el IS.

Obsérvese como esta afirmación de “neutralidad” tampoco sería cierta en operaciones de transmisión de activos, pues el ajuste a practicar por una de las partes puede verse dilatado en el tiempo a medida que el bien se vaya amortizando o inclusive cuando cause baja, lo cual, no es financieramente neutro.

Aún así y como regla general, puede llegar a afirmarse que cuando la vinculación se manifiesta entre la sociedad instrumental y otra sociedad residente, ya sea la propia sociedad a la que se le imputan las rentas o bien otra



Calculados ambos supuestos, procedo a la comparativa de tributación, analizando el impacto recaudatorio.

- Aplicación en exclusiva del régimen de TFI:
 - Ingreso por la imputación de rentas en la sociedad A: + 30.000
 - Gasto por alquiler en la sociedad B: -30.000
 - Total recaudación por la Administración Tributaria: 0

- Aplicación del régimen de TFI y ajuste primario:
 - Ingreso por la imputación de rentas en la sociedad A: + 10.000
 - Gasto por alquiler en la sociedad B: -10.000
 - Total recaudación por la Administración Tributaria: 0

sociedad residente vinculada con la sociedad instrumental, la aplicación de los ajustes primario y bilateral debería producir un efecto neutro.

Es el turno ahora de estudiar si los efectos de la aplicación de los ajustes primario y bilateral siguen siendo neutros en los casos en los que la vinculación se dé entre dos sociedades no residentes. Parece evidente que la Administración Tributaria española carece de cualquier potestad respecto una operación vinculada acaecida entre dos sociedades no residentes. No obstante, si una de esas sociedades es una sociedad instrumental mediante la cual su socio español difiere sus rentas, y siempre que se cumplan los demás requisitos exigidos por la normativa de TFI, la Administración Tributaria española debe entrar a valorar esa operación a los solos efectos de calcular la renta que le será imputada al socio residente. En última instancia, es una persona física o jurídica española quien puede sufrir las consecuencias directas de la valoración de las rentas generadas por la sociedad instrumental, pudiendo ello suponer un aumento o disminución de las rentas a integrar en su base imponible.

En este punto me he planteado si el hecho de ajustar extracontablemente las rentas a imputar al socio español podría provocar alguna consecuencia directa en los Estados de residencia de las sociedades intervinientes en la operación vinculada. La respuesta a esta cuestión es clara; la actuación de la Administración Tributaria española no afectaría en modo alguno a las sociedades no residentes. Cabe insistir en que la única base imponible que se verá afectada por la integración de rentas será la del socio español. La base imponible de la sociedad instrumental, así como la de las sociedades no residentes con quien haya efectuado operaciones vinculadas no se verán afectadas. Es más, cualquiera de estos dos Estados puede proceder a efectuar un ajuste primario e instar al otro Estado, a través de un procedimiento amistoso o arbitral a realizar el ajuste bilateral o correlativo.

A mayor abundamiento, cabe indicar que puede darse el caso que ninguno de los dos Estados de residencia de las sociedades intervinientes en la operación vinculada haya efectuado ningún ajuste, ya sea porque no se ha entrado a valorar esta operación o porque ya la consideren ajustada a mercado. A mi juicio, ello no puede impedir a la Administración Tributaria española la valoración a mercado de aquellas rentas que el socio español debe integrar en

su base imponible. De hecho incluso podría darse el caso que las dos entidades no residentes, vía procedimiento amistoso o arbitral, llegasen a efectuar un ajuste primario y correlativo basándose en un valor de mercado distinto del valor de mercado considerado por la Administración Tributaria española y que ha tenido en cuenta para ajustar las rentas a integrar en la base imponible del socio residente. Ello no debería suponer ningún inconveniente, puesto que, tal y como se ha señalado en el párrafo anterior, el ajuste extracontable de las rentas a imputar no afecta la tributación de las sociedades no residentes responsables de la operación vinculada. Sin embargo, sería deseable, en aras a buscar una coherencia de criterio, que las Administraciones tendiesen a no discrepar respecto la valoración de una operación efectuada entre dos partes vinculadas.

Por tanto, dado que la operación vinculada se da entre dos entidades no residentes y que se ha partido de la base que el mayor ingreso siempre residirá en la sociedad instrumental, cuyas rentas se incluirán en la base imponible del socio español, el ajuste primario extracontable que se efectuará vía imputación de rentas tendrá carácter negativo. Así, el efecto para la Administración Tributaria como consecuencia del ajuste negativo, derivado de la valoración a mercado de la operación efectuada entre la sociedad instrumental y otra sociedad no residente, representará una menor recaudación⁴⁴¹.

Siendo esta la situación, podría pensarse que cuando el escenario sea el descrito no tiene sentido la aplicación del régimen de operaciones vinculadas, puesto que produce una menor tributación en territorio español. No obstante, mi opinión es rotundamente contraria a esta afirmación por las razones que a continuación se exponen. En primer lugar porque la obligación de valorar las operaciones a mercado es una norma preceptiva aplicable no sólo cuando exista diferimiento o menor tributación sino en cualquier caso. Precisamente éste fue uno de los cambios más notables que recogió la nueva regulación del artículo 16 del TRLIS dada por la Ley 36/2006. En segundo lugar, porque en un escenario de TFI siempre intervendrá una persona física o jurídica residente en la fase de imputación de las rentas generadas por la sociedad instrumental. Precisamente este hecho valida la aplicación preceptiva del artículo 16 del

⁴⁴¹ Dicha consecuencia no cambiaría si se tratase de una operación de venta de activo puesto que los ajustes por diferencia de amortización los debería realizar la sociedad compradora no residente, quedando por tanto fuera de mi ámbito de análisis y no afectando a la Administración Tributaria española.

TRLIS aunque la operación vinculada objeto de análisis pueda haber ocurrido entre dos entidades no residentes. Lo entiendo así dado que precisamente el sentido del régimen de TFI es hacer la ficción que la renta se ha generado en sede del socio español (y no por la sociedad instrumental)⁴⁴², y para que esta ficción sea completa deberán aplicarse los principios y criterios propios de nuestra normativa. En consecuencia, poco importa si la operación vinculada se realiza entre dos entidades no residentes mientras sea una persona física o jurídica residente quien puede ver condicionada su tributación derivada de la valoración otorgada a esta operación.

Este razonamiento me lleva a concluir por tanto que, a pesar que la aplicación de los ajustes primario y bilateral pueda producir una menor recaudación por parte de la Administración Tributaria cuando se trate de operaciones vinculadas efectuadas entre dos partes no residentes, su aplicación debería ser preceptiva. Es más, pudiera darse el caso que la valoración a mercado de una operación entre sociedades no residentes conllevara la no aplicación del régimen de TFI por no sobrepasar los umbrales cuantitativos que operan como límite a la aplicación del régimen. Recuérdese que a las rentas de naturaleza empresarial previstas en la letra c) del artículo 107.2 del TRLIS no les afecta dicho límite.

A mayor abundamiento, si bien es cierto que se ha partido de la lógica de un mayor ingreso en la sociedad instrumental, no es menos cierto que pudiera darse el caso contrario. Así, el ajuste a practicar en la imputación de rentas sería positivo, lo que tendría un efecto impositivo beneficioso para la Administración Tributaria. La lógica de muchas operaciones de planificación fiscal me ha hecho considerar un mayor ingreso en la sociedad instrumental para poder disfrutar así de un régimen fiscal privilegiado, aunque bien es cierto que podría darse el caso contrario por cualquier otro motivo de estrategia de negocio.

⁴⁴² En este sentido, merece la pena traer a colación la palabras de SANZ GADEA, (*Transparencia fiscal internacional*, 1996, p. 18), quien afirma que las normas de TFI responden a la teoría o doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica, “puesto que el legislador, bajo el cumplimiento de determinadas circunstancias, entiende que son los socios quienes obtienen la renta positiva formalmente enclaustrada en el seno de una persona jurídica no residente en territorio español”. En este mismo sentido se pronuncian CARPIO GARCÍA, M. y DERQUI POOLE, L. (“La Transparencia Fiscal Internacional: situación actual y perspectivas”. *Información Comercial Española, Revista de Economía, Ministerio de Economía y Hacienda* núm. 777, marzo-abril 1999, p. 70).

5.3.- Operación vinculada entre la sociedad instrumental y su socio. Aportación encubierta de fondos

Siguiendo el esquema que he venido utilizando, y por las razones de lógica fiscal que ya han sido explicadas, se entiende que la diferencia de valor entre el precio convenido y el valor de mercado en la operación vinculada siempre será a favor de la sociedad instrumental. Así, el estudio de la calificación jurídica del artículo 16.8 del TRLIS será siempre teniendo en cuenta que el desplazamiento patrimonial ha sido a favor de la sociedad instrumental.

En concreto, en este apartado se analizará cuáles son las implicaciones fiscales de una operación vinculada efectuada entre la sociedad instrumental y su socio. En este escenario pueden existir múltiples variantes pero existe un elemento en común a todas ellas; debe tratarse de una operación entre la sociedad instrumental y otra sociedad que la participe directamente, que bien puede ser el socio al que se le aplica el régimen de TFI o bien otro socio, ya sea residente o no residente. De haberse producido la operación vinculada entre la sociedad instrumental y la sociedad a la que se le aplica el régimen de TFI, los efectos para esta última sociedad serían los propios del socio que se integra las rentas generadas por la sociedad instrumental, más los efectos propios de cualquier sociedad que realiza una operación vinculada.

En este sentido, quien escribe estas líneas insiste en defender que los efectos de la operación tributaria sólo deberían desplegarse sobre los sujetos pasivos que han intervenido directamente en la operación. No obstante, tal y como ya se ha señalado anteriormente, en el caso de un escenario de TFI, obviamente el socio de la sociedad instrumental que debe integrarse las rentas generadas por ésta, puede verse afectado por esta operación dado que la renta derivada de la misma forma parte de su base imponible. Es más, como se sabe, el cálculo de la base imponible de la sociedad instrumental deberá efectuarse conforme leyes tributarias españolas.

En consecuencia, no será la sociedad instrumental la entidad que deberá practicarse los ajustes primarios y secundarios calculados en todo caso según

la normativa española, sino que será el socio residente (persona física o jurídica) quien deberá asumir el papel de “actor suplente” en la operación vinculada. Es decir, será el socio residente a quien le es de aplicación el régimen de TFI quien deberá calcular la base imponible de la sociedad instrumental aplicando el régimen de operaciones vinculadas señalado en la normativa española, y analizar en qué modo el resultado obtenido por la aplicación de este régimen supone un aumento o disminución en las rentas a integrarse. Sin embargo, recuérdese una vez más que el hecho que la imputación de rentas sitúe al socio residente en una posición de “actor suplente”, ello sólo es a los efectos de incluir en su base imponible las rentas generadas por la sociedad instrumental, pero en modo alguno esta posición de “suplente” implica que deban asumirse los efectos colaterales del ajuste secundario, tales como la alteración del valor fiscal de la participación, salvo que efectivamente el socio residente haya participado directamente en la transacción.

Las consecuencias que la aplicación del ajuste secundario produce en las partes intervinientes han sido detenidamente analizado en el capítulo anterior. Así pues, el porcentaje sobre el diferencial entre el valor acordado y el de mercado se considerará aportación a los fondos propios de la entidad participada, aumentando el valor de adquisición de la participación, mientras que el resto tendrá la consideración de liberalidad para el socio y renta para la entidad, salvo que intervengan contribuyentes del IRNR, en cuyo caso se consideraría una ganancia patrimonial de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.1.i.4 del TRIRNR. A estos efectos, puesto que en un escenario de TFI la sociedad instrumental será siempre no residente, el diferencial entre el precio acordado y el valor de mercado que no se corresponda con la participación será siempre una ganancia patrimonial para la sociedad instrumental, siendo una liberalidad para el socio.

Respecto el aumento de valor fiscal de la participación sobre la sociedad instrumental que experimenta la otra parte vinculada en la operación (ya sea el propio socio residente al que le aplica el régimen de TFI u otro socio) no supone ningún impacto directo ni en su base imponible ni en su cuenta de resultados; luego, el socio residente al que se le aplica el régimen de TFI no vería alterado el importe de la renta a integrar.

Deberá analizarse si esta afirmación sigue siendo igualmente válida respecto la parte del diferencial que no se corresponde con el porcentaje de participación, esto es, la renta calificada como una ganancia patrimonial obtenida por un no residente (artículo 13.1.i.4 del TRIRNR), cuya aplicación supone un aumento de la base imponible de la sociedad instrumental. La cuestión a plantearse es si esta renta debe integrarse en la base imponible del socio como consecuencia del régimen de TFI.

Partiendo de la calificación de la renta como liberalidad efectuada por el socio, cabe señalar que la normativa sobre el régimen de TFI no contempla las rentas derivadas de liberalidades como rentas susceptibles de integrarse en la base imponible del socio residente de una sociedad instrumental. El artículo 107 del TRLIS en su apartado dos relaciona una serie de rentas distribuidas en las letras a), b), c) y d) del citado artículo siendo éste un listado *numerus clausus*, en el cual no se incluyen rentas generadas por la recepción de liberalidades. En consecuencia, la parte del diferencial del precio de transferencia pactado que no se corresponda con el porcentaje de participación no afectará en modo alguno al socio, puesto que “esa mayor renta derivada de la aplicación del ajuste secundario según la normativa española” no es susceptible de imputación en la base imponible del socio residente.

Podría plantearse si el hecho de calificar la renta en la filial no residente no como “renta” sino como ganancia patrimonial de acuerdo con el 13.1.i.4 del TRIRNR, altera la conclusión alcanzada. El sentido común indica que no debería ser así, pues en cualquier caso se trata de una liberalidad efectuada por el socio, ya sea *renta* en sede de la participada residente o bien *ganancia patrimonial* según el artículo 13.1.i.4 del TRIRNR. Pero no sólo es una cuestión de sentido común, sino también de interpretación literal de la normativa, dada la imposibilidad de incluir las ganancias reguladas en el artículo 13.1.i.4 del TRLIRNR dentro de las letras a) y b) del artículo 107.2 del TRLIS, pues únicamente las ganancias derivadas de la *transmisión* de activos son susceptibles de ser imputadas al socio.

En definitiva, y con independencia del tacto jurídico del legislador en matizar que en caso de intervención de un contribuyente del IRNR la renta calificada es

considerada ganancia patrimonial, existe un hecho cierto: se trata de un aumento de la base imponible y, aunque no se impute dicha renta, deberá tenerse en cuenta para la aplicación de los umbrales cuantitativos que sirven del límite a la aplicación del régimen de TFI.

En este caso, y teniendo en cuenta que se trata de un aumento de la base imponible, esta mayor renta podría suponer para el socio un mayor denominador en el cálculo del umbral, luego un menor ratio entre la renta a integrar y la base imponible. Ello podría llegar a suponer la no aplicación del régimen de TFI por no alcanzar el porcentaje mínimo señalado. Por tanto, y a pesar de que la parte del ajuste secundario que no se corresponda con el porcentaje de participación sea una renta ocasionada por un acto de liberalidad que no se integra en la base imponible del socio, su efecto no debe menospreciarse puesto que el aumento que produce en la base imponible de la sociedad instrumental puede llegar a bloquear la aplicación del régimen de TFI. No puede decirse lo mismo respecto la parte del ajuste secundario que se corresponde con el porcentaje de participación dado que el aumento de fondos propios en ningún caso supone un aumento de la base imponible ni tampoco un aumento del resultado contable de la sociedad instrumental.

En conclusión, y a pesar que la parte del diferencial que no se corresponda con el porcentaje de participación deba tenerse en cuenta a efectos de cálculo de la base imponible y de los ingresos totales, cálculos imprescindibles para saber si es de aplicación alguno de los umbrales cuantitativos así como útiles también para determinar si el porcentaje de tributación sería inferior al 75%, es importante insistir en que, el hecho que esta renta no se impute al socio residente, determina que el régimen de operaciones vinculadas para el socio en este tipo de operaciones supone en definitiva una menor renta a integrar en su base imponible. Recuérdese que en los cálculos de la base imponible de la sociedad instrumental debería tenerse en cuenta, a los simples efectos de imputación de rentas, el ajuste bilateral a integrar en la base tributable de la sociedad instrumental al reducir su exceso de ingreso o defecto de gasto.

5.4.- Operación vinculada entre la sociedad instrumental y su participada. Distribución encubierta de beneficios

5.4.1.- Efectos en el socio residente al que se le aplica el régimen de TFI

En este apartado se estudiará cómo afecta el régimen de operaciones vinculadas en un escenario en el que también es de aplicación el régimen de TFI cuando la sociedad instrumental ha efectuado una operación vinculada con su participada, recayendo el mayor ingreso sobre la sociedad instrumental, precisamente por gozar de una tributación privilegiada⁴⁴³.

Aún asumiendo el riesgo de reiterarme, conviene insistir en que los efectos que una operación vinculada puede suponer para la sociedad instrumental sólo serán objeto de estudio en la medida en que ello afecte a la renta susceptible de imputación al socio residente. Dado el carácter de no residente de la sociedad instrumental no podemos ser conocedores de la fiscalidad de precios de transferencia que aplicará la Administración Tributaria del país de residencia de la sociedad instrumental. Sin embargo, sí podemos calcular la base imponible de la sociedad instrumental teniendo en cuenta la aplicación de la normativa española sobre operaciones vinculadas. De este modo los posibles ajustes primarios y secundarios que puedan alterar la base imponible de la sociedad instrumental serán calculados sólo a los efectos de imputación de rentas en virtud del régimen de TFI.

Siguiendo con lo expuesto y en aras a facilitar la comprensión y el razonamiento jurídico, basémonos en una variante del ejemplo utilizado en el anterior apartado.

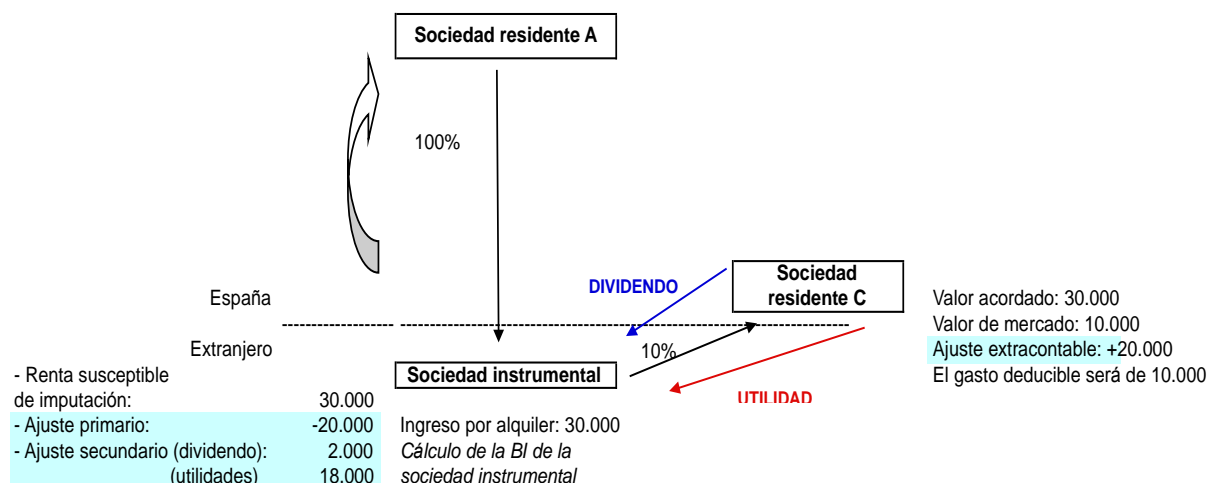
⁴⁴³ Tal y como ya se ha señalado cuando se estudiaba el impacto del ajuste primario sobre el régimen de TFI, soy consciente que la pretensión previsible de cualquier Administración Tributaria es aumentar la base imponible de sus residentes, lo cual conlleva la realización de ajustes primarios (positivos), y en todo caso, un ajuste bilateral (negativo) en sede de la otra sociedad, que en caso de ser no residente supone el inicio de un procedimiento amistoso que analice la operación en cuestión.

No obstante, no hay impedimento legal alguno que no permita invertir la tendencia mayoritaria. Todo ello con el objetivo principal de aplicar verdaderamente el régimen de operaciones vinculadas y no sólo cuando es beneficioso para una soberanía fiscal. En consecuencia, en escenarios de TFI, en los cuales el mayor ingreso descansará en la sociedad instrumental por gozar de una tributación privilegiada, debería procederse a efectuar un ajuste primario negativo con el objetivo de integrar a la base imponible del socio residente la verdadera renta generada por la sociedad instrumental. Cuestión distinta es si a la Administración Tributaria le interesará aplicar escrupulosamente el artículo 16 del TRLIS si puede que de la aplicación conjunta del ajuste primario y secundario se derive un efecto neutro o inclusive una menor tributación.

La sociedad instrumental, participada al 100% por la sociedad española A, arrienda un inmueble a su filial (sociedad C), a la que participa en un 10%, por un importe de 30.000 euros anuales siendo su valor de mercado de 10.000 euros. La sociedad instrumental registra un ingreso de 30.000 euros por el que apenas tributa mientras que la sociedad C reduce su base imponible con un gasto deducible de 30.000 euros.

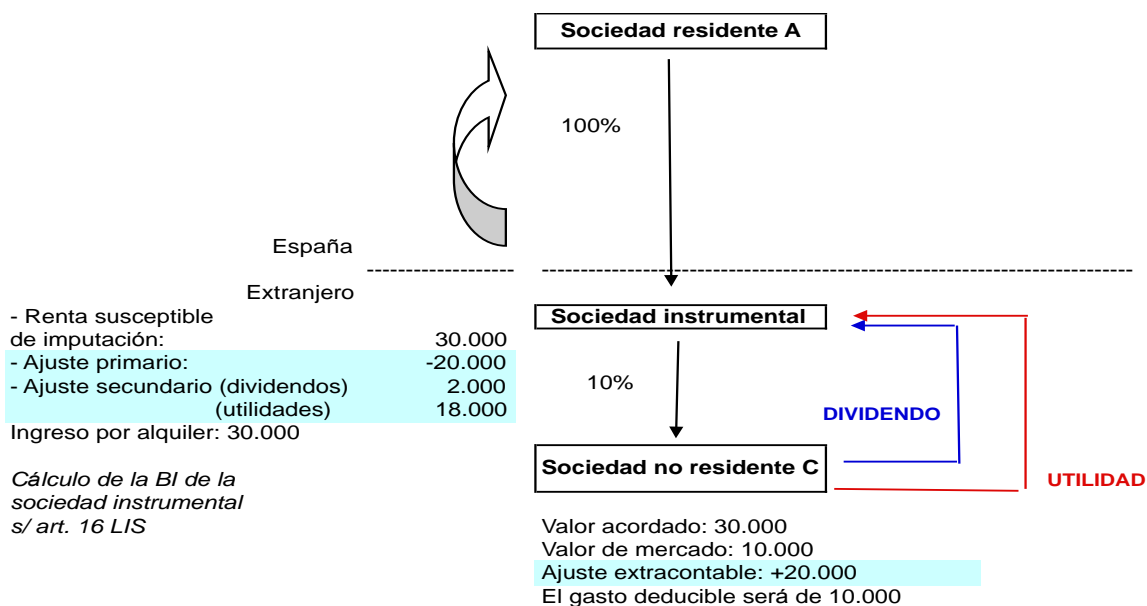
Se prevén dos escenarios posibles en los que se puede desarrollar la operación vinculada. En el primero de ellos la filial de la sociedad instrumental es residente mientras que en el segundo es no residente^{444/445}.

⁴⁴⁴ Escenario 1: Sociedad filial residente.



En primer lugar indicar que, el alquiler de bienes inmuebles no afectos a ninguna actividad económica es una renta susceptible de imputación en virtud del apartado 2 del artículo 107 del TRLIS. A su vez, se matiza que aún en el caso de que la arrendataria sea una sociedad no residente sigue siendo una renta “pasiva” que deberá integrarse en la base imponible del socio residente, pues la letra a) del mencionado artículo excluye la imputación de rentas derivadas de la cesión de uso a entidades no residentes pertenecientes al mismo grupo que la sociedad arrendadora en el sentido del artículo 42 del CCO. En este caso, la sociedad arrendadora (sociedad instrumental) y su filial, con un porcentaje que no le concede la mayoría de los derechos de voto (ni tan siquiera serían sociedades asociadas), no forman parte del mismo grupo de acuerdo con el artículo 42 del CCO. A estos efectos es menester precisar que no siempre

Escenario 2: Sociedad filial no residente.



⁴⁴⁵ Cabe señalar que tanto en el esquema representado en el escenario 1 como en el escenario 2 el porcentaje de participación sobre la entidad filial, ya sea residente o no residente, supera el 5%. En este sentido, se adelanta en esta nota el contenido del artículo 107.2 del TRLIS, el cual en su último párrafo menciona que “no se incluirán las rentas previstas en los párrafos a, b y d anteriores, obtenidas por la entidad no residente, en cuanto procedan o se deriven de entidades en las que participe, directa o indirectamente, en más de un 5%, cuando se cumplan los dos requisitos siguientes: 1) Que la entidad no residente dirija y gestione las participaciones, mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales. 2) Que los ingresos de las entidades de las que se obtengan las rentas procedan, al menos en el 85%, del ejercicio de actividades empresariales”. En consecuencia, en los ejemplos que siguen debe presuponerse que la entidad C no obtiene el 85% de sus ingresos de actividades empresariales. De esta forma, y aún poseyendo una participación superior al 5%, las rentas obtenidas por la sociedad instrumental y derivadas de la sociedad filial serán imputables al socio residente.

habrá equivalencia de soluciones jurídicas con independencia de la residencia de la filial, lo cual implicará analizar con detenimiento el caso concreto para determinar la inclusión de una renta en concreto en sede del socio residente.

Respecto el ajuste secundario, como se sabe, a diferencia de lo que ocurre respecto la sociedad participada, en la que dicho diferencial siempre se considerará retribución de fondos propios, el socio debe diferenciar la parte que corresponde al porcentaje de participación, cuya calificación será la de participación en los beneficios (dividendos), y la parte que no corresponde con dicho porcentaje (es decir, el exceso sobre este porcentaje), que se considerará para el socio como utilidad percibida de una entidad por su condición de socio, accionista, asociado o partícipe de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.1.d) de la LIRPF. Así, con independencia de la residencia de la filial de la sociedad instrumental, puesto que es la normativa española la que cabe aplicar en escenarios de TFI, la entidad instrumental en casos como el expuesto recibirá siempre una participación en beneficios (dividendo encubierto) y en su caso, utilidad por su condición de accionista. Lo que se planteará en el apartado posterior es si esta “participación en los beneficios” es imputable al socio residente.

A simple vista podría parecer que la compensación de signos entre el ajuste primario y secundario produciría en sede del socio un efecto neutro y que por tanto podría no merecer la pena la aplicación del artículo 16 del TRLIS en escenarios de TFI. Nada más lejos de la realidad. Estudiar si procede o no la imputación de estas rentas, si las rentas derivadas del ajuste secundario merecen un tratamiento especial por lo que a la imputación se refiere, la deducibilidad de los impuestos soportados por el socio residente, etc. hará de la realización del ajuste primario y secundario la consecución de efectos tributarios cuya característica no será precisamente la neutralidad.

5.4.2.- ¿Cuándo procede la imputación al socio residente del dividendo o utilidad percibida por la sociedad instrumental?

Empezaré este apartado trayendo a colación las acertadas palabras de SANZ

GADEA⁴⁴⁶ que comenta lo siguiente: “puesto que los dividendos distribuidos por la entidad no residente proceden de los resultados contables de los que, a su vez, procede la renta positiva que ha sido previamente incluida en la base imponible de los sujetos obligados a dicha inclusión, es obvio que existiría una doble imposición palmaria si tales dividendos se integrasen plenamente en la base imponible⁴⁴⁷”.

Con el objetivo de evitar situaciones como la descrita, la normativa reguladora del régimen sobre TFI prevé en su artículo 107.8 del TRLIS lo siguiente:

“No se integrarán en la base imponible los dividendos o participaciones en beneficios en la parte que corresponda a la renta positiva que haya sido incluida en la base imponible. El mismo tratamiento se aplicará a los dividendos a cuenta.”

De la lectura de este artículo no queda duda alguna que la voluntad del legislador es la de eliminar la doble imposición que deriva de cualquier reparto de beneficios, pues no debe integrarse en la base imponible dividendos que

⁴⁴⁶ SANZ GADEA, *Transparencia fiscal internacional*, 1996, p. 262.

⁴⁴⁷ No es objeto de este apartado estudiar cómo debe procederse a la correspondencia entre el importe de la renta positiva susceptible de inclusión y el importe del dividendo. No obstante, me parece interesante hacer alusión a la solución que propone SANZ GADEA para evitar complicaciones innecesarias y hacer efectiva esta correspondencia. Concretamente el citado autor aboga por la existencia de una norma que “presumiera la existencia de una relación preferente entre la renta positiva y el dividendo de modo que éste quedara excluido de la base imponible hasta el importe de la renta positiva incluida”. Se transcribe a continuación su razonamiento, el cual, debido al elevado grado de complejidad que supone establecer dicha correspondencia, me parece más que recomendable.

Dice el autor respecto el mandato de no integrar en la base imponible los dividendos o participaciones en beneficios en la parte que corresponda a la renta positiva que haya sido incluida en la base imponible, lo siguiente: “Para dar cumplimiento a este mandato el sujeto pasivo debe establecer una correspondencia entre el importe de la renta positiva susceptible de inclusión y el importe del dividendo. Puede observarse que la correspondencia tiene dos dimensiones: cualitativa y temporal. La correspondencia cualitativa puede alcanzar diferentes grados de complejidad, según que la entidad no residente obtenga solamente rentas positivas susceptibles de inclusión o rentas mixtas, esto es, susceptibles y no susceptibles de inclusión.

En el primer caso el proceso lógico es establecer, primero, una correspondencia entre la renta positiva incluida y el resultado, y después una correspondencia entre el dividendo y el resultado, de manera que a través de ambas correspondencias se determinará el importe del dividendo asociado a la renta positiva incluida. En el segundo caso, la primera correspondencia relacionará a la renta positiva incluida con una parte del resultado, y la segunda al dividendo con dicha parte del resultado. Las innegables dificultades que existen para establecer dichas correspondencias podrían haber sido superadas mediante una norma que presumiera la existencia de una relación preferente entre la renta positiva y el dividendo de modo que éste quedara excluido de la base imponible hasta el importe de la renta positiva. Esta relación preferente envuelve, tal vez, una simplificación excesiva, pero considerando la complejidad del entramado normativo de la TFI no es, probablemente, una opción desdeñable.” 1996, pp. 262-264.

correspondan a rentas que hayan sido previamente incluidas. Sin embargo, en el caso de una recalificación de renta como dividendo encubierto o utilidad percibida por la condición de socio derivada de una operación vinculada en la que el precio acordado difiere del valor de mercado, ¿puede decirse que ha existido tributación previa? ¿Tiene sentido no incluir este dividendo a la base imponible del socio residente?

La respuesta a mi entender es clara: el ajuste secundario que califica el citado diferencial como dividendo o utilidad percibida de la entidad por la condición de socio no se corresponden a ninguna renta que haya sido previamente imputada. Precisamente, el ajuste secundario nace como consecuencia de la realización de una operación vinculada, la cual tiene lugar en el mismo ejercicio en que el exceso de renta debe ser calificado.

A mayor abundamiento, y por si quedara algún atisbo de duda, el último párrafo del artículo 107.8 del TRLIS establece que “*una misma renta positiva solamente podrá ser objeto de inclusión una sola vez, cualquiera que sea la forma y la entidad en que se manifieste*”. En consecuencia, y puesto que dichas rentas no se corresponden con rentas positivas que hayan sido incluidas previamente a la base imponible del socio, las mismas deberían ser objeto de imputación.

Debe matizarse esta afirmación respecto las rentas calificadas como “utilidad percibida de una entidad por la condición de socio, accionista, asociado o partícipe de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.1.d) de la LIRPF”, las cuales, son sin lugar a dudas, rentas del capital mobiliario susceptibles de inclusión en virtud del artículo 107.2.b) del TRLIS por considerarse “rentas procedentes de la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad” de acuerdo con el artículo 25.1 de la LIRPF. Precisamente por no ser calificadas como dividendos, estas rentas deben integrarse siempre en la base imponible del socio, con independencia de si las mismas derivan o no de rentas positivas que hayan sido previamente incluidas en la base imponible del socio, pues el artículo 107.8 del TRLIS sólo predica dicha excepción respecto los dividendos.

Así pues, y teniendo en cuenta que el apartado 8 del artículo 107 del TRLIS sólo prevé la existencia de doble imposición respecto los *dividendos y participaciones en beneficios*, no cabría ni tan siquiera analizar si es o no de aplicación dicho

artículo respecto la parte del diferencial que no se corresponde con el porcentaje de participación por no referirse el mismo a las “utilidades percibidas”. En consecuencia, las rentas calificadas como “utilidades percibidas por la condición de socio” sí deberían ser integradas en la base imponible del socio residente.

No obstante todo el razonamiento que acaba de exponerse, se formula la siguiente cuestión: ¿El hecho que la filial de la sociedad instrumental fuese residente en el territorio español podría incidir en la integración al socio de las rentas derivadas del ajuste secundario? Sorprendentemente la respuesta a esta cuestión depara la no inclusión de dichas rentas.

Prevé el artículo 107.4 del TRLIS que “*no se incluirán las rentas a que hace referencia el apartado 2 de este artículo, cuando se correspondan con gastos fiscalmente no deducibles de entidades residentes en España*”. Téngase en cuenta que el artículo 21 bis del RIS califica el diferencial entre el precio acordado y el valor de mercado para la sociedad participada como una retribución a los fondos propios, y como es bien sabido, el artículo 14.1.a) del TRLIS considera como gasto no deducible la retribución de los fondos propios⁴⁴⁸.

En consecuencia, la renta derivada del ajuste secundario en caso que la filial de la sociedad instrumental sea residente en territorio español no deberá imputarse al socio residente. Obsérvese como en este supuesto el efecto derivado de la aplicación del artículo 16 del TRLIS en un escenario de TFI no es en absoluto neutro. Por un lado, se reduce la renta a integrar vía ajuste extracontable negativo (valoración a mercado por aplicación del ajuste primario negativo o bilateral) pero por otro lado no se compensa con un ajuste extracontable positivo por no ser imputables las rentas calificadas como dividendos o utilidades (ajuste secundario).

En estos casos, me pregunto, qué sentido tendría aplicar el artículo 16.8 del

⁴⁴⁸ NIETO MONTERO y VILLAVARDE GÓMEZ, *La imputación de rentas en la transparencia fiscal internacional*, 2007, p. 207, señalan acertadamente que “el artículo 14 del TRLIS, en sus distintos apartados, enumera una serie de gastos que tiene la consideración de fiscalmente no deducible. Ello supone que algunas de las rentas descritas con carácter general en el artículo 121.2 del TRLIS (actual artículo 107.2 del TRLIS) resultan exentas de inclusión al atribuirle este artículo 14 el carácter de gasto fiscalmente no deducible.”

TRLIS cuando se sabe de antemano que la renta derivada de la calificación como “dividendo” y “utilidad” no serán imputables al socio residente. La respuesta se encuentra de nuevo en el apartado 3 del mismo artículo 107 del TRLIS, regulador de los umbrales cuantitativos que actúan como límites a la aplicación del régimen de TFI. Recuérdese que no se incluirán las rentas previstas en los apartados a, b, d (esto es, rentas procedentes del capital inmobiliario, mobiliario y rentas derivadas de la transmisión de activos que han generado rentas que han sido imputadas) cuando la suma de sus importes sea inferior al 15% de la renta total o al 4% de los ingresos totales de la entidad no residente. Así pues, la aplicación del artículo 16.8 del TRLIS debería tenerse en cuenta para al cálculo de estos límites. El ajuste secundario aumentaría la base imponible de la sociedad instrumental aunque la renta derivada del propio ajuste secundario no sea objeto de imputación.

En este sentido, cabe mencionar que tener en cuenta el ajuste secundario, esto es, un ajuste extracontable positivo, a los solos efectos de calcular la base imponible total de la sociedad instrumental y aplicar así los umbrales previstos por el artículo 107.3 del TRLIS, así como el requisito de aplicación del régimen de TFI referido a baja tributación, se vería compensado con el ajuste primario negativo. No obstante, considero que si se calculase la base imponible de la sociedad instrumental teniendo sólo en cuenta el ajuste primario (que en la mayoría de los casos será negativo), se estaría efectuado un cálculo erróneo, puesto que la calificación de la renta como dividendos o utilidades existe y es real (según la desafortunada redacción del artículo 16.8 del TRLIS), y aunque la misma no sea objeto de imputación, debe tenerse en cuenta.

Habiendo alcanzado la conclusión que la renta derivada de un ajuste secundario y calificada, ya sea como “dividendo encubierto” o como “utilidad percibida” deberá imputarse al socio residente sólo en el caso que la filial de la sociedad instrumental sea no residente, cabe señalar que dicha imputación sólo tendrá lugar si concurren unos requisitos relativos a la participación y al tipo de actividad que lleva a cabo la sociedad filial. Me refiero a lo establecido *in fine* en el apartado 2 del artículo 107 del TRLIS, según el cual “*no se incluirán las rentas previstas en los párrafos a, b y d anteriores obtenidas por la entidad no residente, en cuanto procedan o se deriven de entidades en las que participe, directa o indirectamente, en más del 5%, cuando se cumplan los dos requisitos*

siguientes:

- 1. Que la entidad no residente dirija y gestione las participaciones, mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales.*
- 2. Que los ingresos de las entidades de las que se obtengan las rentas procedan, al menos en el 85%, del ejercicio de actividades empresariales.”*

Por tanto, puede suceder que a pesar de existir una operación vinculada entre la sociedad instrumental y su filial no residente y de haber calificado el exceso de tesorería como dividendo y “utilidad”, las mismas pueden no ser integradas en la base imponible del socio residente por ostentar la sociedad instrumental un porcentaje sobre la filial superior al 5% y a su vez por obtener la filial al menos el 85% de sus ingresos de actividades empresariales.

Así pues, es sumamente importante antes de proceder al análisis de las rentas que pueden ser imputables al socio residente, fijarnos en el porcentaje que la sociedad instrumental ostenta sobre su filial así como en la naturaleza de las actividades que lleva a cabo esta última.

Podría pensarse que, en aquellos casos en los que se cumplan los requisitos del último párrafo del artículo 107.2 del TRLIS arriba transcrito, y estemos ante una operación vinculada socio-sociedad a favor de la sociedad instrumental, no merece la pena la aplicación del artículo 16 del TRLIS, pues es evidente que aquellas rentas obtenidas por la entidad instrumental en cuanto proceden de su sociedad filial (y se cumplan los requisitos mencionados) no serán objeto de inclusión en la base imponible del socio español. ¿Qué sentido tendría aplicar el artículo 16 del TRLIS en estos casos cuando sabemos de antemano que las rentas derivadas de una operación vinculada entre la sociedad instrumental y su filial no serán imputables al socio residente? La respuesta es la misma que la otorgada en los párrafos anteriores para filiales residentes. A pesar de no imputar la renta derivada de la operación vinculada, la renta calificada como dividendo o “utilidad” por la realización del ajuste secundario debería tenerse en cuenta para al cálculo de los límites de aplicación. Piénsese que la aplicación del régimen de TFI podría llegar a depender de la inclusión de la renta calificada como dividendo o “utilidad” en la base imponible. Tal y como ya se ha indicado,

ante una mayor base imponible, menor será el porcentaje que representará la renta susceptible de inclusión, lo cual podría conllevar a la no integración de rentas por no superar los umbrales legalmente previstos.

Por último cabe indicar un aspecto importante y que tiene relación con la interacción de ambos regímenes. En el caso que la participación de la sociedad instrumental sobre su filial fuese inferior al 5% y entendiendo que la entidad filial no fuese cotizada⁴⁴⁹, las rentas obtenidas por la sociedad instrumental derivadas de su filial podrían ser imputadas pero no sería de aplicación el régimen de operaciones vinculadas puesto que según el artículo 16.3 del TRLIS se considerará que existe vinculación en los supuestos de relación socio-sociedad cuando la participación sea igual o superior al 5%.

A estos efectos, y como resumen final de este apartado, a continuación se adjunta un cuadro que detalla las posibles combinaciones las cuales darán lugar a distintas soluciones jurídicas. En este sentido se indica que se parte de la existencia de una operación vinculada efectuada entre la sociedad instrumental y su filial cuyo precio acordado difiere del de mercado, estando esta diferencia en poder del socio.

Participación de la sociedad instrumental sobre su filial	% de ingresos de la filial que derivan de actividades empresariales	Existencia de operación vinculada	Inclusión de las rentas a la base imponible del socio residente
> 5%	= o > 85%	SI	NO
> 5%	< 85%	SI	SI (*)
< 5%	= o > 85%	NO	SI
< 5%	< 85%	NO	SI

(*) Si la filial fuese residente no habría imputación por tratarse las rentas derivadas del ajuste secundario calificadas como "retribuciones de fondos propios", gasto no deducible en sede de la filial española (art. 107.4 LIS)

⁴⁴⁹ En los supuestos en que la vinculación se defina en función de la relación socio-sociedad, la participación deberá ser igual o superior al 1% si se trata de valores admitidos a negociación en un mercado regulado.

5.5.- ¿Deberían igualmente incluirse las rentas del ajuste secundario derivadas de operaciones vinculadas no generadoras de rentas previstas en el artículo 107.2 del TRLIS?

Hasta ahora los ejemplos propuestos versaban siempre sobre operaciones cuyas rentas por su naturaleza ya eran susceptibles de imputación. Ahora bien, debemos cuestionarnos qué sucedería si la operación vinculada no discurriera sobre una renta susceptible de ser imputada al socio (como por ejemplo un alquiler de bien inmueble no afecto a ninguna actividad económica) sino sobre cualquier operación del tráfico mercantil (a título de ejemplo, una simple venta de mercaderías). La renta derivada de una venta de mercancía no es por supuesto una renta susceptible de imputación, pues su naturaleza es de carácter empresarial. No obstante, en caso de no pactar el precio de mercado la normativa de operaciones vinculadas obligaría no sólo a valorarla a su valor real (ajuste primario) sino también a recalificar el exceso de tesorería (ajuste secundario).

Consecuentemente, la base imponible de la sociedad instrumental se vería incrementada por la incorporación de una renta “extra” calificada como “dividendo” y en su caso, como “utilidad percibida por su condición de socio, accionista, asociado o partícipe de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.1.d de la LIRPF”, en los términos estudiados en anterior apartado.

A estos efectos, debe analizarse el papel que juega el ajuste primario en operaciones cuyas rentas no serán susceptibles de imputación. Parece claro que el ajuste de precio sobre una renta que no se integrará no afectará al socio residente, pero en cambio, sí afectará la recalificación derivada del diferencial de valores. La respuesta al papel que juega el ajuste primario sigue siendo la aplicación de los umbrales de los que depende el régimen de TFI. Obsérvese que en este supuesto el correcto cálculo de la base imponible no incidiría en el requisito de baja tributación previsto en la letra b) del apartado 1 del artículo 107 del TRLIS, pues dicho límite sólo se aplica respecto las rentas susceptibles de inclusión.

Así, ante una operación cuya renta no sea susceptible de imputación, el artículo 16 del TRLIS, obliga en cualquier situación, estemos no o no ante un marco de

TFI, a efectuar el ajuste primario y el secundario. Sin embargo, en escenarios de aplicación del régimen de TFI, si se trata de rentas generadas por operaciones vinculadas, a pesar que las mismas no vayan a ser objeto de imputación, y por tanto, el ajuste primario no tendrá un impacto directo en el socio residente, como sí lo puede tener el ajuste secundario puesto que puede suponer una mayor renta en concepto de dividendos, el ajuste primario servirá para calcular la base imponible y los ingresos totales de la sociedad instrumental, lo cual es necesario para averiguar si se cumplen los umbrales de aplicación del régimen.

El razonamiento expuesto en este apartado me lleva a concluir que, en todo caso, ante una operación vinculada, la renta a integrar se verá afectada por el ajuste secundario. A su vez, dependiendo de la naturaleza de la operación vinculada, podrá tenerse en cuenta también el ajuste primario, que podrá incidir directamente en el importe de la renta a integrar si se trata de una renta de las previstas en el apartado 2 del artículo 107 del TRLIS. En caso contrario, el ajuste primario sólo servirá para saber si se superan los umbrales previstos en el apartado 3 del artículo 107 del TRLIS.

La conclusión alcanzada en este apartado es perfectamente válida también para el supuesto en el que el flujo de los fondos sea en sentido inverso, esto es, cuando el ajuste secundario califica el diferencial entre el precio convenido y el de mercado como aportación a los fondos propios.

5.6.- Régimen de operaciones vinculadas, de TFI y prestaciones de servicios a título gratuito

Escribo este epígrafe a raíz de la lectura de una afirmación, de la que discrepo, efectuada por el profesor ALMUDÍ CID, quien defiende la no aplicación del régimen de TFI cuando la prestación de servicios se lleve a cabo de forma lucrativa⁴⁵⁰. El argumento sobre el que se sustenta esta afirmación es coherente y de fácil comprensión. Uno de los requisitos para la imputación de rentas respecto los servicios señalados en la letra c) del artículo 107.2 del TRLIS es que dicha prestación de servicio debe haber supuesto un gasto deducible en sede de

⁴⁵⁰ Téngase presente que en la fecha de publicación de la monografía del citado autor, 2005, no había entrado en vigor el ajuste secundario tal y como lo conocemos actualmente.

una entidad residente destinataria de este servicio. Así, si la prestación de servicios es gratuita no existirá gasto alguno y en consecuencia no se aplicará el régimen de TFI⁴⁵¹.

Cabe señalar en primer lugar, que entiendo la postura de ALMUDÍ CID, puesto que está basada en la finalidad del régimen de TFI. Si la letra c) del artículo 107.2 del TRLIS pretende neutralizar un gasto fiscal, si dicho gasto no existe, tampoco existirá renta para imputar, pues, la sociedad instrumental de haber prestado el servicio de forma gratuita, no habría obtenido ingreso alguno. Sin embargo, considero que aún en el caso que la prestación de servicio no sea a título oneroso también podría ser aplicable el régimen de TFI. Matizaré esta posibilidad. En primera instancia, el régimen de TFI entrará en juego siempre y cuando con anterioridad se aplique el régimen de operaciones vinculadas, el cual también es preceptivo. Precisamente ante una operación gratuita el régimen de precios de transferencia debe entrar con más fuerza, si cabe, puesto que es evidente que la operación no se ha concluido a precio de mercado.

En segundo lugar, recuérdese que la valoración a mercado de las operaciones vinculadas realizadas por la sociedad instrumental también debe tenerse en cuenta para el cumplimiento del requisito de baja tributación. De modo que, tal y como ya se ha señalado en apartados anteriores, el cálculo del impuesto que hubiese correspondido satisfacer si se hubiesen aplicado las normas españolas, incluye también la aplicación del artículo 16 del TRLIS. Por tanto, debe reiterarse de nuevo que la aplicación del régimen de TFI puede depender de la valoración a mercado de las operaciones efectuadas por la sociedad instrumental con partes vinculadas, y más especialmente si las mismas han sido efectuadas a título gratuito.

⁴⁵¹ Sigue ALMUDÍ CID señalando lo siguiente: “Debe destacarse que la prestación de tales servicios no dará lugar a la aplicación de la TFI cuando se realicen de forma lucrativa. Podría entenderse, en sentido contrario, que el socio residente en España debería integrar en su base imponible el valor de mercado del servicio que recibe la entidad española puesto que entraría en juego, al determinar la renta obtenida por la entidad no residente, el régimen de precios de transferencia. No obstante, a nuestro juicio, la redacción del apartado 2 c) de los artículos 107 del TRRLIS y 92 de la LIRPF permite llegar a la conclusión contraria, puesto que los rendimientos que derivan de las actividades de prestación de servicios sólo deberán computarse cuando “determinen un gasto deducible en las entidades residentes”. Esta interpretación, como se observa, es completamente coherente con la finalidad de la TFI, que trata de evitar una erosión de la base imponible de las entidades residentes en nuestro país, circunstancia que no concurre cuando el servicio se lleva a cabo sin contraprestación.”, *El régimen jurídico de transparencia fiscal*, 2005, p. 192.

En tercer lugar, el hecho que una prestación de servicios se haya efectuado por la sociedad instrumental a título gratuito supone un menor ingreso que no se ha podido imputar, pero que por otro lado no ha supuesto gasto alguno a la sociedad residente receptora del servicio. Podría pensarse que si se valora la operación a mercado y se imputa un ingreso al socio residente mientras que a la vez se deduce un gasto en sede de la sociedad residente receptora del servicio el efecto de aplicar el régimen de operaciones vinculadas junto con el de TFI es idéntico a la no aplicación de ninguno de ellos. Nada más lejos de la realidad. De hecho, esta afirmación desde la entrada en vigor del ajuste secundario es del todo incierta. Pero incluso antes de la aparición en escena del ajuste secundario esta afirmación podía no ser cierta. Obsérvese que si el socio residente es una persona física la imputación de ese ingreso por aplicación del régimen de operaciones vinculadas y el de TFI, podría suponer una tributación al tipo marginal máximo mientras que el gasto imputable a la sociedad residente receptora del servicio disminuiría su tributación en un 30%.

Por otro lado, los ajustes secundarios suponen la aparición de nuevos hechos imponibles generadores de nuevas rentas, las cuales no producen efectos neutros. Así, en caso de prestaciones de servicios realizadas a título gratuito debe aplicarse el régimen de TFI, así como previamente el régimen de operaciones vinculadas.

Sin embargo en este supuesto se plantea un escenario nuevo que no se ha tenido ocasión de analizar por considerarlo poco probable. Como se recordará en toda la exposición se ha partido de un supuesto en el que la sociedad instrumental acumulaba más ingreso de lo habitual por disfrutar de una tributación privilegiada, mientras que la sociedad receptora del servicio pretendía deducirse un gasto mayor. Supóngase ahora un escenario en el que la sociedad instrumental presta un servicio de los previstos en la letra c) del artículo 107.2 del TRLIS de manera gratuita a una sociedad residente con la que está vinculada. Valorar esta operación a mercado supondría efectivamente otorgar un ingreso a la sociedad instrumental, el cual sería imputado al socio residente, pero a la vez permitir la deducibilidad de un gasto en sede de la sociedad residente receptora del servicio. La cuestión ahora es determinar qué papel jugaría el ajuste secundario.

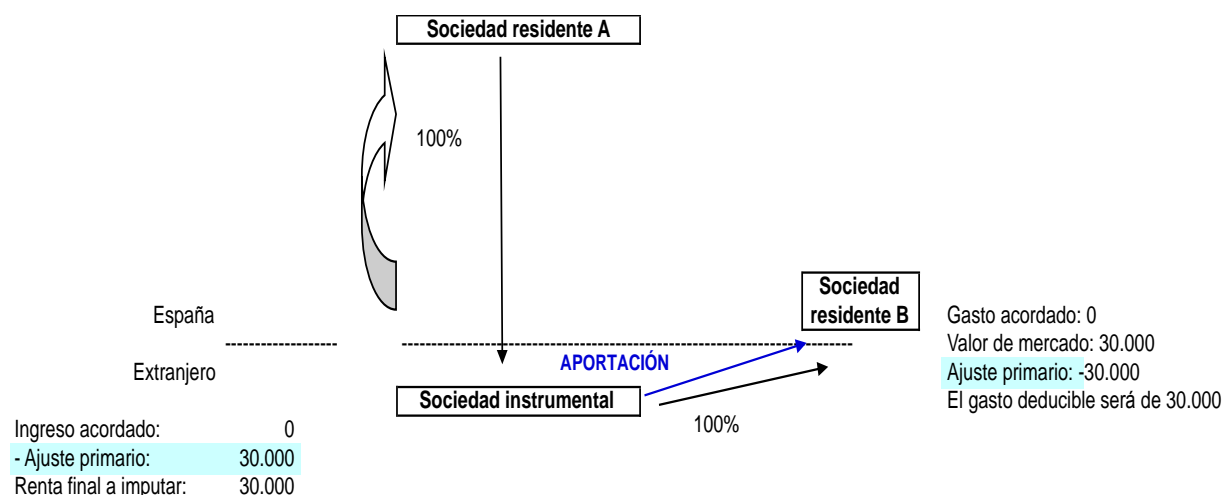
Piénsese que la operación se habría efectuado a favor de la sociedad residente, y que por tanto, en caso de ser una entidad filial de la sociedad instrumental, sería esta última quien por aplicación del artículo 16.8 del TRLIS efectuaría una aportación a favor de su filial, y no a la inversa como se ha visto en todos los ejemplos anteriores. Por otra parte, si se tratase de una prestación de servicios efectuada entre la sociedad instrumental y su socio residente, que bien podría ser a quien se le aplica el régimen de TFI o bien otro socio, el ajuste secundario determinaría una distribución de dividendos de la sociedad instrumental a favor de su socio. Estos son pues escenarios, diametralmente opuestos a los estudiados pero que pueden darse. ¿Produciría ello un efecto neutro? Rotundamente no⁴⁵².

⁴⁵² Ilustraré lo señalado con ejemplos que pueden ayudar a clarificar la necesidad de aplicar siempre el régimen de TFI, y previamente el de operaciones vinculadas, inclusive si el servicio se ha prestado gratuitamente.

La sociedad instrumental presta un servicio a título gratuito a su filial, la sociedad B, residente en territorio español y a la que participa el 100%, siendo el precio de mercado del servicio prestado de 30.000 euros. A su vez, la sociedad A, participa en la sociedad instrumental, cumpliendo todos los requisitos para que la renta generada en sede de la sociedad instrumental le sea imputable⁴⁵².

Cabe tener presente también que el precio de adquisición de la participación de la sociedad instrumental sobre la sociedad B ha sido de 50.000 euros. Años más tarde, esta participación se transmite por 200.000 euros.

Véanse las consecuencias numéricas de este ejemplo.



Puesto que la valoración de la prestación de servicios se ha efectuado favoreciendo a la sociedad B, es la sociedad instrumental quien, según lo establecido en el apartado 8 del artículo 16 del TRLIS efectúa una aportación a favor de su filial, la sociedad residente B, receptora del servicio. Dicha aportación supone que el valor de las participaciones que la sociedad instrumental tiene sobre B, se aumenta fiscalmente en 30.000 euros. Así, su valor de adquisición a efectos fiscales será de 80.000 (50.000 + 30.000). Ante una futura transmisión por 200.000 euros, la plusvalía contable de 150.000 se vería reducida extracontablemente a 120.000 euros mediante un ajuste negativo de 30.000 euros.

Esta sencilla operación de transmisión de participaciones puede verse influenciada por una

5.7.- Consideraciones finales

A modo de resumen, y teniendo en cuenta la densidad de este epígrafe, a continuación se detallan las conclusiones extraídas.

- i. De la correcta aplicación de los principios y criterios del TRLIS depende la aplicación del régimen de TFI, siendo el artículo 16 del TRLIS una norma más de las que deben aplicarse para proceder al cálculo de las rentas susceptibles de imputación, la renta total e incluso para el cálculo del impuesto que correspondería satisfacer si las rentas se hubiesen obtenido en territorio español.
- ii. De estos tres cálculos puede depender la aplicación del régimen de TFI, que es tanto como afirmar que el régimen de operaciones vinculadas prima sobre el de TFI. Por tanto, ambos regímenes no solo son absolutamente compatibles sino que el artículo 16 del TRLIS ostenta una situación de prevalencia sobre los artículos 107 del TRLIS y 93 de la LIRPF, reguladores del régimen de TFI.

operación vinculada efectuada con anterioridad. En este supuesto concreto, puesto que la participación de la sociedad instrumental sobre la sociedad B es superior al 5%, la renta derivada de dicha transmisión sólo sería imputable al socio residente si menos del 85% de los ingresos de B no derivase de actividades empresariales. En consecuencia, hasta una renta prevista en la letra d) del artículo 107.2 del TRLIS podría verse alterada por el efecto de un ajuste secundario originado por una operación prestada a título gratuito.

Imagínese el escenario opuesto, es decir, que la sociedad instrumental presta un servicio gratuito a su socio residente (sociedad B), distinto del socio al que se le imputan las rentas (sociedad A), siendo el valor de mercado de 30.000 euros. En este caso, la aplicación del artículo 16 del TRLIS implica para la sociedad B, no sólo la valoración de la prestación de servicios a mercado, y su correspondiente gasto, sino la obligación de tributar por un dividendo recibido conforme el ajuste secundario. Esta situación es diametralmente opuesta a la no aplicación del régimen de TFI, tal y como sugiere ALMUDÍ CID en el caso de servicios prestados a título gratuito. Insisto de nuevo en el hecho que cuando el citado autor escribió su monografía *El régimen jurídico de transparencia fiscal internacional*, no había entrado en vigor el ajuste secundario. En este caso, no aplicar el régimen de TFI no hubiese supuesto recaudación alguna para la Administración Tributaria mientras que aplicando ambos regímenes, se consigue una tributación de 30.000 euros en sede de la sociedad A; aunque debería estudiarse la posible aplicación de algún mecanismo para evitar la doble imposición en sede de la sociedad B.

En consecuencia, en opinión de quien escribe estas líneas, también en el caso de servicios prestados a título lucrativo debe aplicarse tanto el régimen de precios de transferencia como el de TFI.

- iii. Es obvio que la Administración Tributaria española carece de competencia para entrar a valorar si la sociedad instrumental (no residente) que ha efectuado una operación vinculada con otra sociedad, residente o no residente, debería realizar algún tipo de ajuste. Sin embargo, en tanto es un socio residente al que se le imputan las rentas generadas en sede de la sociedad instrumental, sí tiene potestad para proceder al correcto cálculo de la base imponible de la sociedad instrumental, entrando directamente en la valoración de la transacción, a los solos efectos de calcular las rentas a integrar en la base imponible del socio residente.
- iv. En el caso de que la sociedad instrumental no residente haya efectuado una operación con su socio⁴⁵³ (ya sea el socio residente al que se le aplica el régimen de TFI o cualquier otro), el ajuste primario conllevará en la mayoría de casos una disminución de la base imponible de la sociedad instrumental, luego, una menor renta a integrar al socio. A su vez, el ajuste secundario, implicará, por la parte que sí se corresponde con el porcentaje de participación, una aportación a los fondos propios, lo cual no supondrá renta alguna para la sociedad instrumental, y por ende no afectará al cálculo de la base imponible ni en consecuencia a la renta a imputar. *A sensu contrario*, respecto la parte del diferencial calificada como liberalidad conllevará la realización de un ajuste extracontable positivo en sede de la sociedad instrumental que en parte neutralizará el efecto del ajuste primario negativo. No obstante, dicha renta no deberá ser objeto de imputación, pues las liberalidades o ganancias patrimoniales de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.1.i).4ª de la LIRNR en caso de contribuyentes no residentes, no se incluyen dentro de las rentas susceptibles de integración en la base imponible del socio residente según el apartado 2 del artículo 107 de la LIS. Sin embargo, y aunque dicho diferencial no se impute al socio residente, su efecto en la base imponible de la sociedad instrumental tiene una importancia significativa, puesto que la aplicación del régimen de TFI dependerá de los umbrales señalados en el apartado 3 del artículo 107 de la LIS, los cuales pueden verse alterados por el aumento de base imponible que

⁴⁵³ Se parte siempre del supuesto en que el mayor ingreso reside en la sociedad instrumental.

puede suponer esta renta derivada de una “liberalidad” del socio a favor de la entidad.

- v. En el caso que la sociedad instrumental efectúe una operación vinculada con su filial, el signo del ajuste primario será exactamente el mismo que en apartado anterior, esto es, negativo, si el mayor ingreso reside en la sociedad instrumental. En cuanto al ajuste secundario la recepción de un dividendo o una “utilidad percibida de la entidad por la condición de socio” obligaría a la sociedad instrumental a efectuar un ajuste extracontable positivo. Evidentemente este ajuste se realizaría a los solos efectos de calcular la renta a imputar así como la base imponible de la sociedad instrumental. Sin embargo, en cuanto a la imputación de dicha renta al socio residente, las consecuencias difieren en función de la residencia de la sociedad filial.

- vi. En el caso que la sociedad filial de la sociedad instrumental fuese residente en territorio español, la renta derivada de la aplicación del ajuste secundario no sería imputable al socio español por tratarse de unos gastos no deducibles en sede de una sociedad residente (el artículo 14.1.a del TRLIS). En estos casos, y a pesar que no se impute dicha renta al socio residente, es importante sumar a la base imponible de la sociedad instrumental el ingreso ocasionado por el dividendo o “utilidad” puesto que ello permitirá calcular correctamente la base imponible y los ingresos totales de la sociedad instrumental, así como su tributación según la normativa española, cálculos todos ellos necesarios para los umbrales y requisitos de aplicación del régimen de TFI previstos en los artículos 107.1 y 3 de la LIS. El ajuste secundario aumentaría la base imponible de la sociedad instrumental aunque la renta derivada del propio ajuste secundario no sea objeto de imputación.

En caso de una filial no residente, debería imputarse al socio residente la renta derivada de la calificación del diferencial como dividendo y “utilidad percibida por la condición de socio”. Es cierto que el artículo 107.8 del TRLIS no permite la inclusión de dividendos que se correspondan con rentas positivas que hayan sido incluida anteriormente a la base imponible del socio residente pero cabe tener presente que en el caso que

nos ocupa, y puesto que dicha renta calificada como “dividendos” lo es fruto de una calificación jurídica que genera un nuevo hecho imponible, no se corresponde con ninguna renta positiva que haya sido incluida previamente a la base imponible del socio, y por ende, se concluye que las mismas deben ser objeto de imputación. En consecuencia, podría pensarse que el hecho que la totalidad de la renta que se corresponde con el diferencial entre el precio acordado y el valor de mercado, sea imputable al socio residente, neutraliza por completo el efecto del ajuste primario, el cual disminuye la base imponible en el mismo importe que lo aumenta el ajuste secundario. No obstante, la renta imputada calificada como “dividendo” puede gozar de la aplicación de la deducción para evitar la doble imposición.

- vii. En todo caso, ante una operación vinculada, la renta a integrar se verá afectada por el ajuste secundario. A su vez, dependiendo de la naturaleza de la operación vinculada, podrá tenerse en cuenta también el ajuste primario, que podrá incidir directamente en el importe de la renta a integrar si se trata de una renta de las previstas en el apartado 2 del artículo 107 del TRLIS. En caso contrario, el ajuste primario sólo servirá para saber si se superan los umbrales previstos en el apartado 3 del artículo 107 del TRLIS.

6.- La conflictiva obligación de retener sobre la renta presunta

6.1.- Exigibilidad de la retención

Si hay un aspecto determinante en la regulación del ajuste secundario que sirve como argumento reforzador de la extensión de sus efectos hasta sus últimas consecuencias, es precisamente la introducción en nuestro texto legal de la obligación de retener sobre la diferencia entre el valor convenido y el valor de mercado.

En este sentido, recuérdese lo esgrimido en el apartado 5.7.2 del capítulo segundo, en el cual se abría el debate acerca de la posible extralimitación reglamentaria, y por ende, vulneración constitucional del principio de ley, al

establecer la obligación de retener en sede reglamentaria, mientras el redactado del artículo 16.8 del TRLIS nada menciona al respecto. Sea como fuere, esta cuestión ya ha sido analizada anteriormente y ahora el estudio se centra en lo que a fecha de hoy es actualmente vigente, esto es, la obligación de practicar retención sobre la renta calificada a merced del ajuste secundario.

En concreto, son los artículos 62.7 del RIS (retención e ingreso a cuenta), así como artículos 93.6 del RIRPF (retención), artículo 103.2 del RIRPF (ingreso a cuenta) y artículo 13.5 del RIRNR (retención e ingreso a cuenta) los que señalan que *“cuando la obligación de retener o ingresar a cuenta tenga su origen en el ajuste secundario derivado de lo previsto en el artículo 16.8 del TRLIS, constituirá la base de la misma la diferencia entre el valor convenido y el valor de mercado”*⁴⁵⁴.

Más allá de la posible vulneración constitucional, varias son las cuestiones que surgen a raíz de la introducción de esta nueva obligación de retener o ingresar a cuenta. La primera de ellas ya ha generado cierto debate doctrinal aunque sin alcanzar acuerdo alguno; de suerte que los autores que han escrito algo sobre la materia, aunque sea de forma breve, simplemente ponen de manifiesto cuál es el posible conflicto, pero una vez más la normativa no es clara en este aspecto. Me refiero a la exigibilidad de la retención teniendo en cuenta que se trata de una renta presunta fruto de una ficción jurídica impuesta por imperativo legal.

En este sentido, es menester analizar cuándo nace la obligación de practicar retenciones e ingresos a cuenta. Siendo puristas con el texto legal, debe matizarse que mientras el artículo 63.1 del TRLIS establece que *“con carácter general, las obligaciones de retener y de ingresar a cuenta nacerán en el momento de la exigibilidad de las rentas dinerarias o en especie, sujetas a retención o ingreso a cuenta, respectivamente, o en el de su pago o entrega si es anterior”*, el artículo 78.1 del RIRPF señala como regla general el momento en el que se *satisfagan o abonen* las rentas correspondientes, reservando el criterio

⁴⁵⁴ Es curioso observar como los tres reglamentos de los tres impuestos afectados (IS, IRPF e IRNR) aluden a la calificación prevista en el artículo 16.8 del TRLIS cuando la extensión de las calificaciones respecto la parte de la diferencia de precio que excede del porcentaje de participación la determina directamente el propio RIS. Pero esa posible cuestión de inconstitucionalidad ya ha sido tratada anteriormente.

de exigibilidad únicamente para determinados rendimientos, como es el caso del rendimiento del capital mobiliario, cuyo redactado en el artículo 94.1 del RIRPF replica exactamente el artículo 63.1 del RIS. También el RIRNR en cuanto a rendimiento del capital mobiliario efectúa una remisión expresa a la normativa del IRPF.

Aún así, ambas regulaciones establecen especificidades concretas para el caso de cobro de dividendos, equiparando la exigibilidad de los mismos a la fecha establecida en el acuerdo de distribución o a partir del día siguiente al de su adopción a falta de determinación de la citada fecha. También el cobro de intereses merece una regulación a parte, siendo exigibles a la fecha de vencimiento señaladas en la escritura o contrato para su liquidación o cobro.

Como puede observarse, el texto legal no ayuda a esclarecer cómo aplica esta regla genérica para el caso que nos ocupa, pues como se sabe, en el caso del ajuste secundario, precisamente por tratarse de una ficción jurídico-tributaria alejada de los cauces mercantiles ordinarios, no existe acuerdo de distribución de dividendos formalmente establecido. Así pues, en caso de recalificación de la renta como participación en fondos propios de una entidad, si sabemos la base sobre la que debe practicarse la retención, pues en este aspecto la regulación es clara, pero no cuándo deberá efectuarse dicho ingreso teniendo en cuenta que ni tan siquiera se prevé un procedimiento de aplicación del mismo. Recuerde el lector que en el capítulo segundo se señalaba la falta de acuerdo doctrinal respecto si el ajuste secundario debe quedar condicionado a la firmeza del ajuste primario⁴⁵⁵.

A mi modo de ver, y teniendo en cuenta que, también en el capítulo segundo se ha concluido que el mandato del artículo 16.8 del TRLIS no únicamente va dirigido a la Administración sino también al contribuyente, en el mismo ejercicio en el que se realizara la operación, y por ende el ajuste secundario, es cuando sería exigible la obligación de retener; en otras palabras, es en el devengo del operación cuando la obligación de practicar la retención o ingreso a cuenta sería preceptiva ⁴⁵⁶. Téngase presente que sí habrá obligación de

⁴⁵⁵ *Vid.* epígrafe 5.2.1. del capítulo segundo.

⁴⁵⁶ Acertadas son, a mi parecer, las palabras de BADÁS CEREZO, J., LAFUENTE MORENO, F., MARCO SANJUÁN, J.A., y RASÓN SILVÁN P., en su obra conjunta (*Prácticas de Valoración y*

practicar retención ante la calificación como participación en los fondos propios de la sociedad (dividendos y utilidades) pero no cuando el sentido de la transacción favorezca la sociedad, pues en modo alguno la renta calificada como aportación está sujeta a retención.

Cabe tener presente que sería de aplicación la excepción prevista en el artículo 59p) del RIS, en virtud del cual no existirá obligación de retener ni de ingresar a cuenta respecto la renta originada como consecuencia del ajuste secundario calificado como dividendo o participación en beneficios cuando se cumplan los requisitos del artículo 30.2 del TRLIS, a saber, cuando el porcentaje de participación sea igual o superior al 5% y que dicho porcentaje se hubiera tenido de forma ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, que se mantenga durante el tiempo que sea necesario para completar el año^{457/458}.

Sin embargo, a mi entender, y a pesar de la novedad de la reforma legislativa y por tanto de la dificultad que entraña una predicción a futuro, quizás lo más frecuente sea que, ante una comprobación administrativa, y tras haber ajustado valorativamente la operación, sea también la propia Administración la que calificará la operación secundaria y por ende la que en el Acta de

Documentación de Operaciones Vinculadas Lex Nova, Septiembre 2010, p. 60), en la que se hacen eco de la necesidad de una aclaración legal respecto la exigibilidad de las retenciones. En concreto mencionan que “en los casos de préstamo gratuito, la obligación de retener nacería en el momento de la exigibilidad, que se concretaría en el vencimiento de la operación establecida contractualmente, o en su caso, también de manera forzada, el 31 de diciembre. Demasiado estamos forzando un nuestra opinión la norma en un tema que debía ser claro, luego poco futuro prevemos para la aplicación sin controversia de la normativa actual”.

⁴⁵⁷. En este sentido hay unanimidad doctrinal, pues así lo entienden, entre otros, RUIZ GARRÓS (“La contabilización y tributación del ajuste secundario en las operaciones vinculadas. Visión práctica. La identidad sustancial entre los criterios contable y fiscal”, 2010, p. 79) y CENCERRADO MILLÁN (“Ajuste secundario”, 2010, p. 577).

⁴⁵⁸ Interesante es la apreciación de CENCERRADO MILLÁN (“Ajuste secundario”, 2010, p. 577) en relación a la posibilidad de no practicar retención sobre la parte que se califica como “utilidad percibida por la condición de socio”; y es que el citado profesor se plantea la posibilidad de entender que la deducción por doble imposición interna podría ser aplicable sobre la totalidad de la diferencia entre el valor de mercado y el precio convenido, y no únicamente sólo sobre la parte calificada como dividendo, esto es, la parte que se corresponde con el porcentaje de participación. Si ello fuese aceptable, tampoco el exceso calificado como “utilidad percibida por la condición de socio” estaría sujeta a retención. Se remite al lector al epígrafe del 2.2.2 del capítulo anterior, en el que se concluye que, a pesar de entender que también para la parte calificada como utilidades existe doble imposición, la normativa es clara al respecto y por ende no permite la aplicación de ningún mecanismo que evite la doble imposición, pues de haberlo pretendido, habría calificado todo el diferencial directamente como participación en beneficios (dividendos). Siendo así las cosas, y fieles al texto legal, guste o no, entiendo que respecto el exceso de renta calificada como “utilidad” debe practicarse siempre la retención.

referencia, cuantifique el importe de la retención. En esta línea, teniendo en cuenta la indisoluble relación del ajuste secundario con el ajuste primario, podría concluirse que la obligación de retención sobre la renta ocasionada por la aplicación del ajuste secundario nace en el momento en el que el ajuste primario alcanza firmeza. Ahora bien, si el contribuyente ha registrado la operación por su valor convenido pero también ha contabilizado la operación secundaria, entonces sí que en ese mismo momento nacerá la obligación de practicar la retención, pues sería entonces cuando debería hacerse efectivo el abono. Y es que sabiendo que no existe un acuerdo mercantil de distribución de dividendos, la regla específica para estos supuestos no podría ser aplicable.

Cabe poner de manifiesto la muy acertada observación que nos ofrece el profesor CALVO VÉRGUEZ⁴⁵⁹, quien argumenta la falta de exigibilidad de la obligación de retener respecto aquella transacción consistente en una cesión gratuita. Otro argumento más que decanta la balanza hacia la supresión de la actual configuración del ajuste secundario, en tanto se exigen obligaciones al contribuyente generadoras de situaciones conflictivas que la ley no define.

6.2.- Naturaleza de las rentas sobre las que practicar la retención

Otro aspecto relevante a destacar es la coordinación entre el redactado del artículo 21 bis del RIS y el artículo 94.1 del RIRPF, el cual se refiere única y exclusivamente a la obligación de retener sobre el rendimiento del capital mobiliario. Entiendo este matiz, en cuanto las calificaciones apriorísticas ofrecidas por el artículo 21 bis del RIS se refieren a la participación en fondos propios de entidades, amén de las previstas a favor de la sociedad y que no son rentas susceptibles de practicar retención alguna. Ahora bien, ¿qué sucede cuando un administrador ha recibido un exceso de tesorería y el mismo se ha calificado como más rendimiento del trabajo? Este exceso, fruto precisamente del ajuste secundario, también estaría sujeto a retención aunque la normativa no lo mencione expresamente.

⁴⁵⁹ CALVO VÉRGUEZ, *Operaciones Vinculadas y Subcapitalización*, 2011, p. 318. Vid. el comentario que el citado autor realiza en relación a la sentencia del TS de 25 de junio de 2008 en virtud de la cual la obligación de retener en los préstamos gratuitos nace en el momento del vencimiento de la operación establecido contractualmente o por aplicación de la normativa civil o mercantil aplicable”.

Entiendo que sería la norma genérica sobre rentas sujetas a retención la que debería ser aplicable, pues el artículo 21 bis del RIS únicamente se pronuncia respecto la relación socio-sociedad pero no por ello deja de ser obligatorio la aplicación del ajuste secundario respecto el resto de operaciones entre partes vinculadas tal y como las enumera el artículo 16.3 del TRLIS. Así pues, si una renta es calificada como renta susceptible de practicar retención, como lo es la renta del trabajo o de determinadas actividades económicas como las profesionales, y así se ha integrado en la renta del contribuyente en virtud de la recalificación impuesta por el artículo 16.8 del TRLIS, también estaría sujeta a retención o ingreso a cuenta.

6.3.- La doctrina jurisprudencial del enriquecimiento injusto y la retención sobre el ajuste secundario

Merece la pena hacer un alto para comentar la doctrina del Tribunal Supremo en relación al posible enriquecimiento injusto a favor de la Administración tributaria cuando se concibe la obligación de ingresar la retención como autónoma sin tomar en consideración la conducta del contribuyente y obligado al pago de la obligación principal. Cabe plantearse qué relación puede tener esta doctrina jurisprudencial con la retención sobre la diferencia de valores derivada de la aplicación del ajuste secundario. Tal y como afirma LÓPEZ-HERMOSO AGIUS ⁴⁶⁰ la aplicación de esta jurisprudencia puede ser determinante para las operaciones vinculadas.

A modo de resumen, el TS lo que viene a señalar en varias de sus sentencias (STS de 21 de enero de 2010⁴⁶¹, 24 de septiembre de 2009, 16 de junio de 2008,

⁴⁶⁰ LÓPEZ-HERMOSO AGIUS, "El ajuste secundario", 2010, pp. 731-732.

⁴⁶¹ Creo que merece la pena transcribir parte del FJ 2º de la sentencia de fecha 24 de enero de 2010 (el cual se repite en posteriores sentencias, como por ejemplo en el FJ 9º de la sentencia de fecha 5 de marzo de 2008): El texto dice así: *"La justificación de la exigencia de la retención a la entidad retenedora consiste en afirmar la naturaleza autónoma de la obligación de retener, que no puede confundirse con la que pesa sobre el contribuyente, razón por la que si el retenedor no retuvo, o retuvo de modo cuantitativamente insuficiente, está obligado a hacer el ingreso pertinente con independencia de lo que haya sucedido con el sujeto pasivo receptor de las rentas. Se está, en este caso, en una hipótesis de desajuste entre lo que hizo el retenedor y lo que se debió hacer"*.

(...)

"Bien puede verse que la actuación de la Administración exigiendo la retención al retenedor cuando ya ha sido pagada por los sujetos pasivos la cuota correspondiente a su deuda tributaria implica una clara, rotunda y abusiva doble imposición."

5 de marzo de 2008, 13 de noviembre de 1999, entre otras) es que el cobro por parte de la Administración de la retención que debió practicarse por el retenedor implica un enriquecimiento injusto de la Administración, ya que en la cuota que en su día ingresaron los contribuyentes en su declaración del IRPF ya ha sido cobrada la retención no practicada y que ahora se exige. En palabras del TS, *“si además de la cuota en su día exigida a los sujetos pasivos (que habrá sido mayor indudablemente al no haber sido objeto de retención) ahora se exige la retención al retenedor, resultará que la Administración habrá recibido una doble retención: Una, la devengada de los sujetos pasivos, aunque formalmente haya figurado como cuota del sujeto pasivo y no como retención; y la otra, la cantidad que ahora se exige en concepto de retención a la entidad retenedora”*, lo cual no impide a la Administración exigir al retenedor los correspondientes intereses y sanciones.

Tanto el LÓPEZ-HERMOSO AGIUS como CORDÓN EZQUERRO⁴⁶², conectan esta doctrina con el ajuste secundario al considerar que podría haber enriquecimiento injusto si al recalificar la renta se exige la retención al pagador cuando el sujeto pasivo de la obligación principal ya ha satisfecho el impuesto final⁴⁶³.

6.4.- ¿Cabe aplicar retención sobre la operación principal tomando en consideración el ajuste primario?

Por último, comentar que, como es lógico, y teniendo en cuenta que la novedad legislativa introducida en los respectivos textos reglamentarios únicamente se centra en la retención sobre la diferencia de valores derivada de la aplicación del ajuste secundario, nada se comenta acerca de la retención sobre el ajuste

⁴⁶² CORDÓN EZQUERRO, “Valor de mercado y ajuste secundario en las operaciones vinculadas”, 2009, p. 170.

⁴⁶³ También el profesor CALVO VÉRGEZ (*Operaciones Vinculadas y Subcapitalización*, 2011, p. 317) hace alusión a esta cuestión afirmando, a mi modo de ver con acierto, que “carecería de sentido reclamar al retenedor la retención correspondiente a los dividendos distribuidos. En efecto, habiéndose exigido entre partes vinculadas por la Administración las cuotas correspondientes a las recalificaciones realizadas, carecería de sentido exigir a quienes ya han satisfecho las rentas correspondientes al ingreso vinculado y, más precisamente, la retención o el ingreso que debió practicarse”.

primario; lo cual parece obvio porqué no se produce modificación alguna, aunque creo que es interesante plantearse la cuestión. ¿Debe practicarse la retención sobre el valor convenido o sobre el valor ajustado tras la aplicación del ajuste primario? Tanto la doctrina como la Administración Tributaria no han dudado sobre este aspecto, de suerte que la retención sobre la operación principal se practica, si procede por su naturaleza, como por otra parte no podía ser de otra manera, sobre el precio convenido, pues afirmar lo contrario supondría un exceso de retenciones, sin sentido alguno, más cuando la propia renta recalificada ya sufre una retención (siempre y cuando se trate de una renta susceptible de retención como puede ser una renta calificada como “utilidad por la condición de socio”).

A mayor abundamiento, en los diversos ejemplos propuestos en sus respectivos artículos, los profesores BORRÁS AMBLAR y MARTÍNEZ ALFONSO⁴⁶⁴, así como RUIZ GARRÓS⁴⁶⁵ entienden que no cabe practicar ajustes sobre una operación cuyo precio convenido es inexistente (operación gratuita) por cuanto no ha mediado intercambio de tesorería en ella. En esta misma línea se pronuncia la DGT en su consulta V2098-06⁴⁶⁶ afirmando que aunque la Administración llegase a imputar renta al socio “*no nace para la entidad la obligación de retener*

⁴⁶⁴ Se recomienda la lectura del ejemplo propuesto por los autores BORRÁS AMBLAR y MARTÍNEZ ALFONSO en su artículo “Registro contable y régimen fiscal de las operaciones vinculadas. Casos prácticos”, 2010, pp. 25-26, sobre la cesión gratuita de vivienda propiedad de la sociedad al socio.

⁴⁶⁵ *Vid.* ejemplo de préstamo a tipo de interés cero del socio a la sociedad. (RUIZ GARRÓS, “La contabilización y tributación del ajuste secundario en las operaciones vinculadas. Visión práctica. La identidad sustancial entre los criterios contable y fiscal”, 2010, pp. 85-87).

⁴⁶⁶ La consultante es una entidad mercantil cuyas gestiones administrativas se realizan en un domicilio propiedad del administrador único de la sociedad, no satisfaciendo ningún tipo de renta al administrador en concepto de alquiler. Se plantea si procede practicar retención. Contesta la DGT señalando que “*en cuanto a la posible retención a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el artículo 101.2 del TRLIRPF dispone que: “Las entidades y las personas jurídicas, incluidas las entidades en atribución de rentas, que satisfagan o abonen rentas sujetas a este impuesto, estarán obligadas a practicar retención e ingreso a cuenta, en concepto de pago a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al perceptor, en la cantidad que se determine reglamentariamente y a ingresar su importe en el Tesoro en los casos y en la forma que se establezcan.*

(...).”

Por tanto, aún en caso de producirse por parte de la Administración Tributaria una valoración que lleve consigo una imputación de rentas al socio, no nace para la consultante la obligación de retener o efectuar ingreso a cuenta al no satisfacer o abonar rentas por dicha operación”.

*o efectuar ingreso a cuenta al no satisfacer o abonar rentas por dicha operación*⁴⁶⁷.

⁴⁶⁷ También CORDÓN EZQUERRO hace eco de la posición de la DGT en su artículo "Valor de mercado y ajuste secundario en las operaciones vinculadas", 2009, p. 170.

CAPÍTULO V

LOS AJUSTES EN LAS OPERACIONES VINCULADAS EN EL DERECHO COMPARADO (ESPECIAL ATENCIÓN AL AJUSTE SECUNDARIO)

1.- Objeto y planteamiento del capítulo

Durante los capítulos anteriores se ha centrado la atención en la regulación del ajuste secundario en nuestro Derecho positivo, analizando no únicamente la normativa tributaria (artículo 16.8 del TRLIS y 21 bis del RIS) sino también la normativa contable que contempla un nuevo método de valoración para las transacciones efectuadas entre partes vinculadas, esto es, valor razonable *versus* el valor de adquisición que impera en el resto del PGC.

En este sentido, y como no podía ser de otra manera, el análisis en profundidad de la normativa española me ha llevado a detectar importantes aspectos críticos derivados de la aplicación del ajuste secundario, tal y como está actualmente regulado. No me refiero en exclusiva a aspectos críticos que emanan del propio texto legal, como puede ser la generación de nuevas ficciones jurídicas que propician situaciones de doble imposición, sino también a inseguridades jurídicas que no son resueltas en el texto normativo, precisamente por su falta de regulación, tales como el silencio normativo respecto el procedimiento formal que debe seguir la aplicación de ajuste secundario, entre otros.

A la vista de los defectos de los que adolece la regulación vigente del ajuste secundario, es evidente que debe plantearse una nueva propuesta de regulación, cuyo objetivo final sea ofrecer una explicación al exceso de fondos que aflora tras la realización del ajuste primario, pero a su vez, evitando repetir las consecuencias negativas que surgen a raíz de la aplicación del actual artículo 16.8 del TRLIS. Sin embargo, para poder alcanzar una nueva propuesta es necesario estudiar las soluciones jurídicas que ofrecen las distintas soberanías jurídicas.

Curiosamente, existen muchos Estados que no han optado por la regulación del ajuste secundario, con lo que se reduce el ámbito de estudio en cuanto a Derecho comparado. Aún así, debe centrarse el estudio en aquellas regulaciones extranjeras que por sus singularidades, proximidad o experiencia en la materia, merezcan más atención. En el caso que nos ocupa, las regulaciones que serán objeto de análisis son la norteamericana, la francesa, la alemana y la italiana. La regulación de EUA por ser uno de los Estados que más décadas hace que se plantea cómo tratar jurídicamente la operación secundaria

que eventualmente existe en una transacción vinculada. Debido al sistema jurídico norteamericano no únicamente se trata de la existencia del texto legal sino más bien de la abundante jurisprudencia sobre la materia, así como la extensa opinión doctrinal que los especialistas han vertido sobre la cuestión.

En cuanto a la regulación francesa y alemana, no podía dejar de estudiarse dos legislaciones europeas por proximidad geográfica, las cuales parten de dos concepciones totalmente opuestas en cuanto al tratamiento jurídico de la materia, siendo la visión francesa muy subjetiva en contraposición con la visión más bien objetiva del legislador alemán. A su vez, y como ejemplo de legislación doméstica que no resuelve el excedente de tesorería por carecer de regla de calificación, Italia ha sido la regulación escogida.

Dicho esto, en este capítulo se expondrá el Derecho positivo que regula el tratamiento del exceso de renta en una operación vinculada en cada una de estas soberanías jurídicas pero no habrá un juicio de valor sobre las mismas. Precisamente el análisis crítico de las soluciones jurídicas ofrecidas por el Derecho comparado así como su posible adaptación a nuestra legislación serán el punto de partida del próximo capítulo el cual finalizará con una propuesta concreta de regulación.

2.- Los ajustes en operaciones vinculadas en Estados Unidos: una regulación con varias alternativas

2.1.- Primary and correlative adjustment

Si existe alguna legislación que ha sido pionera en el análisis de los precios de transferencia pactados entre partes vinculadas ha sido la estadounidense, pues no en vano ya en 1.954⁴⁶⁸ se aprobó la actual normativa en virtud de la cual se

⁴⁶⁸ En 1954 se aprobó la *Section 482 IRS*, norma americana básica sobre los ajustes a practicar en las operaciones vinculadas, de la cual han emanado muchas otras normas. Esta norma por supuesto ha sufrido variaciones pero la esencia de 1954 sigue siendo la misma: otorgar a cada parte la base imponible que le corresponde según un precio de mercado. Así lo señala JENKS THOMAS E., en su artículo "Treasury Regulations Under Section 482", *Tax Lawyer*, vol. 23 núm. 2, 1970, p. 279, cuando dice que la "*Section 482 of the Internal Revenue Code of 1954 authorizes the Secretary to distribute, apportion or allocate gross income, deductions, credits or allowances between or among any two or more organizations, trades or Business, owned or controlled directly or indirectly by the same interests, if he determines that such action is necessary in order to prevent evasion or taxes or clearly to reflect the income of such organizations.*" (...) "*The first regulations interpreting section 45 were issued in 1934, as Article 45-1 of Regulations 86. These regulations remained virtually unchanged through repeated reenactments of the revenue laws, including the*

autoriza a la Administración Tributaria norteamericana, el IRS, a ajustar el precio efectivamente convenido cuando el mismo difiera del que hubieran pactado dos partes independientes

En la actualidad, la normativa y jurisprudencia⁴⁶⁹ de Estados Unidos, como no podía ser de otra manera, ha recorrido un largo camino que a fecha de hoy⁴⁷⁰ nos regala una vasta y compleja doctrina y *case law* relativa a los ajustes a efectuar ante una operación que no cumple el principio de *arm's length*⁴⁷¹, mundialmente reconocido por la mayoría de soberanías fiscales que cuentan con un cierto desarrollo legal en la materia.

La redacción vigente de la *Section 482*⁴⁷² IRC, insta a la Hacienda americana para que asigne⁴⁷³ a cada parte participante en una operación vinculada su

Internal Revenue Codes of 1.939 and 1.954. The regulations were framed in very general terms, without attempting to define methods of allocation, or their application to specific transactions”.

⁴⁶⁹ Me referiré a la jurisprudencia americana también como *case law*.

⁴⁷⁰ No obstante, la regulación en EEUU en materia de precios de transferencia se remonta a 1.917, en plena Primera Guerra Mundial, cuando el Gobierno aprobó la sección 41 del IRC (*Internal Revenue Code*), según la cual la Administración podía repartir los ingresos y los gastos entre operaciones efectuadas por partes vinculadas. En 1.928 le siguió otra normativa cuya finalidad era fijar la correcta base imponible de los contribuyentes. Véase EDEN L., “The Arm’s Length Standard in North America”. *Tax Notes International*, 7 de febrero 2.000, p. 674. En este mismo sentido se pronuncia GARCÍA PRATS, F. A., mencionando en su artículo “Los precios de transferencia: su tratamiento tributario desde una perspectiva europea” que “En Estados Unidos existe normativa sobre precios de transferencia desde 1917, si bien sólo desde la década de los sesenta, como consecuencia de la expansión internacional de sus empresas, la normativa tiene una clara dimensión internacional, aunque no fue hasta la década de los noventa en la que dicha dimensión fue evidente”. “Los precios de transferencia: su tratamiento tributario desde una perspectiva europea”, *Crónica Tributaria*, núm. 117-2005, p. 34, nota 1.

⁴⁷¹ También respecto el principio de *arm's length* fueron los Estados Unidos los primeros en insertarlo de manera formal en su ley interna en 1.935, concretamente a través del Reglamento del Tesoro, sección 45-1(b). En este sentido, señala HAMAEEKER, H que “en ese momento – refiriéndose al periodo que comprende la Primera Guerra Mundial– no existía un parámetro legal para efectuar dicha atribución. Como estándar para determinar los precios de transferencia, el principio de plena competencia fue introducido en los años 30.” (...) “La razón para una regla como la norteamericana era el temor a que las utilidades fueran trasladadas a jurisdicciones de menor imposición. Una disposición con un propósito similar, fue introducida en el Reino Unido en la legislación tributaria de 1918”. Sin embargo, el mencionado autor señala que el término *arm's length* como fórmula para resolver conflictos entre soberanías fiscales, fue acuñado por primera vez de forma oficial en el Informe Carroll, conocido así por ser Michael B. Carroll, un asesor del Tesoro de los Estados Unidos, quien se encargó de su redacción. Dicho Informe suponía un estudio multilateral encargado por la Sociedad de Naciones en 1933. Dos años más tarde, la Ley americana incorporaría el término en su legislación interna. HAMAEEKERS, H., “Principio de plena competencia - ¿Hasta cuándo?”, *Enfoque Internacional* núm. 6, *Análisis Tributario*, noviembre 2009, (Trad. Equipo de Análisis Tributario). noviembre 2009, p. 6 y p.15.

⁴⁷² *Section 482. Allocation of income and deductions among taxpayers.*

“In any case of two or more organizations, trades, or businesses (whether or not incorporated, whether or not organized in the United States, and whether or not affiliated) owned or controlled directly or indirectly by the same interests, the Secretary may distribute, apportion, or allocate gross income, deductions, credits, or allowances between or among such organizations, trades or

verdadera base imponible en aplicación del principio de plena competencia; de hecho, éste es el propósito de la normativa, tal y como figura en el Reglamento Final de 1994⁴⁷⁴ que desarrolla la mencionada *Section 482* (Reg. Sec. 1.482). A estos efectos, cabe destacar que la *Section 482 del IRC* simplemente se limita a dar permiso a la Administración americana para que, si lo estima necesario, efectúe ajustes con el único propósito de hacer aflorar la verdadera renta imponible derivada de una operación entre partes vinculadas. En este sentido se ha pronunciado parte de la doctrina americana⁴⁷⁵, que ha interpretado que la *Section 482 IRC* únicamente impone la obligación de efectuar un ajuste primario, pero nada dice acerca de los otros ajustes que se derivan precisamente de la imposición de un ajuste primario⁴⁷⁶. Parece evidente que la fijación de un ajuste primario no resuelve en absoluto el conflicto de *transfer pricing*, pues es necesario estudiar si debe o no realizarse otro ajuste en signo contrario a la otra parte contratante, y además, cómo se resuelve el exceso de tesorería que a pesar de todo, sigue estando en manos de una de las dos partes.

businesses, if he determines that such distribution, apportionment, or allocation is necessary in order to prevent evasion of taxes or clearly to reflect the income of any of such organizations, trades, or businesses.”

⁴⁷³ Parece muy acertada la observación de BOUMA H., pues explica el matiz conceptual entre “*allocation*” y “*adjustment*”. En ocasiones el legislador americano utiliza la expresión “*allocate*”, que yo he traducido por “asignar” pero siguiendo con el razonamiento del autor, que comparto, el término “ajustar” es mucho más preciso. Dice el autor, “ (...) *Thus there is no allocation of a price nor even of income (Income is not allocated but changed as a result of the recharacterisation of the transaction, which may include adjusting the price of goods or services)*”. “Overview of the U.S. Transfer Pricing Rules Pertaining to Additional Adjustments. House Country, United States”, en AA. VV. de “*Additional Adjustments to be Made in the Wake of a Transfer Pricing Adjustment*”, September 2006. p. 65.

⁴⁷⁴ *Reg. Sec. 1.482-1(a) (1) Purpose and Scope:*

“The purpose of section 482 is to ensure that taxpayers clearly reflect income attributable to controlled transactions and to prevent the avoidance of taxes with respect to such transactions. Section 482 places a controlled taxpayer on a tax parity with an uncontrolled taxpayer by determining the true taxable income of the controlled taxpayer.”

⁴⁷⁵ Así lo apunta BOUMA, H., “*Although Section 482 is silent on this matter, the regulations under Section 482 do provide guidance in Regs. 1.482-1(g) on what additional adjustments must be made in the wake of a transfer pricing adjustment. The regulations refer to the transfer pricing adjustment as the “primary” adjustment, and to such additional adjustments as “collateral” adjustments. Collateral adjustments in turn may include “correlative” adjustments, “conforming” adjustments, and “setoffs”*”; “Overview of the U.S. Transfer Pricing Rules Pertaining to Additional Adjustments. House Country, United States” 2006, p. 65.

⁴⁷⁶ Curiosamente, DEROHANESIAN, J., entiende que la *Section 482* del IRS también incluye el ajuste correlativo, dejando fuera por tanto los *conforming adjustment* y/o *secondary adjustment*. Señala el autor lo siguiente: “*When section 482 requires a taxpayer to make primary and correlative adjustments to appropriately reflect income, section 1.482-1 (g) (3) also requires the taxpayer to make secondary adjustments to its accounts to reflect the primary and correlative allocations of income and expenses. In other words, a secondary adjustment is needed to reconcile the taxpayer’s books and records with transfers implicated by the primary adjustment.*” “USA: additional directive on Section 965 repatriations / TP adjustments”, *Transfer Pricing International Journal*, September 2009, p. 3.

Para ello, debemos irnos a la regulación que desarrolla esta *Section 482*, esto es, el Reglamento de la *Section 1.482* (en adelante, Reg. Sec. 1.482), el cual no sólo facilita un detalle normativo sino también algunos ejemplos numéricos en aras a facilitar la comprensión; detalle que es de agradecer en un tema tan tremendamente complejo y de difícil solución como éste.

La normativa norteamericana distingue el ajuste primario de aquellos que no lo son, a los cuales denomina *collateral adjustments*; pues es bien cierto que no dejan de ser sino consecuencias colaterales que derivan de la existencia de un ajuste primario. Están clasificados en distintos grupos, a saber; *correlative adjustment*, *conforming adjustment* y *setoffs*. Además, la doctrina ha acuñado el término *secondary adjustments*, de igual denominación que el concepto importado por la normativa española. Deberán, por tanto, definirse los conceptos para ver a qué se refiere la legislación americana cuando contempla tantos tipos de ajustes, aunque ya se anticipa que la doctrina y el *case law* americano es con diferencia, muchísimo más compleja que la normativa española, pues es evidente que tener muchas décadas de ventaja legislativa ha propiciado que los Tribunales americanos analicen con detalle cómo deben resolverse cuestiones de *transfer pricing*.

El conocido ajuste bilateral es el que la normativa de Estados Unidos denomina *correlative adjustment*⁴⁷⁷, que no es más que el correspondiente ajuste negativo efectuado a la base imponible de la otra parte vinculada. Así pues, parece obvio y de fácil comprensión⁴⁷⁸ que si la Administración aumenta la base tributaria de una parte por considerar que el precio convenido le ha supuesto un menor ingreso o un mayor gasto del que debería haber registrado, también a la otra parte le debería suponer una reducción de su base imponible, pues al fin y al cabo ha obtenido un exceso de ingreso o bien un menor gasto.

⁴⁷⁷ Reg. Sec. 1.482 (g) (2) (i).

When the district director makes an allocation under section 482 (referred to in this paragraph (g) (2) as the primary allocation), appropriate correlative allocations will also be made with respect to any other member of the group affected by the allocation. Thus, if the district director makes an allocation of income, the district director will not only increase the income of one member of the group, but correspondingly decrease the income of the other member.

⁴⁷⁸ Por supuesto, el ajuste correlativo, a pesar de ser de fácilmente entendible a nivel conceptual, para nada lo es cuando entra en juego una operación entre dos legislaciones distintas, pues como se sabe, y a pesar de los esfuerzos realizados por la OCDE para armonizar las legislaciones, cada soberanía fiscal es libre para regular su política de precios de transferencia, lo cual me lleva a enfatizar cuán importante es el fortalecimiento de los convenios y la inclusión de cláusulas que permitan al resolución de este tipo de conflictos.

Es importante mencionar que tanto el *primary* como el *correlative adjustment* son ajustes a realizar a la base imponible, con lo que no afectan a la contabilidad. Este aspecto es muy significativo si se contraponen a nuestra regulación, pues como ya ha sido analíticamente analizado, la legislación española presenta una regulación dual, es decir, contable y fiscal que, a pesar de las apariencias, no resulta del todo compatible debido a los diversos aspectos de fricción que ya han sido abordados en el capítulo segundo.

En este sentido es curioso señalar que tanto la OCDE como la legislación estadounidense contemplaron por primera vez los ajustes primarios y correlativos como ajustes estrictamente contables. Sin embargo, posteriormente, tanto en el Informe de la OCDE de 1.995 como en la aprobación definitiva del Reg. Sec. 1.482, no hay duda que los ajustes primarios y correlativos son extracontables, sustituyendo así lo que hasta el momento se conocía como ajustes contables de compensación que podía efectuar el sujeto pasivo directamente, tanto al alza como a la baja⁴⁷⁹.

Hasta aquí no parece que exista demasiado problema, pues la ley española también recoge este tipo de ajuste extracontable. Pero la cuestión a formularse para luego analizarla junto con nuestra normativa, es la relativa a quién puede efectuar este tipo de ajustes según la normativa de Estados Unidos. ¿Puede el ajuste primario efectuarse por el sujeto pasivo? ¿Y el ajuste correlativo? O dicho de otro modo, ¿podría un contribuyente americano presentar una declaración fiscal con un ajuste extracontable negativo que disminuyera su base imponible?

Para contestar a estas cuestiones, es interesante traer a colación las palabras de BOUMA⁴⁸⁰ quien entiende que el ajuste correlativo forma parte del ajuste

⁴⁷⁹ SALA GALVAÑ lo explica más detalladamente en su monografía (*Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, 2003, p. 220, nota 729), en la que señala que “la posibilidad de que sean los propios contribuyentes los que se apliquen la Sec. 482 del IRC al declarar el Impuesto federal se contempló por primera vez en el Reglamento Provisional de 1.993, denominándose ajustes de compensación y configurándose como ajustes contables positivos y negativos de adecuación al principio de *arm's length*. Sin embargo, en el Reglamento Final de 1.994, los ajustes de compensación se suprimieron, y en su defecto, se articularon los ajustes extracontables positivos y negativos por operaciones vinculadas.” *Vid.* pp. 392-393 y nota 1.014 de la citada obra.

⁴⁸⁰BOUMA, *Overview of the U.S. Transfer Pricing Rules Pertaining to Additional Adjustments. House Country, United States*, 2006, p. 71.

primario. No podría estar más de acuerdo con esta afirmación, hasta el punto inclusive de considerar que el ajuste correlativo o bilateral también podría ser un ajuste primario negativo. Así pues, y enlazando esta concepción del ajuste correlativo con la pregunta formulada en el párrafo anterior, ¿el contribuyente podría darse el ajuste primario en signo negativo? ¿Debería entonces aplicarse la otra parte el ajuste correlativo pero en signo positivo? La respuesta es del todo afirmativa, pues no sólo así se infiere de la lectura del Reg. Sec. 1.482 -1 (a) (3), sino también de los comentarios efectuados por la doctrina americana que ha analizado este artículo en concreto.

En este sentido, se estaría hablando de una doble afirmación, ya que, por un lado, no únicamente la Administración está autorizada para practicar ajustes primarios o correlativos, sino que el contribuyente también puede aplicarlos; de hecho, el título de la Reg. Sec. 1.482-1 (a) (3) “*taxpayer’s use of Section 482*”⁴⁸¹ no deja lugar a dudas. Pero por otro lado, estos ajustes pueden ser de signo negativo, de manera que su aplicación implique una disminución de la base imponible del contribuyente americano. En este sentido se han pronunciado ROSENBLOOM⁴⁸² y WARNER⁴⁸³, cuando señalan que el uso de la *Section 482* del *IRC* puede suponer un aumento o una disminución de la base imponible del contribuyente. La verdad es que parece lógico que así sea, pues el Reglamento Provisional de 1.993, a pesar de contemplar los ajustes como contables, ya entendía que podían ser efectuados por el sujeto pasivo al alza o a la baja; de manera que atendiendo a un principio de continuidad en la norma, estos factores se han mantenido inalterables, aunque sí ha variado sustancialmente la concepción del ajuste primario y correlativo respecto a la anterior normativa;

⁴⁸¹ Reg. Sec. 1.482-1 (a) (3) *Tax payer’s Use of Section 482.*

If necessary to reflect an arm’s length result, a controlled taxpayer may report on a timely filed US income tax return the results of its controlled transactions based upon prices different from those actually charged. Except as provided in this paragraph, section 482 grants no other right to a controlled taxpayer to apply the provisions of section 482 at will or to compel the district director to apply such provisions. Therefore, no untimely or amended returns will be permitted to decrease taxable income based on allocations or other adjustments with respect to controlled transactions.

⁴⁸² Señala ROSENBLOOM, D. H.: “*the use to which the taxpayer would put section 482 may have the effect of rising or lowering taxable income, compared with what taxable income would be if the taxpayer reported amounts actually charged or booked.*” “Self-Initiated Transfer Pricing Adjustments”, *Tax Notes International*, June 4, 2007, p. 1021.

⁴⁸³ En la misma línea se pronuncia WARNER J., cuando menciona que “*under that regulation, taxpayers may invoke section 482 to increase their taxable income at any time but may invoke the statute to reduce their taxable income only on a timely filed original tax return.*”. “Announcement 99-1: Rev. Proced. 65-17, More and Less”, *Tax Management International Journal*, May 12, 1999, p. 134.

pues ahora son ajustes extracontables que no inciden en el registro de la operación contabilizada.

Otra cosa será cuán distinto puede ser el interés de un contribuyente americano en ajustar una operación en la que ha participado, en función del signo del ajuste a practicar; sobre todo si entra en juego una entidad residente en otro país, dado que si se trata de dos entidades americanas, el aumento de la base imponible de una parte coincidirá con la reducción en la base imponible de la otra. Pero esto no son más que conjeturas y especulaciones, pues es un hecho que la normativa americana confiere el derecho al sujeto pasivo para que presente su declaración del Impuesto sobre Sociedades aumentando su base imponible con un ajuste primario positivo o disminuyéndola con un ajuste primario negativo, también bautizado como ajuste correlativo o bilateral; aunque en este último caso la declaración no puede presentarse fuera de plazo ni tampoco haber cometido ninguna infracción relacionada con la fijación de los precios de transferencia⁴⁸⁴.

Otra de las cuestiones que resuelve la normativa norteamericana es la relativa a una cuestión meramente temporal; esto es, ¿cuándo debe entenderse efectuado el ajuste correlativo? Un ajuste primario no podrá considerarse realizado, y en consecuencia tampoco se considerará el correspondiente ajuste correlativo, hasta que el sujeto pasivo haya cumplido con una serie de obligaciones formales consistentes en la cumplimentación de determinados formularios. Pero el desarrollo de la *Section 482 IRC*⁴⁸⁵ va mucho más allá, pues ofrece ejemplos concretos de cómo se conjugan en el tiempo dos ajustes de signo contrario.

Así pues, y siguiendo con el ejemplo señalado en la propia normativa estadounidense⁴⁸⁶, imagínese una operación de alquiler entre dos sociedades de un mismo grupo, sociedad A y B efectuada durante el año X. En X+2, la Administración americana, durante un procedimiento de comprobación, considera que B debería haber recibido más ingreso, pues el alquiler pactado se alejaba del valor de mercado (o precio *arm's length*). A su vez, se sabe que A ha generado pérdidas durante los ejercicios X-3, X-2, X-1, X y X+1. La

⁴⁸⁴ Véase *Section 1.662-6T (a) (2)*.

⁴⁸⁵ Véase *Reg. Sec. 1.482-1 (g) (iii) Events Triggering Correlative Allocation*.

⁴⁸⁶ Véase *Reg. Sec. 1.482-1 (g) (2) (iv) Examples – Example 1*.

Administración propone a B un precio que refleje una renta de mercado, y al mismo tiempo, la entidad B cumplimenta el modelo 870 aceptando el ajuste propuesto. Así pues, ha sido en el ejercicio X+2 que la sociedad B ha efectuado el ajuste primario.

Sin embargo, y a pesar de saber que un ajuste negativo en el año X no hubiera tenido ningún impacto recaudatorio en la base imponible de la entidad A, puesto que en este año se habían generado pérdidas, la sociedad A deberá tener en cuenta este aumento de pérdidas en el ejercicio X a la hora de cumplimentar su declaración correspondiente al ejercicio X+2, así como para ejercicios futuros⁴⁸⁷.

2.2- ¿Cómo se concilia la contabilidad y la base imponible tras la aplicación del ajuste primario?

Hasta aquí las dos partes pueden tener ajustadas sus bases imponibles pero es evidente que sigue existiendo una discordancia entre la contabilidad que ha registrado la operación por el precio convenido y la base imponible tras la aplicación del ajuste primario⁴⁸⁸. Dos parecen que pueden ser las soluciones a este conflicto; o la contabilidad de acerca a la fiscalidad o viceversa. Se trata de dos maneras opuestas aunque con el mismo objetivo de resolver la cuestión; siendo Estados Unidos uno de los pocos países que contempla ambas soluciones.

⁴⁸⁷ A continuación, y en aras a profundizar en este aspecto, se transcribe otro de los ejemplos ofrecidos por la normativa americana en el Reg. Sec. 1.482-1(g) (iv) Examples – Example 3.

“The following examples illustrate this paragraph (g) (2). In each example, X and Y are members of the same group of controlled taxpayers. In 1995, X, a U.S. corporation, makes a loan to Y, its foreign subsidiary not engaged in a U.S. trade or business. In 1997, the district director, upon determining that the interest charged on the loan was not arm’s length, proposes to adjust X’s income to reflect an arm’s length interest rate. X consents to an assessment reflecting such allocation by executing Form 870, and an assessment of tax with respect to the section 482 allocation is made in 1997. The district director notifies X in writing of the amount and nature of the correlative allocation to be made with respect to Y. Although the correlative adjustment does not have an effect on Y’s US income tax liability, the adjustment must be reflected in the documentation of Y that is maintained for U.S. tax purposes. Thus, the adjustment must be reflected in the determination of the amount of Y’s earnings and profits for 1995 and subsequent years, and the adjustment must be made to the extent it had an effect on any person’s U.S. income tax liability for any taxable year.”

⁴⁸⁸ Esta discordancia es precisamente el fundamento de los *conforming adjustments*, tal y como señala TEIXEIRA, R., pues como bien indica debe reconciliarse la “cash position”. “Tax Treaty Consequences of Secondary Transfer Pricing Adjustments”, *Intertax*, vol. 37, Issue 8/9, Kluwer Law International BV, 2009, p. 451.

2.2.1- Ajustes a la base imponible

A) Conforming and secondary adjustments

Es el turno ahora de los ajustes extracontables que pretenden conciliar el exceso de tesorería que sigue en poder de una de las dos partes.

En primer lugar debería esclarecer el concepto de *conforming adjustment* y *secondary adjustment*, pues son dos conceptos que pueden inducir a error, y más si cabe, teniendo en cuenta que la legislación española únicamente alude al término de ajuste secundario, incluyendo en esta categoría aquél ajuste que pretende reconciliar la posición contable y fiscal.

En Estados Unidos tanto la doctrina como los informes expedidos por la Administración americana, matizan un concepto del otro, aunque como señala acertadamente WARNER, estos dos conceptos son confundidos incluso por la misma Hacienda de Estados Unidos⁴⁸⁹. En mi opinión, uno de los autores que han sido más claro sobre este aspecto, ha sido precisamente WARNER, el cual define el *conforming adjustment* como la explicación de por qué, tras la aplicación del ajuste primario, una parte sigue siendo poseedora del exceso de tesorería, mientras que el ajuste secundario no es más que el tratamiento que se le corresponde a esta explicación⁴⁹⁰.

También GIMBEL LEWIS⁴⁹¹ ofrece una definición que marca la diferencia entre ambos conceptos, a saber, un ajuste de conformidad es la operación oculta que

⁴⁸⁹ WARNER observa que inclusive el IRS confunde el ajuste de conformidad con el secundario, lo cual a mi modo de ver no es tan grave, pues realmente creo que con un único término se podría englobar el concepto, que al final y al cabo no dejan de ser dos fases de una misma secuencia. Concretamente, el autor comenta lo siguiente: “*Note that the IRS sometimes confuses the terms “conforming adjustment” and “secondary adjustment”. In Reg. Sec. 1.441-2(e)(2), the IRS characterizes the explanation of a greater-than arm’s length payment from a U.S- taxpayer to a foreign related party as a “secondary adjustment”, while Reg. Sec. 1.482-1 (g)(3) calls the same type of adjustment a “conforming adjustment”.* “Conforming and Secondary Adjustments under Section 482”, *Tax Management International Journal*, August 7, 1998, p. 394, nota 4.

⁴⁹⁰ WARNER (“Conforming and Secondary Adjustments under Section 482”, 1998, p. 394), señala que “*the conforming adjustments will be the explanation – if one is needed – as to why Taxpayer is \$20 poorer and Related Party is \$20 richer than can be explained by the adjusted transfer pricing. The secondary adjustment will be the treatment of Related Party’s eventual repayment of the \$20 non-arm’s length portion of the original price.*”

⁴⁹¹ GIMBEL LEWIS, P. y BREEN, J., “Coming Full Circle? Secondary Adjustments and Repatriation in Transfer Pricing Cases”, *Transfer Pricing Report*, vol. 17, 2008, p. 28.

concilia el exceso de fondos en manos de una parte, como lo es una distribución encubierta de dividendos o una aportación de fondos también encubierta; siendo el ajuste secundario la recopilación de las consecuencias tributarias de ese operación oculta y presunta.

Dicho de otro modo, el *conforming adjustment* pretende “conformar” las posiciones divergentes respecto el *cash* y la base imponible tras el ajuste primario, siendo el ajuste secundario la ejecución de esta explicación.

A mi modo de ver, estas explicaciones derivan de la vaguedad que impera en la Reg. Sec. 1.482-1(g)(3)(i)⁴⁹², la cual insta a la realización de ajustes “apropiados” (*appropriate adjustments*) para que la contabilidad del sujeto pasivo se “conforme” con la base imponible tras el ajuste primario; ya sea a través de la figura del dividendo encubierto o de la aportación de fondos o inclusive mediante el procedimiento de préstamo. En este mismo sentido se ha pronunciado WARNER⁴⁹³, entre otros⁴⁹⁴, pues ni tan siquiera el desarrollo reglamentario de la *Section 482* ofrece más detalle que un párrafo demasiado genérico.

En este sentido, entiendo que la doctrina estadounidense matice el concepto entre *conforming y secondary adjustment*, precisamente por aparecer en el texto legal, aunque sinceramente opino que a veces es mejor pecar de pocos conceptos pero concisos que de muchos pero demasiado vagos. Todavía el

⁴⁹² Reg. Sec. 1.482-1(g)(3)(i) es el único párrafo que menciona el tipo de ajustes que deben realizarse para “conformar” el exceso de tesorería, siendo quizás intencionadamente vago en su redacción. Dice así: “*Appropriate adjustments must be made to conform a taxpayer’s aCCOUNT to reflect allocations made under section 482. Such adjustments may include the treatment of an allocated amount as a dividend or a capital contribution (as appropriate), or, in appropriate cases, pursuant to such applicable revenue procedures as may be provided by the Commissioner, repayment of the allocated amount without further income tax consequences*”.

⁴⁹³ El autor se refiere a la poca concreción que el texto legal ofrece en su redacción respecto a cómo conciliar las posiciones contables y fiscales. Dice así: “*But, given that primary and correlative adjustment, nothing in Section 482 itself or the regulations thereunder provides guidance as to how to explain, from a tax point of view, how or why the related party became \$20 richer than is explained by the revised tax aCCOUNTING results.*” “*Conforming and Secondary Adjustments under Section 482*”, 1998, p. 394

⁴⁹⁴ En este mismo sentido se ha pronunciado un artículo anónimo de título “*Collateral Adjustments*” publicado en la base de datos *Foreign Income Portfolios: Transfer Pricing: Portfolio 887-1st: Transfer Pricing: the Code and the Regulations: Chapter 1: section 482 and the Regulations Thereunder; the 1994 regulations, 2.000, p. 3*. En concreto dice lo siguiente: “*Section 482 is one of the few Code provisions that permits the recasting of a transaction without providing any clear guidance as to how to account for the transactional consequences of the recasting itself*”.

riesgo es mayor si es la propia Administración americana la que utiliza ambos términos de manera confusa.

Inclusive, SALA GALVAÑ, que estudió el funcionamiento de los ajustes en operaciones vinculadas según la normativa estadounidense, utiliza el término *secondary adjustment* exactamente igual que se utiliza en la normativa española, aunque a fecha de publicación de la monografía de la citada autora todavía no había entrado en vigor el artículo 16.8 del TRLIS. Así, SALA GALVAÑ, considera que los *secondary adjustments* son aquellos ajustes que “parten del resultado contable generado tras la realización de la operación vinculada y pretenden gravar todas las operaciones vinculadas que hubiera tenido que llevar a cabo el sujeto pasivo, de actuar en condiciones de mercado, para generar la situación patrimonial que actualmente refleja su contabilidad tras el precio de transferencia no acordado “*arm’s length*”. A *sensu contrario*, considera la autora⁴⁹⁵ que los *conforming adjustments* persiguen el mismo objetivo que el *secondary adjustment*, esto es, “aunar contabilidad y fiscalidad” pero utilizando el camino inverso, es decir, “se basan en la base imponible del contribuyente vinculado tras el ajuste primario y pretenden reconducir la actual situación patrimonial del contribuyente a la que se hubiera reflejado contablemente si tal operación vinculada se hubiera realizado en condiciones normales de plena competencia, permitiendo así la repatriación efectiva del exceso de beneficios provocado por el precio de transferencia *not arm’s length*”⁴⁹⁶.

Sea como fuere, dicen que el nombre no hace la cosa, de manera que lo que sí está claro es que la normativa americana permite tanto el sujeto pasivo como a la Administración resolver el conflicto que se produce tras la aplicación del ajuste primario, ya sea ajustando la contabilidad a la fiscalidad o viceversa, pues el objetivo es siempre el mismo: dar explicación y tratamiento fiscal y/o

⁴⁹⁵ SALA GALVAÑ, *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, 2003, p. 218.

⁴⁹⁶ Del mismo modo la IFA define el *conforming adjustment*, como el reverso de los ajustes secundarios. El glosario contenido en la publicación *Secondary Adjustments and related aspects of transfer pricing corrections. Proceedings of a Seminar held in Toronto, Canada, in 1994 during the 48th Congress of the International Fiscal Association*, Kluwer Law International, vol. 19b, Londres, 1997, p. 21, los define como “*a recharacterization of transfers of cash (such a dividend) between ACORP and a BCORP as a payment of transfer price, in order to adjust the profits of BCORP to the level they would have been had the transfer pricing been arm’s length; usually the reverse of what the secondary transaction would have been*”.

contable al exceso y al defecto de tesorería que queda en manos de las partes intervinientes en la operación vinculada⁴⁹⁷.

Salvado el conflicto entre términos, es el turno de centrarse en cómo se ajusta la fiscalidad a la contabilidad. Como no podía ser de otra manera, y teniendo en cuenta la imprecisión de la Reg. Sec. 1.482 -1 (g)(3)(i), ha sido la jurisprudencia y la doctrina quienes a lo largo de los años han definido cómo deberán efectuarse este tipo de ajustes extracontables⁴⁹⁸, pues lo único que nos ofrece el texto legal es la opción para efectuar un dividendo (*constructive dividend*) o una aportación de capital (*deemed capital contribution*).

Cuando la operación se efectúa entre socio y sociedad, la operación presunta será un dividendo encubierto o bien una aportación a los fondos al capital, en función de quién sea el beneficiario del exceso de tesorería; teniendo más bien una concepción objetiva⁴⁹⁹ de las operaciones ocultas. Hasta aquí podría decirse que no hay novedad respecto nuestra legislación, pues el tratamiento tributario es parecido. Ahora bien, el hecho que Estados Unidos disponga de una vía de escape permitiendo al sujeto pasivo una repatriación de sus fondos a través de un procedimiento especial de préstamo, marca la gran diferencia entre ambas legislaciones; aunque se dejará este procedimiento especial para el próximo apartado. Volviendo estrictamente al ajuste secundario, es importante señalar que una distribución de dividendos llevará aparejada su correspondiente

⁴⁹⁷ TEIXEIRA utiliza ambos términos como sinónimos, no en vano, literalmente señala “*In the United States, conforming (secondary) adjustments in the wake of transfer pricing...*”. “Tax Treaty Consequences of Secondary Transfer Pricing Adjustments”, 2009, p.457.

⁴⁹⁸ Es importante insistir en la idea que los ajustes secundarios son siempre extracontables, al igual que los primarios y por ende, los correlativos. Así lo recuerdan O'BRIAN, J. y OATES, M. en su artículo “*Calling for IRS for a Flagrant Foul: Imputing Interest As a Secondary Adjustment*”, *Journal of Taxation of Global Transaction*, Winter 2006, p. 40.

⁴⁹⁹ Eso parece desprenderse de las palabras de JENKS T. que señala que la distribución de beneficios constituye un dividendo aunque no se den las formalidades que suele llevar esta operación. De ahí que el autor transcribe un párrafo de la sentencia *Clark vs. Commissioner* que dice así: “*To constitute a distribution taxable as a dividend, the benefit received by the shareholder need not to be considered as a dividend either by the Corporation or its shareholders, declared by the board of directors, nor other formalities of a dividend declaration need to be observed, if not all the evidence there is a distribution of available earnings or profits under a claim of right or without any expectation of repayment*”. Sigue el autor reiterándose en esa idea que creo que refuerza la visión objetiva del ajuste secundario, pues señala lo siguiente: “*Thus, in transactions between a controlling stockholder and his controlled corporation, ostensibly for a Business purpose, a dividend may be constructed where the corporation pays more than arm's length consideration, or the stockholder pays less than an arm's length consideration, for property purposes*”. “Constructive Dividends Resulting from Section 482 Adjustments”, *Tax Law*, vol. 24, Issue 83, 1970-1971, p. 84.

retención, la cual podrá estar fijada por Convenio cuando se trata de dos entidades residentes en distintas soberanías fiscales. Con ello pretendo insistir en la idea que un dividendo sí genera consecuencias fiscales que suponen una tributación, mientras que la aportación de fondos simplemente supone un aumento del valor de las participaciones pero ningún impacto recaudatorio directo, ni tan siquiera supone tributación alguna en concepto de ampliación de capital⁵⁰⁰.

Por último es importante resaltar que en Estados Unidos la aplicación de un ajuste secundario es aplicable directamente por el IRS, de manera que no es el propio sujeto pasivo quien escoge sufrir las consecuencias del *secondary adjustment*, mientras en nuestro Derecho positivo, y a pesar de ser éste un aspecto generador de debate, la mayoría de la doctrina entiende que el mandato fiscal que emana del artículo 16.8 del TRLIS va dirigido tanto a la Administración como al sujeto pasivo. En cambio, según la regulación norteamericana, el contribuyente sí puede elegir la vía del préstamo ajustando la contabilidad a la base tributable (*Rev. Proced.* 99-32, que se estudiará en el próximo apartado).

Me parece importante hacer hincapié en este aspecto, pues en nuestra legislación la NRV 21^a insta al propio contribuyente a que registre la operación híbrida, la cual puede ser por supuesto una distribución de dividendo o aportación de fondos; mientras que la ley americana concibe el ajuste secundario como una especie de “castigo” impuesto por la Hacienda estadounidense para aquellos contribuyentes que no han escogido la vía del *Rev. Proced.*, posiblemente por no cumplir los requisitos. Es pues curioso destacar que la fiscalidad se ajusta a la contabilidad vía ajustes extracontables precisamente cuando el contribuyente no opta por adecuar la contabilidad a la fiscalidad mediante el *Rev. Proced.* 99-32.

La cuestión es, ¿y por qué hay esta concepción de castigo sobre el ajuste secundario? Pues simplemente porque sí genera consecuencias fiscales,

⁵⁰⁰ GIMBEL LEWIS, P. nos lo recuerda en su artículo “Now what? Collateral Consequences of Transfer Pricing Adjustments”, *Tax Executive*, vol. 47, Issue 277, July-August 1995, p. 278, señalando que “No direct adverse collateral U.S. tax consequences will result with respect to Foreign Subsidiary because the overpayment is treated as a nontaxable capital contribution.”

especialmente en el caso del reparto presunto de dividendos. Sin embargo, y a pesar de parecer el *Rev. Proced.* 99-32 como una salida digna y “barata” ante una operación vinculada que no ha respetado el principio de *arm’s length*, algunos autores son críticos con esa visión. Así pues, cuando se habla de consecuencias fiscales del *secondary adjustment*, la doctrina y la jurisprudencia se refieren a la retención que supone considerar una renta como dividendo, pues en el caso de EE. UU. este porcentaje sería del 30%⁵⁰¹.

Otro tema sería cómo juega el ajuste secundario americano en operaciones entre sociedades hermanas y la teoría de los dividendos triangulares, creada por la propia jurisprudencia estadounidense; aspecto éste a desarrollar en el siguiente apartado.

B) Operaciones triangulares

En la normativa americana no se hace una referencia expresa al tipo de vinculación entre las entidades, como sí lo hace el artículo 16.8 del TRLIS, el cual únicamente se basa en transacciones entre socio y sociedad. Ahora bien, ¿qué sucede si la operación se ha efectuado entre dos sociedades hermanas? En la jurisprudencia americana pueden encontrarse sentencias de la década de los 40⁵⁰², las cuales ya se planteaban qué tratamiento otorgar al exceso de renta que permanece en manos de una de las partes vinculadas; pues como se sabe y siguiendo la esencia del *Common Law*, el hecho que el texto legal no especifique qué tratamiento otorgar al exceso de tesorería entre dos sociedades hermanas, no quiere decir que el *case law* americano no haya pensado en ello, habiendo fijado varias teorías explicativas.

Como digo, en Estados Unidos la regulación no señala expresamente un tratamiento concreto; aunque cuando establece que deben realizarse “*appropriate adjustments*⁵⁰³” alude directamente al dividendo y a la aportación;

⁵⁰¹ Véase *Code Section* 882.

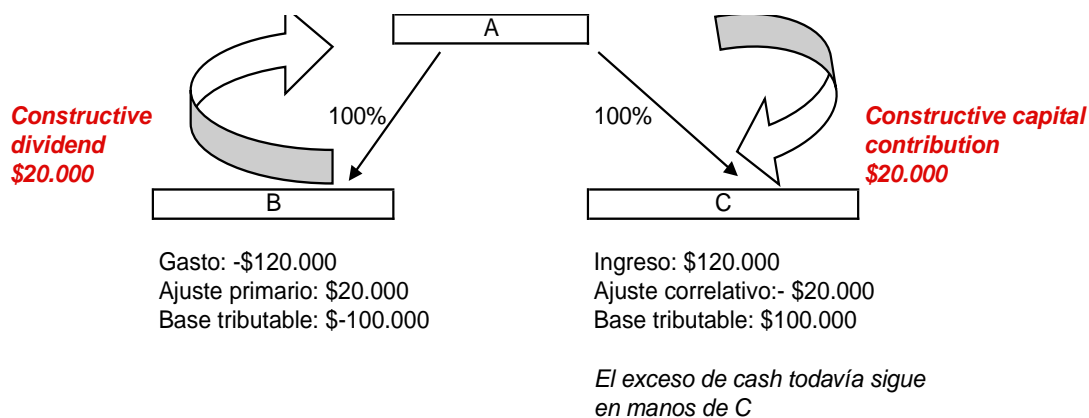
⁵⁰² A título de ejemplo, se cita la sentencia *Helvering vs. Horst*, 311 U.S. 112 (1.940), a cuyo contenido me referiré más adelante.

⁵⁰³ Recuérdese el literal del texto legal: Reg. Sec. 1.482-1(g)(3)(i) “*Appropriate adjustments must be made to conform a taxpayers’s account to reflect allocations made under section 482. Such adjustments may include the treatment of an allocated amount as a dividend or a capital contribution (as appropriate), or, in appropriate cases, pursuant to such applicable revenue*

operaciones éstas que por su naturaleza mercantil, únicamente deberían ser concebidas entre una matriz y su filial.

La teoría o más bien técnica o la doctrina de los dividendos triangulares fue creada por la propia Administración estadounidense, aunque por fortuna, ha venido siendo matizada por los tribunales. Antes de ir avanzando en la materia, la cuestión radica en saber exactamente a qué supuestos se refiere. Imagínese una operación vinculada entre dos sociedades cuya matriz es común. Parece evidente que al carecer de una relación directa de matriz-filial, no podría ser considerado un reparto encubierto de dividendos ni tampoco una aportación, pues tales operaciones sólo tienen cabida ante sociedades que son madre e hija. ¿Qué hacer entonces cuando la operación se efectúa entre dos sociedades que son hermanas? La teoría de los dividendos triangulares trata igualmente de conciliar la contabilidad con la fiscalidad, entendiendo que una de las dos filiales ha repartido dividendos a la sociedad matriz, y posteriormente la sociedad matriz ha efectuado una aportación de capital a la otra sociedad filial, explicando así la diferencia de fondos que residía en esta segunda filial receptora de la aportación.

Véase la teoría de los dividendos triangulares con un ejemplo. Imagínese que A ostenta la totalidad de las participaciones de las sociedades B y C, las cuales efectúan un operación vinculada cuyo precio convenido difiere del valor *arm's length*. El IRS considera que existe un diferencial de \$20.000 que reside en manos de C, pues resulta que la sociedad B le ha adquirido a C un servicio por \$120.000 cuando su valor de mercado era de \$100.000.



procedures as may be provided by the Commissioner, repayment of the allocated amount without further income tax consequences”.

Como se sabe una distribución de dividendos lleva aparejada una retención. La sociedad matriz A bien pudiera ser residente en Estados Unidos o extranjera, en cuyo caso habría que estar al tipo de retención fijado en el eventual Convenio, si es que existiera, o bien aplicar directamente una retención del 30%, tal y como establece la legislación americana.

En el siguiente capítulo, en el que se efectuará un estudio más pormenorizado de Derecho comparado, se analizará, bajo mi humilde punto de vista, las virtudes y defectos de este sistema y el debería abogarse o no por su aplicación en nuestra legislación. No obstante, por ahora se reflejarán las distintas teorías jurisprudenciales norteamericanas que avalan dicha técnica de recalificación de rentas.

Tal y como ya se ha mencionado, esta teoría ha venido siendo matizada por los Tribunales pero aún así, a fecha de hoy, el IRS tiene cierta tendencia automática a su aplicación, concepción que difiere muchísimo de la que nos ofrece la jurisprudencia, en cuyas sentencias se observa que cada vez más la excepción es aplicar la técnica de los dividendos triangulares, no siendo por tanto la regla general, como sí parece que lo es para el IRS, a juzgar por su aplicación sistemática⁵⁰⁴ y su propia explicación sobre su posición.⁵⁰⁵

Veamos ahora cómo el *case law* americano ha ido matizando esta aplicación automática de los dividendos triangulares y cuáles han sido las teorías sobre las cuales se haya apoyado para decidir en qué casos cabía la aplicación de esta

⁵⁰⁴ En este mismo sentido se pronuncian O'BRIEN y OATES con una frase muy elocuente que vale la pena reproducir: "*Despite the IRS's predisposition to assert triangular conforming adjustment in the wake of a Code Sec. 482 income allocation between brother-sister affiliates, the case law categorically holds that this result is not preordained as night follows day*", "Why Triangular Constructive Dividends/Capital Contributions Have No Place in Code Sec. 482 Cases", *International Tax Journal*, November-December 2009, p. 22.

⁵⁰⁵ En Estados Unidos el IRS de vez en cuando publica su postura respecto un tema concreto. En este caso, no queda lugar a dudas que ante una operación efectuada entre dos sociedades hermanas que no cumplan el principio de *arm's length*, se aplicará la técnica de los dividendos triangulares. Así lo recoge RAINERI W. en su artículo, en el cual transcribe la posición del IRS. Dice así: "*Section 482 of the Code applies to bargain sale transactions between brother-sister corporations that result in significant shifting of income. Where an allocation is made under Section 482 of the Code as a result of a bargain sale between brother-sister corporations, the amount of the allocation will be treated as a distribution to the controlling shareholder(s) with respect to the stock of the entity whose income is increased and as a capital contribution by the controlling shareholder(s) to the other entity involved in the transaction giving rise to the Section 482 allocation*". "Collateral Consequences of Intercompany Adjustments", *Tax Management Transfer Pricing Report, Special Report*, vol. 3, núm. 12, Report 14, 1994, p. 15.

técnica y en qué casos se desestimaba lo argumentado por el propio IRS. Inclusive, RAINERI nos recuerda cómo en alguna sentencia el Tribunal ha llegado a decir que la aplicación de los dividendos triangulares es “*only in rare and unusual circumstances*”⁵⁰⁶.

Tres son las teorías que la doctrina resume como recopilatorias de estas décadas de jurisprudencia estadounidense sobre esta problemática concreta: a) *Objective / Subjective Theory*, b) *Primary Benefit / Business Purpose Theory* y c) *Economic Earner Theory*. A continuación se detallará el contenido de cada una de esas teorías así como de algunas sentencias en las que se han apoyado. Sin embargo, sí quisiera dejar constancia que en realidad en todas ellas hay un común denominador y que no creo que sean excluyentes entre sí; a saber, si el socio común se beneficia de la operación llevada a cabo por dos de sus filiales, sí podrá aplicarse los dividendos triangulares. Deberá por tanto diferenciarse si el beneficio del socio es colateral o indirecto a la propia operación, estando la misma, por tanto, basada en razones estrictamente económicas, o bien se esconde tras la transacción una voluntad de enriquecimiento de la matriz.

Llegados a este punto creo que es relevante hacer alusión a SALA GALVAÑ⁵⁰⁷, quien señala algo de suma importancia; pues recuerda en su monografía que el IRS aplicaba la técnica de los dividendos triangulares “independientemente de que el motivo de la operación hubiera sido o no un intento de distribuir impropriamente ingresos y gastos entre sociedades vinculadas implicadas”. Por suerte, la jurisprudencia matizó esta aplicación sistemática imponiendo “límites para la correcta aplicación de la teoría de los dividendos triangulares circunscribiéndola a supuestos muy concretos”, en línea con lo comentando en el párrafo anterior; pues debería poder demostrarse una verdadera intencionalidad.

- i) *Objective / Subjective Theory*: Esta teoría está basada en el caso *Sammons vs. Commissioner*⁵⁰⁸, la cual se fundamenta en el

⁵⁰⁶ RAINERI, “Collateral Consequences of Intercompany Adjustments”, 1994, p. 9.

⁵⁰⁷ SALA GALVAÑ. *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, 2003, p. 213.

⁵⁰⁸ *Sammons vs. Commissioner*, 479, F2d 449 (5th Cir. 1973). Para entender por qué este caso genera toda una teoría es conveniente explicar los hechos del mismo: Se trata de una persona física, el Sr. *Sammons* que era titular del 99% de la entidad denominada *Reserve*. A su vez, el Sr.

cumplimiento de dos tests, el *objective / distribution test* y el *subjective / business purpose test*. El primer examen pretende justificar la aplicación de la teoría de los dividendos triangulares siempre que la sociedad filial transmitente haya experimentado una pérdida de control a favor de la matriz común. El segundo test está basado en la teoría general que bajo mi opinión engloba las demás; esto es, que la operación vinculada se haya efectuado para beneficiar al socio común y no por motivos estrictamente comerciales, como debería haber sido⁵⁰⁹.

- ii) *Primary Benefit / Business Purpose Theory*: Esta teoría de hecho refuerza el *business purpose test* de la *Objective / Subjective Theory*; pues viene a poner de manifiesto que únicamente se deberá aplicar la técnica de los dividendos triangulares cuando en el socio común haya un beneficio directo y tangible de la operación, entendiendo que no habrá dividendos triangulares si el socio común se ha visto beneficiado por la operación pero de una manera colateral; es decir, propia de la misma naturaleza de la transacción. Así pues, la jurisprudencia analiza la existencia de un verdadero motivo comercial y de haberlo, no aplica los dividendos triangulares, a pesar que el socio común haya podido indirectamente obtener alguna ventaja.
- iii) *Economic Earner Theory*. Bajo mi punto de vista esta teoría todavía es más restrictiva en la aplicación de los dividendos triangulares, pues únicamente habilita su puesta en práctica cuando la transacción se ha llevado a cabo con una intención claramente fraudulenta.

Sammons y la sociedad *Reserve* eran socios directos de la sociedad *Standard*, la cual poseía el 100% de la sociedad *Aero*. Hasta aquí la estructura del grupo. *Aero* necesitaba dinero y solicitó un préstamo al banco, el cual avaló directamente el Sr. *Sammons*, pues *Aero* carecía de garantías suficientes. *Aero*, era una sociedad insolvente y finalmente el Sr. *Sammons* acabó pagando el préstamo. *Reserve* adquirió las acciones de *Aero* y así *Aero* pudo saldar la deuda que tenía con el Sr. *Sammons*. La operación vinculada objeto de comprobación fue precisamente la compraventa de acciones. El *Tax Court* consideró que la compra de acciones se había efectuado no con ningún propósito comercial, sino el de beneficiar directamente al Sr. *Sammons*, considerando que era el socio común persona física quien ostentaba el control de la operación.

⁵⁰⁹ Nos recuerda RAINIERI que “*it must be significant enough for the court to find that the common shareholder’s benefit was more than merely derivative in nature*”. “Collateral Consequences of Intercompany Adjustments”, 1994, p. 10.

Como es lógico la jurisprudencia americana nos ha brindado resoluciones favorables a la aplicación de los dividendos triangulares, como son los famosos casos *Old Dominion Plywood vs. Commr.*⁵¹⁰ y *George W. Knipe vs. Commr.*⁵¹¹., entre otros⁵¹², y algunos que no han posibilitado su aplicación, siendo éstos mayoritarios en número, a título de ejemplo se nombra a *Rapid Electric Co., Inc. vs. Commr.*⁵¹³., *W.B. Rushing vs. Commr.*⁵¹⁴. y a *R.T. French vs. Commr.*⁵¹⁵, entre otros⁵¹⁶.

⁵¹⁰ La empresa americana *Old Dominion* se dedicaba al contrachapado de madera pero tenía algunas dificultades para proveerse de determinados materiales necesarios para la fabricación de su producto final. Los socios de *Old Dominion* decidieron constituir una nueva sociedad, llamémosla *Newco*, para que pudiera proveer a su sociedad hermana de las materias necesarias. A su vez, *Old Dominion* le concedió una línea de crédito a la *Newco* por importe de \$100.000. Por otra parte, uno de los socios de *Old Dominion*, que también lo era de la *Newco*, garantizó un préstamo bancario de la *Newco* por valor de \$25.000. El 17 de julio de 1961 *Old Dominion* adelantó a la *Newco* otros \$25.000, los cuales le sirvieron a esta última para devolver el crédito al socio que le había garantizado el préstamo, pues la *Newco* acumulaba pérdidas y no pudo devolver el préstamo al banco, pero no devolvió el dinero a su sociedad hermana *Old Dominion*. El *Tax Court* consideró que el socio común de *Old Dominion* y *Newco* había recibido un “*constructive dividend*” de \$25.000.

⁵¹¹ Dos empresarios personas físicas poseían acciones de las sociedades *Equitable Publishing Co.* y *North Penn Publishing Co.* Mientras la primera de ellas era muy rentable y publicaba una revista cinco días a la semana, de nombre *the Reporter*; *North Penn Publishing Co.* tenía pérdidas, pues su publicación semanal no tuvo el éxito esperado. Los socios comunes decidieron que la sociedad *Equitable* debería compartir parte de sus beneficios con su sociedad hermana *North Penn*, asumiendo gastos que no le correspondían. El Tribunal entendió que las operaciones entre ambas sociedades no cumplían el principio de *arm's length* y que el beneficio de *Equitable* debía ser mayor, lo cual supuso a su vez, la calificación como dividendos del diferencial de precio a favor de los socios comunes y la oportuna retención. El *Tax Court* argumentó su postura diciendo que “*the agreement was not entered for any proper corporate purpose*”.

⁵¹² Véase *Central de Gas of Chihuahua vs. Commr.*, (1994), *David A. Alyswoth vs. Commr.* (1963).

⁵¹³ SALA GALVAÑ nos resume muy bien la postura del Tribunal ante este caso; cito textualmente: “el tribunal halló razones comerciales suficientes para no imponer la doctrina de los dividendos triangulares. Éste alegó que los intereses no pagados por préstamos concedidos por una sociedad filial de Puerto Rico a otra residente en Estados Unidos no constituían una distribución de dividendos a favor del a sociedad matriz americana debido a que la filial estadounidense, única compradora de la empresa productora puertorriqueña, estaba experimentando dificultades financieras, con lo que la filial de Puerto Rico veía peligrar también su propia existencia.” *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, 2003, p. 215.

⁵¹⁴ En *W.B. Rushing*, dos sociedades hermanas compraron dos terrenos adjuntos con el objetivo de construir un centro comercial. La sociedad *L.C.B.* prestó dinero a *Briercroft*, entidad encargada de la construcción del complejo residencial de dicho centro. La transacción enjuiciada era precisamente el citado préstamo y la cuestión a resolver era si realmente el socio común había recibido un “*constructive dividend*”. Finalmente el *Tax Court* resolvió no aplicando la doctrina de los dividendos triangulares, pues entendió que cualquier beneficio que pudiera haber obtenido el socio común era indirecto.

⁵¹⁵ Este caso curiosamente se resolvió no por la vía de la aplicación favorable o desfavorable de la doctrina de los dividendos triangulares, sino porqué finalmente el *Tax Court* consideró que el valor pactado respecto el contrato de licencia de *know how* (operación comprobada) era de mercado. Sin embargo vale la pena señalar la postura de IRS, que como era fácilmente previsible, una vez más llegó a la conclusión que puesto que el precio era inferior al de mercado debía aplicarse la teoría de los dividendos triangulares. La transacción se llevó a cabo entre dos sociedades hermanas, una americana y otra inglesa, ambas participadas por una matriz británica. Puesto que el IRS entendió que la sociedad filial americana había cedido su *know how*

La cuestión ahora a resolver es qué sucede si la doctrina de los dividendos triangulares resulta inaplicable. ¿Cómo resuelve el *case law* americano el exceso de renta en una operación efectuada entre dos sociedades hermanas a la que no le es de aplicación la teoría del *triangular dividend*? Pues parece que la jurisprudencia americana siempre acaba resolviendo los temas creando nuevas teorías; en este caso, se trata de la teoría de la nulidad, tal y como la ha traducido acertadamente a mi entender SALA GALVAÑ⁵¹⁷. Así pues, se hará la ficción que el exceso de tesorería que reside en manos de una sociedad filial es como si en realidad lo estuviera en manos de la otra, de manera que cuando la sociedad que efectivamente ostenta tal exceso reparta beneficios al socio común, se entenderá que los ha distribuido la otra filial⁵¹⁸.

2.2.2.- Ajustes a la contabilidad. Rev. Proced. 99-32

A) Esencia y fundamento

Antes de entrar en el detalle de este procedimiento es de vital importancia matizar cómo se refieren a él la mayoría de la doctrina⁵¹⁹, bautizándolo como un “*relief procedure*”, es decir, como un procedimiento “alivio” para el sujeto pasivo. Ello es así porque dicho procedimiento, a diferencia del “*secondary adjustment*” permite que no existan consecuencias fiscales más allá de los propios intereses que genera cualquier préstamo; pero incluso este aspecto ha sido debatido por la doctrina; debate al que me referiré más adelante.

El procedimiento *Rev. Proced. 99-32* permite al contribuyente ahorrarse los costes fiscales que puede acarrear la calificación prácticamente automática de

por un precio inferior al normal de mercado, no únicamente practicó un ajuste positivo en su base imponible, sino que también entendió que ésta misma sociedad había distribuido dividendos a su matriz inglesa, por lo que la sociedad matriz debía tributar al 30% por obligación real sobre el diferencial de precio.

⁵¹⁶ Véase también, *White Tool and Machine Co. v. Commr., Ross Glove Co. vs. Commr.*

⁵¹⁷ SALA GALVAÑ, *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, 2003, p. 215.

⁵¹⁸ Véase RAINERI, “Collateral Consequences of Intercompany Adjustments”, 1994, pp. 16-17

⁵¹⁹ Entre otros, MOSES M. en “Compensating Adjustments”, *Tax Management Transfer Pricing Report*, vol. 17, January 28, 2010, p. 1.005, y GIMBEL LEWIS y BREEN, “Coming Full Circle? Secondary Adjustments and Repatriation in Transfer Pricing Cases”, 2008, p. 34.

un dividendo encubierto o inclusive una aportación de fondos, que aunque no supone tributación alguna en el momento de la calificación, sí supone una modificación en el valor de las participaciones. En este caso el mecanismo es sencillo, permitir al contribuyente optar por registrar contablemente un préstamo entre sociedades vinculadas, en virtud del cual una parte le devuelve a la otra el excedente de tesorería que ha acumulado y que, tras el ajuste primario no cuadra con el registro contable de la operación.

Obsérvese pues que el mecanismo es completamente opuesto a lo que se entiende como ajuste secundario, aunque la finalidad sea la misma, esto es; aunar la contabilidad con la fiscalidad. Se sabe que ha existido una operación vinculada cuyo precio convenido difiere del de mercado y en consecuencia se efectúa el correspondiente ajuste primario así como el correlativo; lo cual deja en evidencia que la base imponible de las partes no coincide con la contabilidad de la operación. En este caso, en lugar de adecuar la fiscalidad a la contabilidad mediante operaciones ficticias registradas extracontablemente, se ataca directamente la contabilidad, para que sean los propios libros contables de la compañía los que registren una operación que permita explicar ese exceso de tesorería; siendo esta operación un préstamo, y no cualquier otra operación. Ésta es sin duda una manera de explicarlo, aunque también podríamos decir que simple y llanamente se trata de una repatriación de fondos. Y eso es cierto, no lo discuto en absoluto pero sí que creo que existe una nueva operación, la de préstamo, que precisamente instrumentaliza esta devolución del exceso de tesorería; aunque si el mismo se decide que no genere intereses, sí podría equiparse un préstamo sin intereses con una restitución o repatriación.

A mi entender, este matiz es sumamente importante, pues nada tiene que ver la contabilización de un préstamo con el registro de una operación híbrida, expresión utilizada en la ya comentada NRV 21 de nuestro PGC. Pero a esto también volveré más adelante cuando, una vez descrita la realidad normativa de otras legislaciones fiscales, se realice el estudio comparativo.

Según iba profundizando en la lectura de este procedimiento, me ha parecido sumamente interesante el estudio del fundamento del mismo con el que nos obsequian GIMBEL LEWIS y BREEN, pues parecen ahondar en la esencia

misma del concepto de préstamo. Según GIMBEL LEWIS y BREEN⁵²⁰, si una empresa, por el motivo que sea, factura de más a una tercera parte, parecería lógico que esta tercera parte, llamémosle cliente, solicitara la rectificación del precio que se le ha cobrado en forma de devolución de este exceso. Así pues, se trataría de un préstamo *ab initio* sin consecuencias fiscales, pues podría darse el caso que en el mismo ejercicio fiscal el empresario hubiera experimentado un incremento y un descenso del precio por el mismo importe. Puede parecer un razonamiento simple, pero muchas veces, una figura jurídica obedece simple y llanamente a la voluntad de pretender solucionar un problema de la forma más eficiente posible.

Antes de entrar en la literalidad de la normativa reguladora de este procedimiento, entiendo fundamental subrayar aquello que la propia doctrina⁵²¹ estadounidense realiza, que no es más que ejemplificar las distintas posibilidades en las que podría aplicarse el *Rev. Proced.* 99-32, así como la dirección en la que irán los préstamos; o dicho de otro modo, a qué sociedad se le generará el derecho de cobro.

Así pues, y siguiendo el razonamiento de la propia doctrina americana⁵²², si se parte de dos sociedades vinculadas que convienen un precio que difiere del de mercado, A y B, existen cuatro posibilidades básicas:

- 1) A compra producto o servicio a B por encima del precio de mercado.
- 2) A compra producto o servicio a B por debajo del precio de mercado.
- 3) B compra producto o servicio a A por encima de su valor de mercado.
- 4) B compra producto o servicio a A por debajo de su valor de mercado.

¿Cuándo actuará el IRS si A es una sociedad estadounidense y B extranjera? Pues parece que lo hará cuando sea la sociedad americana la que haya sufrido

⁵²⁰ GIMBEL LEWIS y BREEN, “Coming Full Circle? Secondary Adjustments and Repatriation in Transfer Pricing Cases”, 2008, p. 31.

⁵²¹ Véase el estudio anónimo de la revista *Tax and Accounting Center* en su dedicación a la fiscalidad internacional, *Foreign Income Portfolios: Transfer Pricing, detailed analysis, chapter 14, B: “Rev. Proced. 99-32 Relief”*, 2009, p. 5. También GIMBEL LEWIS y BREENS aluden a las mismas cuatro situaciones. “Coming Full Circle? Secondary Adjustments and Repatriation in Transfer Pricing Cases”, 2008, pp. 31-33.

⁵²² Véase nota 35, BOUMA, “Overview of the U.S. Transfer Pricing Rules Pertaining to Additional Adjustments” 2006, p.64.

un perjuicio, esto es, la situación 1 y 4. En estas dos situaciones, el IRS efectuará un ajuste primario a la base imponible de la entidad A. Así pues, en relación al primer y cuarto escenario, el propósito del *Rev. Proced. 99-32* es permitir al sujeto pasivo que, tras el ajuste primario, pueda escoger optar por considerar el exceso de fondos pagado (o dejado de cobrar) a la sociedad B como un préstamo.

Parece obvio que el IRS tendrá más interés en que se registre una cuenta a cobrar por la sociedad americana, la cual en estos casos es como si hubiese concedido un préstamo a favor de la sociedad extranjera. Ahora bien, en los supuestos contrarios, (escenarios segundo y tercero) la situación es a la inversa, y nada hace pensar que en estos casos en los que el préstamo ha sido concedido por la sociedad extranjera a la americana, no debería también registrarse la operación. Entiendo que realmente debería ser así, pues la *Section 482* del IRC según el Reglamento Final de 1994 contempla la posibilidad que los ajustes primarios extracontables puedan ser negativos.

B) Requisitos del *Rev. Proced. 99-32*

Procédase ahora a una descripción más técnica del *Rev. Proced. 99-32*.

Ante todo y en primer lugar, es de cabal importancia subrayar que este procedimiento únicamente puede aplicarse cuando la operación vinculada se ha llevado a cabo mediante dos personas jurídicas, no siendo válido por tanto, para las personas físicas. Así pues, dos son las ideas básicas que no hay que perder de vista, únicamente las corporaciones y siempre de forma voluntaria pueden optar por este procedimiento, consistente en registrar una cuenta a pagar o a cobrar⁵²³. Sin embargo, la normativa no deja lugar a dudas sobre otro aspecto: sólo podrán optar aquellos contribuyentes que no hayan cometido ninguna infracción relativa al establecimiento de precios entre partes vinculadas, en palabras del texto legal, siempre que no hayan cometido las infracciones tipificadas en la *Section 666 (e) (1) (B) o (h)*⁵²⁴, y que tampoco hayan

⁵²³ La ley se refiere literalmente a “*account payable*” y “*account receivable*”.

⁵²⁴ La normativa sancionadora de los Estados Unidos en relación a las infracciones cometidas por precios de transferencia se caracterizan por su naturaleza objetiva; es decir, si se superan determinados umbrales. En concreto, la sanción puede llegar a ser del 20% sobre la cuota impagada si la diferencia de renta alcanza un 200% de incremento del precio normal de mercado,

cometido fraude fiscal en algún concepto imponible, que puede o no coincidir con el beneficio declarado en una operación vinculada⁵²⁵. Siendo así, el IRS obliga a la cumplimentación de un formulario en el que se deberá dejar constancia de los aspectos esenciales que componen un contrato de préstamo, en este caso; a) el importe exacto del ajuste primario, pues precisamente este será el capital del préstamo, b) la identificación de la partes c) la moneda con la que se ciñe el préstamo, d) detalle del tipo de interés, el cual por supuesto deberá adecuarse el principio de *arm's length* impuesto en el ya citado Reg. 1.482(a) (2), desde el día siguiente a la creación de la cuenta a cobrar o a pagar, e) la cuenta se considerará creada en último día del periodo impositivo en que la operación vinculada haya tenido lugar y devengará intereses desde ese mismo día hasta el día de su cobro real.

A estos efectos, cabe señalar que el periodo de tiempo para el pago, tanto del principal como de los intereses, es de 90 días desde la fecha del contrato de préstamo, si el *Rev. Proced.* 99-32 se aplica como consecuencia de una comprobación administrativa, o de 90 días desde la presentación de la declaración del Impuesto sobre Sociedades, si el “*loan treatment*” se aplica sin autorización administrativa partiendo de un ajuste primario extracontable efectuado individualmente por el contribuyente. Curiosamente, el IRS permite el pago de este exceso en forma de *cash*, o bien, mediante el compromiso de asunción de la deuda, con sus correspondientes intereses. Sin embargo, la Administración americana en determinadas ocasiones está dispuesta a alargar este periodo de pago siempre que exista una buena causa para ello, como por ejemplo, la certeza que en el caso de existir una contraparte extranjera, ésta podrá satisfacer el crédito, aunque a un plazo superior a 90 días.

5 millones de dólares o el 10% de los ingresos brutos del contribuyente, entre otros. Este porcentaje puede verse incrementado pudiendo haber una sanción del 40% cuando se trate de un diferencial del 400%, 20 millones de dólares o el 20% de los ingresos brutos.

⁵²⁵ Es interesante la reflexión que nos brinda SALA GALVAÑ acerca de la transformación estadounidense de una postura subjetiva a objetiva en la aplicación del ajuste secundario y del *loan approach*; pues el *Rev. Proced.* 99-32 impide la aplicación de este mecanismo si el contribuyente ha sido sancionado, sanciones, que por otra parte se basan en parámetros objetivos, como es el importe defraudado. Ello se contraponen con el *Rev. Proced.* 65-17, precursor del actual *Rev. Proced.* 99-32, que era aplicable siempre que la Administración no hubiera determinado que la elusión impositiva era la finalidad última de la conveniencia en el precio. Así pues, se sustituye el concepto subjetivo de “elusión” por el más objetivo de “sanción”. *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, 2003, pp. 227-229.

También la normativa permite recalificar los pagos que la parte que tiene el derecho de cobro recibe de la otra como devoluciones del préstamo. Así por ejemplo, si una filial extranjera le debe dinero a su matriz americana, y la estadounidense ha optado por resolver el conflicto de *transfer pricing* mediante la aplicación del *Rev. Proced.* 99-32, si la filial le reparte dividendos a su matriz por la vía regular, estos dividendos serán considerados como pago del préstamo que resuelve el conflicto, de manera que no será posible aplicar ninguna deducción por doble imposición internacional, pues los dividendos han cesado en su naturaleza y por ende carecen de las bonificaciones fiscales que pueden llevar aparejadas.

Me parece relevante destacar que, aunque tanto CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ⁵²⁶ como SALA GALVAÑ⁵²⁷ definen los *conforming adjustments* como válvulas de escape al ajuste secundario, existe una diferencia de concepto importante entre ambas obras. Así, mientras SALA GALVAÑ relaciona directamente los *conforming adjustments* con el *loan approach*, CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ entienden los ajustes de conformidad como la posible recalificación de flujos para explicar la transferencia de fondos; de modo que una operación regular que nada tiene que ver con la operación vinculada comprobada, puede verse afectada por la misma, como puede ser una distribución ordinaria de beneficios. Los autores nos obsequian con un ejemplo muy claro; imagínese que la sociedad A (matriz) vende mercancías a B (filial) por debajo del precio de mercado; habiendo las autoridades del Estado de residencia de A comprobado la operación y determinando que existe un diferencial de 100.000 euros. Supóngase que ese mismo año la sociedad B distribuye dividendos a su sociedad matriz A por 200.000 euros. Podría considerarse únicamente 100.000 euros como dividendo que podrán gozar de los mecanismos legales para evitar la doble imposición, mientras que los otros 100.000 euros se considerarían como pago de la mercancía.

Más allá de los debates terminológicos, a mi modo de ver, lo que es realmente importante es la opción que la normativa americana ofrece al contribuyente

⁵²⁶ “Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas” de AA. VV. *“Fiscalidad de las operaciones vinculadas”*, 2009, p. 505.

⁵²⁷ SALA GALVAÑ, *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, 2003, pp. 223 y ss.

como alternativa al ajuste secundario clásico, pues en cualquier caso el objetivo es el mismo: aunar las posiciones de caja tras la aplicación de los ajustes fiscales. Sea como fuera, el *Rev. Proced.* 99-32 contempla no únicamente la posibilidad de invocar el préstamo ordinario sino también la reclasificación de flujos; lo cual no es sino una muestra más de la flexibilidad de la normativa estadounidense.

Obsérvese un matiz que no debe pasar por alto. Por supuesto el IRS puede iniciar un procedimiento de comprobación y efectuar así el correspondiente ajuste primario y hasta el secundario. Sin embargo, la normativa estadounidense también permite que sea el propio sujeto pasivo quien efectúe en su declaración del Impuesto sobre Sociedades un ajuste primario extracontable así como su recalificación mediante la aplicación del *Rev. Proced.* 99-32 considerando la devolución del exceso de renta mediante el *loan treatment*. Me parece significativo subrayar este aspecto, pues deja claro la libertad de tiene el propio contribuyente en la aplicación la normativa de *transfer pricing*⁵²⁸.

A modo de resumen, el *Rev. Proced.* 99-32 deberá ser siempre instando por el propio contribuyente, ya sea después de haber efectuado el ajuste primario extracontable en su declaración del Impuesto sobre Sociedades, y por tanto sin autorización administrativa previa, ya sea después de una aplicación de este mismo ajuste primario pero impuesto por el IRS en el marco de un procedimiento de comprobación.

Asimismo me parece interesante traer a colación las observaciones de SALA GALVAÑ⁵²⁹, una de las pocas autoras españolas que ha estudiado con profundidad el régimen estadounidense de la recalificación de rentas. Acierta la autora en apuntar que en el caso que sea el propio contribuyente quien haya efectuado el ajuste primario extracontable así como optado por el *Rev. Proced.* 99-32, habrá imposibilidad material de imposición de sanción por parte del IRS,

⁵²⁸ En este sentido, ya SALA GALVAÑ señala que el Reglamento provisional de 1993, que posteriormente dio paso al Reglamento definitivo de 1994, ya concedía la posibilidad a los propios contribuyentes para que fueran ellos mismos quienes se aplicasen la *Section 482* del IRC. *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, 2003, p. 220, nota 729.

⁵²⁹ SALA GALVAÑ, *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, 2003, p. 228.

pues será en la declaración del Impuesto sobre Sociedades dónde por primera vez el sujeto pasivo comunicará a la Administración la existencia de una operación vinculada que no ha cumplido el principio de *arm's length*. No obstante, el IRS, una vez revisada la declaración presentada, podrá entrar a comprobar y en su caso modificar, el importe del ajuste primario y de conformidad (*loan treatment*) así como imponer sanciones concretas por sobrepasar las cuantías señaladas en la *Section 6662(e)* del *IRC*.

C) Consecuencias fiscales

Otro aspecto importante que llama la atención es el lenguaje que utiliza la normativa americana cuando califica este procedimiento como “*without tax consequences*”. A mi modo de ver, el hecho que existan intereses obligatoriamente fijados a precio de mercado así como la retención que les afecta, son consecuencias tributarias reales y palpables que tienen su impacto recaudatorio. Y no sólo eso, si no que como toda retención impuesta sobre unos intereses, puede aplicarse la deducción para evitar la doble imposición internacional⁵³⁰, si éste fuera el caso. De manera que, quizás este procedimiento sea más ágil, más cómodo y por tanto más eficiente tanto para el contribuyente como para la Administración, pero según la opinión de quien escribe estas líneas, no puede negarse que la repatriación del exceso de beneficio mediante lo que se conoce como *loan treatment* sí genera consecuencias fiscales en la medida que genere intereses. Quizás se trata de una consecuencias fiscales cortoplacistas y muy acotadas, pues el pago de intereses y su retención nada tienen que ver con una alteración de valoración de participaciones en el caso de aportaciones encubiertas según el *conforming adjustment* y su incierta repercusión en el futuro, pero aún así, es *Rev. Proced. 99-32* no es gratis para el contribuyente.

Ahora bien, es interesante traer a colación las reflexiones de nuevo de GIMBEL LEWIS⁵³¹ que insinúa claramente en uno de sus artículos que la Administración

⁵³⁰ Así lo afirma el estudio anónimo de la revista *Tax and Accounting Center* en su dedicación a la fiscalidad internacional, *Foreign Income Portfolios: Transfer Pricing, detailed analysis, chapter 14, B: “Rev. Proced. 99-32 Relief”*, p. 4, nota 277. Dice así: “*Rev. Proced. 99-32, provides that, to the extent permitted under Section 901, a foreign tax credit is allowed for any foreign withholding tax imposed on the payment of principal or interest*”.

⁵³¹ GIMBEL LEWIS, “Now what? Collateral Consequences of Transfer Pricing Adjustments”, 1995, pp. 278-279.

americana no cobra intereses cuando tiene suscrito un CDI con la otra parte interviniente en la operación. También SALA GALVAÑ⁵³² recoge estas reflexiones, pues según dice, “Estados Unidos permite de manera informal la repatriación de beneficios a través de una cuenta a cobrar sin imputación de intereses en los supuestos de operaciones internacionales en los que la otra sociedad vinculada resida en un Estado con CDI con Estados Unidos”.

Al hilo de lo expuesto hasta el momento, la reflexión que creo que toca realizar es la siguiente: ¿siempre es fiscalmente más óptimo optar por la vía del préstamo que por la vía del ajuste secundario, entendiendo como tal a las operaciones de dividendo y aportación encubierta? ¿Por qué parece que la Administración americana facilita que el contribuyente se decante por el *Rev. Proced. 99-32*?

Para contestar a estas cuestiones creo que es vital entender cuáles son las consecuencias tributarias de una u otra opción, aunque hay un punto de partida básico que debe diferenciar ambas posibilidades y que no debe perderse de vista. Así, mientras el *secondary adjustment* es un ajuste extracontable, el *Rev. Proced. 99-32* siempre será un ajuste contable, o dicho de otro modo, un registro de una cuenta a pagar o a cobrar derivada de un préstamo intersocietario.

En el caso de un reparto de dividendo, como se sabe, supondrá un gasto fiscalmente no deducible para la sociedad que haya efectuado el ajuste primario positivo, y a la vez, un incremento en la base imponible del socio en forma de ajuste extracontable positivo que neutralizaría el ajuste correlativo (o ajuste primario negativo). Hasta aquí no hay novedad importante; ¿cuál es pues la consecuencia fiscal más directa? La retención que puede llegar a sufrir el dividendo; aunque bien es cierto que en el caso de operaciones entre dos sociedades residentes en distintas soberanías fiscales, un eventual CDI podría minimizar este coste fiscal fijando un tipo de retención máximo. Así pues, tenemos una más que posible retención sobre el dividendo que en su caso, la Hacienda americana exigiría a la filial como pagador del dividendo, ya sea americana (al tipo del 30%) o extranjera al tipo que correspondiera. Tampoco

⁵³² SALA GALVAÑ, *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, 2003, p.226.

puede olvidarse que este tipo de ajuste secundario puede suponer una doble imposición, especialmente cuando intervienen sociedades pertenecientes a distintas soberanías fiscales, pues como se sabe, la advertencia de la OCDE⁵³³ a los Estados integrantes respecto el ajuste secundario, es precisamente que procuren buscar vías que palien esta eventual doble imposición⁵³⁴.

Bien distinto es el caso de la aportación de fondos encubierta, pues como se ha dicho, y así lo califica la doctrina americana, se trata de un *non-taxable event*, más allá de la alteración del valor de adquisición de las acciones, aspecto éste que tendría su efecto ante una futura transmisión.

Por último, el *Rev. Proced.* 99-32 supone una retención sobre los intereses correspondientes al préstamo que supuestamente una parte ha realizado a favor de la otra.

Efectuado este breve repaso, creo que no siempre el préstamo es la opción más “económica”, que no quiere decir la más recomendable por razones de practicidad, en las que ahondaré en el estudio comparado posterior a este capítulo descriptivo de la legislación extranjera. De hecho, la operación más económica es la calificada fiscalmente como una aportación a los fondos, mientras que el dividendo respecto el préstamo no tiene porqué ser siempre más costoso fiscalmente, pues pudiera tratarse de una retención inferior al tipo de interés, o inclusive exento por Convenio; argumento éste rebatible si el interés aceptado en el *Rev. Proced.* 99-32 fuera tendente a cero, tal y como propone GIMBEL LEWIS.

⁵³³ Así se expresan las OCDE *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, en su párrafo 4.71, versión julio 2010, p. 153. “*In light of the foregoing difficulties, tax administrations, when secondary adjustments are considered necessary, are encouraged to structure such adjustments in a way that the possibility of double taxation as a consequence thereof would be minimised, except where the taxpayer’s behaviour suggests an intent to disguise a dividend for purposes of avoiding withholding tax. In addition, countries in the process of formulating or reviewing policy on this matter are recommended to take into consideration the above-mentioned difficulties*”.

⁵³⁴ GIMBEL LEWIS y BREENS (“Coming Full Circle? Secondary Adjustments and Repatriation in Transfer Pricing Cases”, 2008, pp. 34-35) insisten en la idea que no siempre será posible evitar esta doble imposición. Lo argumentan basándose en el ejemplo de una filial americana y una matriz extranjera. Dice así: “*Often, the same transaction may be viewed differently by the two countries involved - one may see a dividend when the other does not. For example, if the conforming adjustment under U.S. rules would be a dividend to a Foreign Parent (FOPAR), but FOPAR’s jurisdiction ignores secondary consequences, there could be a U.S. withholding tax (of up to 30 per cent) for which the foreign parent might not receive a foreign tax credit*”.

De todo ello se concluye que no es una regla matemática el establecer qué opción es “menos costosa fiscalmente” para el contribuyente, pues como se ha visto, existen diversos factores que influyen en el coste final, tales como, el tipo de interés de mercado, el tipo de retención fijado, la existencia de un Convenio con Estados Unidos, etc. Especialmente la cuestión se complica precisamente cuando interviene otro estado, pues en el caso de dos empresas americanas, el tipo de retención aplicable al dividendo siempre será superior al tipo de interés de un préstamo.

No obstante lo dicho, entiendo perfectamente que la percepción del *Rev. Proced.* 99-32 que tiene el contribuyente es totalmente favorable si se contrapone al dividendo encubierto, pues se trata de un método que no viene impuesto, sino que es opcional por parte del sujeto pasivo, y a la vez, mucho más fiable y me atrevería a decir, más estandarizado, pues al fin y al cabo la fijación de un tipo de interés de mercado es más homogéneo que las distintas variaciones que puede sufrir una retención de un dividendo, dependiendo ésta de la nacionalidad del retenedor y de la existencia de Convenios.

Por último, creo interesante traer a colación la opinión de algunos autores como O'BRIEN, OATES, e incluso de la misma GIMBEL LEWIS que los cita en uno de sus artículos, acerca precisamente de la verdadera esencia opcional de *Rev. Proced.* 99-32. Los autores discrepan frontalmente con el IRS en aquellos casos en los que el Fisco americano ha recalificado la operación como un préstamo sin que éste se haya efectuado bajo el marco regulador del *Rev. Proced.* 99-32, precisamente por no ser ésta la opción escogida por el contribuyente. Los mismos autores reconocen que el IRS se apoya en el conocido caso *Alta Delta Corp. vs. Commr.*, en virtud del cual el *Tax Court* recalificó como préstamo imponiendo un interés de mercado a la operación entre una matriz americana y su filial de Puerto Rico, cuando no se había optado por el *loan treatment*. O'BRIEN y OATES⁵³⁵ consideran esta sentencia basada en la regulación anterior a la de 1994, por lo que instan a la autoridad tributaria a emitir una guía que

⁵³⁵ Concretamente, estos autores consideran la imposición de una recalificación como interés sin que haya sido aplicado el *Rev. Proced.* 99-32 como “*patently arbitrary*”. Se basan también en la sentencia *Coca-cola Co. & Subs vs. Commr.*, sentencia muy ilustrativa en cuanto a métodos de determinar el precio de mercado pero que los autores citan por el freno que el *Tax Court* le impone al IRS, advirtiéndole que no es libre para imponer sus propias normas. O'BRIEN, J. y OATES, M., “Calling for IRS for a Flagrant Foul: Imputing Interest As a Secondary Adjustment”, *Journal of Taxation of Global Transaction*, Winter 2006, p.41.

impida la aplicación del *Rev. Proced.* 99-32 cuando ésta no ha sido la opción elegida directamente por el contribuyente.

También GIMBEL LEWIS y BREEN⁵³⁶ alertan de esta creciente tendencia, pues sin duda es más óptimo desde un punto de vista recaudatorio, la recalificación como intereses respecto el exceso de tesorería que no como aportación de fondos.

Parece que el IRS se está pudiendo basar en una interpretación un tanto particular de la normativa, esto es el *Reg. Sec.* 1.481-1 (g)(3)(i), según la cual el IRS puede efectuar los ajustes que considere apropiados, entre los cuales se mencionan expresamente el dividendo así como la aportación de capital. Entiende el IRS que estos ajustes no son exclusivos, pues así no parece inferirse, según su razonamiento, de la propia lectura literal de la norma. Sin embargo, y aquí me sumo a O'BRIEN y OATES, este mismo párrafo alude al *revenue procedure* como término general, que se concreta en la regulación detallada del *Rev. Proced.* 99-32⁵³⁷, cuyo redactado no deja lugar a dudas acerca de la elegibilidad del régimen.

2.2.3.- La técnica de la compensación; los llamados *setoffs*

El tercer tipo de *collateral adjustments* son los llamados *setoffs*, que bien podrían ser traducidos por ajustes de compensación, o ni tan siquiera ajustes, pues cuando procede la aplicación de la técnica del *setoffs*, las diferencias de precio quedan compensadas por otra operación llevada a cabo por las mismas entidades vinculadas.

Esta técnica es regulada directamente en la normativa americana⁵³⁸ permitiendo al contribuyente, una vez la Administración le impone un ajuste primario, que inste a la propia Hacienda americana comunicando la existencia

⁵³⁶ GIMBEL LEWIS y BREEN "Coming Full Circle? Secondary Adjustments and Repatriation in Transfer Pricing Cases", 2008, p. 32.

⁵³⁷ Procedimiento que sustituye el *Rev. Proced.* 65-17.

⁵³⁸ *Reg. Sec.* 1.482 -1(a)(4) *Setoffs*- "If allocation is made under section 482 with respect to a transaction between controlled taxpayers, the Commissioner will take into account the effect of any other non-arm's length transaction between the same controlled taxpayers in the same taxable year which will result in a setoff against the original section 482 allocation."

de otra transacción entre las dos mismas partes vinculadas durante el mismo año, cuyo diferencial de precio se llegue a compensar.

Imagínese, que la sociedad A ha convenido un precio inferior al de *arm's length* por una venta de producto realizada a la sociedad vinculada B, pero al mismo tiempo la sociedad A ha pagado de menos por un servicio prestado por B, ambos desvíos del precio de mercado pueden ser compensados sin necesidad alguna de efectuar un ajuste; ni primario ni secundario⁵³⁹. O inclusive, imagínese que la sociedad A realiza dos operaciones con la sociedad B, por la cual hubiera tenido que facturar \$200.000, \$100.000 por la primera y \$100.000 por la segunda. Podría suceder que únicamente facture \$200.000 por una operación dejando la otra sin pactar retribución alguna. El IRS podría estar analizando la operación realizada a título gratuito y por supuesto imponer un ajuste por el diferencial de precio. Sin embargo, si luego A le comunica que justamente ha llevado una operación con la misma entidad B pero que en este caso ya se ha cobrado este diferencial, el IRS podría aplicar la técnica de la compensación, pues al fin y al cabo, la entidad americana A tendría un ingreso de \$200.000.

En este sentido cabe subrayar que es siempre el sujeto pasivo el que pone en conocimiento del IRS la existencia de otra operación con la misma parte vinculada pero en sentido contrario.

A diferencia de las anteriores regulaciones, la normativa vigente de 1.994 únicamente contempla esta posibilidad respecto una segunda operación que haya tenido lugar entre las mismas partes vinculadas cuya primera transacción está siendo comprobada por el IRS. A estos efectos señalar que la normativa

⁵³⁹ Como toda técnica tributaria, creo que es más fácilmente comprensible si se acompaña de un ejemplo. Y qué mejor ejemplo que el que la propia normativa americana nos brinda. Dice así: "*P, a U.S. corporation, renders construction services to S, its foreign subsidiary in Country Y, in connection with the construction of S's factory. An arm's length charge for such services determined under Section 482 would be \$100.000. During the same taxable year P makes available to S the use of a machine to be used in the construction of the factory, and the arm's length rental value of the machine is \$25.000. P bills S \$125.000 for the services, but does not charge S for the use of the machine. No allocation will be made with respect to the undercharge for the machine if P notifies the district director of the basis of the claimed setoff within 30 days after the date of the letter from the district director transmitting the examination report notifying P of the proposed adjustment, establishes that excess amount charged for the services was equal to an arm's length charge for the use of the machine and that the taxable income and income tax liabilities of P are not distorted, and documents the correlative allocations resulting from the proposed setoff.*" Véase también el ejemplo propuesto por LOWEL, BURGE y BRIGER en su monografía *U.S. International Transfer Pricing*, Ed. Warren, Gorham & Lamont, 1995, vol. 2, p. 3.10.

nada dice acerca de si la operación comprobada debe ser anterior en el tiempo respecto la operación puesta de manifiesto por el propio sujeto pasivo. Lo que sí señala la normativa es que el sujeto pasivo que quiera aplicarse esta técnica compensatoria debe comunicar a la Administración la siguiente información:

- Determinar la otra operación que el contribuyente considera que podría ser compensada con la que está siendo inspeccionada.
- Determinar cuál debería ser el precio *arm's length* al que hubiera tenido que ser fijado la transacción con la que se pretende compensar.
- Notificar esta información a la Hacienda estadounidense dentro de los 30 días posteriores a la propuesta de ajuste efectuada por el IRS respecto la operación que ha comprobado.

Me parece interesante la reflexión efectuada en el artículo anónimo del *Tax and Accounting Center*,⁵⁴⁰ dado que, aunque de forma indirecta, cuestiona dicha técnica, pues el hecho de comunicar a la Administración la existencia de otra operación efectuada entre las mismas partes que sea *non-arm's length*, es tanto como advertirles que quizás la política de precios de transferencia del sujeto pasivo no es la adecuada o como mínimo debería ser revisable.

Por último advertir que la propia regulación admite que si el efecto de realizar este tipo de compensaciones puede suponer un cambio de naturaleza en las operaciones que están siendo compensadas, el IRS llevará a cabo los ajustes necesarios para que cada operación no pierda su propia esencia.

Así pues, esta sería la tercera vía que tendría un sujeto pasivo para regularizar su situación. De hecho, estrictamente del propio contribuyente dependen dos alternativas, instar a la aplicación del *Rev. Proced. 99-32* o bien la técnica del *setoffs*. Ahora bien, si no opta por ninguna de estas dos opciones, es tanto como entender que asume las consecuencias tributarias que pudiera acarrear un ajuste secundario tal y como lo entendemos en nuestra legislación, esto es,

⁵⁴⁰ TAX AND ACCOUNTING CENTER (anónimo): "Section 482 Allocations: Specific Allocations Methods and Rules in the Code and Regulations" publicado en la base de datos *U.S. Income Portfolios*, 2.000, p.4.

un dividendo o una aportación; eso sí, sin la absurda doble calificación que sí sufren los contribuyentes españoles.

3.- Los ajustes en operaciones vinculadas en Francia: teoría subjetiva de la elusión fiscal

Francia es uno de los primeros países europeos que introdujo una regulación sobre precios de transferencia, pues cabe señalar que el Código Fiscal Francés (*Code Générale des Impôts*, CGI) se remonta a 1933; aunque debiendo ser estrictos, fue el Reino Unido quien promulgó su primera ley para combatir los precios de transferencia en 1915⁵⁴¹. Sin embargo, la legislación británica no contempla el ajuste secundario, y es por ello, que he preferido basar mi estudio de Derecho comparado en dos legislaciones europeas que contengan en su regulación el tratamiento fiscal a otorgar a este exceso de tesorería que siempre posee una parte en detrimento de la otra tras el ajuste primario, esto es Francia y Alemania. No obstante, y precisamente por carecer de regla de calificación, otro país europeo me ha llamado poderosamente su atención, Italia, soberanía jurídica con una normativa escueta sobre las operaciones vinculadas pero con una jurisprudencia creciente respecto el tema que nos ocupa.

Tanto Francia como Alemania son dos países que han sido pioneros en la regulación europea sobre el ajuste secundario, pero a su vez cada uno parte de una concepción distinta, lo que hace sumamente atractivo su estudio. Se empezará por la legislación francesa.

La legislación francesa, a pesar de ser un país de tradición legislativa activa, y a pesar de haber regulado la cuestión en su código tributario, no fue hasta hace quince años que la Administración tuvo una actitud proactiva en este tema⁵⁴², lo cual también contagió a los contribuyentes franceses, que empezaron a ver

⁵⁴¹ SALA GALVAÑ, *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, 2003, p.51. Véase también BARBOSA MARIÑO, J. D., quien cita a la mencionada autora en el mismo sentido. *Análisis del régimen de precios de transferencia en Colombia*, tesis no publicada para la obtención del Grado en Doctor de Derecho por la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Javeriana, 2004, p. 16.

⁵⁴² De hecho, la Administración está destinando recursos a verificar la correcta aplicación de la política de precios de transferencia, de ahí la creación de una unidad especial para estos casos, la llamada *Direction des Vérifications Nationales et Internationales*. Para más información, Véase BADER, W., LAISNEY, S., LUQUET, P., MUSGRAVE, E., SPORKEN, E. y VÖGELE, A., en el artículo conjunto "Transfer pricing in Europe: OECD versus local practice". *International Tax Review*, núm. 12, Issue 46, October 2001, pp. 46-53.

una aplicación real de la política de precios de transferencia. Sabemos que el país pionero en efectuar concienzudos estudios sobre la cuestión fue Estados Unidos, pero luego, tal y como reflexiona el autor francés GOUTHIERE⁵⁴³, Europa, y en concreto Francia, se dieron cuenta de la importancia que merecía prestarle atención al tema, en especial si se pretende disminuir el déficit público⁵⁴⁴.

Curiosamente, y antes de abordar la cuestión que da título a este epígrafe, es interesante destacar que a pesar de inspirarse Francia en el modelo americano, pues parece que era el único verdaderamente desarrollado hace unos años, presenta notables y significativas diferencias con el mismo. De hecho, me atrevería a decir que existen discrepancias frontales entre el modelo francés y estadounidense, pues ambos parten de dos concepciones distintas de lo que debería ser la política de precios de transferencia. Así, mientras Estados Unidos tiene una concepción más bien objetiva de lo que debería ser no sólo el precio convenido sino de sus consecuencias; el modelo francés parte esencialmente de la voluntad del contribuyente, interviniendo muchísimo menos en la fijación de sus precios. O dicho de otro modo, aceptando más explicaciones comerciales ofrecidas por el contribuyente. Ahora bien, cuando la Administración francesa interviene en una operación y fija unos ajustes cuya aplicación no puede ser rebatida por el sujeto pasivo, éste último, deberá someterse a la legislación vigente, sin opción a poder escoger distintos métodos de calificación del exceso de tesorería; como sí puede hacerlo el contribuyente estadounidense.

3.1.- Principio de territorialidad. Ámbito geográfico de aplicación del ajuste secundario

La primera diferencia clave que distingue el modelo francés del americano y también del español es el ámbito territorial de aplicación de la regulación de los precios de transferencia y sus correspondientes ajustes. Así, la regulación

⁵⁴³ GOUTHIERE, B., "Transfer Pricing Rules and Practice in France", en AA. VV. de *Tax Management Foreign Income. Transfer Pricing: European Rules and Practice*, núm. 895, Washington, Ed. Bureau of National Affairs, 2010, p. 2.

⁵⁴⁴ GOUTHIERE, "Transfer Pricing Rules and Practice in France", 2010, p. 1.

francesa concibe la aplicación de las reglas del *transfer pricing* única y exclusivamente cuando la entidad francesa haya transferido beneficios directa o indirectamente a una entidad vinculada residente en el extranjero; y ello sólo podría ocurrir cuando el contribuyente francés compra a una entidad extranjera por encima de su precio de mercado, o bien ha vendido por un precio inferior. Por supuesto, no se trata en exclusiva de compra venta de productos, pues la sección 57 del CGI⁵⁴⁵ también aplica ante un préstamo sin intereses o cualquier otra prestación de servicios⁵⁴⁶.

La lectura en profundidad del párrafo superior indica que según la legislación francesa el sentido del ajuste primario en la entidad residente en Francia será siempre positivo, ya que su entrada en escena se dará cuando una entidad francesa haya efectuado una operación perdiendo dinero, ya sea por haber pagado un precio superior al de mercado o por haber vendido por un precio inferior al que hubiesen pactado dos partes independientes.

En concreto, el artículo 57 del CGI se aplica en cualquier de las tres siguientes situaciones (ya sea el control directo o indirecto):

- Transacción efectuada entre una entidad francesa y una entidad extranjera a la cual controla directa o indirectamente.
- Transacción efectuada entre una entidad francesa y una entidad extranjera que ostenta el control sobre la francesa, ya sea directa o indirectamente.

⁵⁴⁵ Sección 57 del CGI: *“To determine the income tax owed by companies that either depend on or control enterprises outside France, any profits transferred to those enterprises indirectly via increases or decreases in purchase or selling prices, or by any other means, shall be added back into the taxable income shown in the companies’ accounts. The same procedure shall apply to companies that depend on an enterprise or a group that also controls enterprises outside France.”* Traducción obtenida de la página oficial de la OCD. Puede encontrarse en: <http://www.oecd.org/ctp/transferpricing/38158376.pdf>

⁵⁴⁶ Así lo señalan también el profesor DE PABLO VARONA (*La tributación del socio en el IRPF*, 2002, p. 116) y la profesora SALA GALVAÑ (*Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, 2003, p.p. 193-194).

- Transacción efectuada entre una entidad francesa y una o más entidades extranjeras con la que comparte control (sociedades hermanas, primas, etc), ya sea este control directo o indirecto.

En este sentido es interesante observar que la aplicación del ajuste secundario emana directamente del artículo 57 del CGI en operaciones denominadas *cross-borders*, aunque no de una forma explícita como sucede en la regulación española, sino de manera implícita. Así, tal y como señala la profesora SALA GALVAÑ, cuando en virtud del artículo 57 del CGI se imponga un ajuste administrativo, el mismo comportará “no sólo el aumento de la base imponible del sujeto pasivo transferente, sino que se gravará tal transferencia indirecta como distribución encubierta de beneficios y se sujetará a retención en la fuente en Francia, a no ser que el CDI aplicable lo prohíba.”⁵⁴⁷

Por último, el hecho que la regulación de precios de transferencia expresamente aluda a las transacciones internacionales, no supone que las operaciones domésticas no tengan la obligación de aplicar el principio de *arm's length*. Sin embargo, tal y como menciona el profesor DE PABLO VARONA, ha sido la jurisprudencia quien “ha desarrollado una doctrina que permite a la Administración actuar contra actos de gestión anormal de las empresas (*théorie de l'acte de gestion anormal*)⁵⁴⁸. Este teoría, aunque no emana directamente del texto legal, ha permitido a la Administración rechazar la deducción de algunos gastos ajenos al interés comercial de la empresa en operaciones acaecidas entre dos entidades francesas.

En cualquier caso, lo relevante a tener en cuenta es que la concepción francesa del *transfer pricing* parte de una vocación internacional, de ahí su regulación en el artículo 57 del CGI, y es en estos contextos en los que entrará en juego el ajuste secundario.

⁵⁴⁷ SALA GALVAÑ, *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, 2003, p. 211.

⁵⁴⁸ DE PABLO VARONA, *La tributación del socio en el IRPF*, 2002, pp. 116-117.

3.2.- Teoría subjetiva de la elusión fiscal: excepcionalidad de la legislación sobre operaciones vinculadas

Los mecanismos de prueba de la Sección 57 del CGI son particularmente complejos y responden a una creencia determinada posiblemente basada en el principio del liberalismo económico; es decir, confianza en las decisiones comerciales tomadas por el contribuyente francés para gestionar su propio negocio.

Dicho así parece un poco abstracto pero lo expuesto en el párrafo anterior tiene una aplicación más concreta de lo que pueda parecer a simple vista. La Administración francesa puede llegar a aceptar cualquier causa comercial que sea razonable y que pueda probarse por el contribuyente con la finalidad que no proceda la imposición de ningún ajuste.

La aplicación de la regulación en materia de precios de transferencia siempre parte de una actuación administrativa, o lo que es lo mismo, el contribuyente francés no puede instar de parte la realización de ningún ajuste. Esta política tiene su lógica si recordamos que el ajuste que efectuará la Administración francesa de mutuo propio será siempre un ajuste positivo, pues únicamente será “modificable” un precio si perjudica al contribuyente francés.

La Administración francesa debe probar que la entidad objeto de comprobación está vinculada con una entidad extranjera y que efectivamente existe una transferencia de beneficios⁵⁴⁹. Por otro lado, el sujeto pasivo francés puede desvirtuar lo probado por la Administración explicando y aportando las razones comerciales que le hicieron fijar ese precio de transferencia en esta operación y no otro más ajustado al principio de *arm's length*. La cuestión ahora reside en saber cómo puede probarse una verdadera causa comercial en una transacción de negocios. Afortunadamente para los contribuyentes franceses, el abanico de

⁵⁴⁹ SALA GALVAÑ recuerda en su monografía la existencia de dos transferencias de beneficios; la directa y la indirecta. Puntualiza la autora que la valoración predominante es la directa, “en donde se encuadrarían los métodos basados en las transacciones sin orden jerárquico alguno, esto es, el más conveniente a la luz del caso concreto”. Respecto la transferencia de beneficios indirecta el método previsto es el de comparación de beneficios, esto es, comparar los beneficios obtenidos por una empresa con otras del sector. Recuerda SALA GALVAÑ las críticas que ha sufrido este método de valoración por su naturaleza global y poco exacta. *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, 2003, p. 195.

posibilidades es muy amplio, pues las autoridades francesas han aceptado hasta la fecha de hoy dos tipos de pruebas:

- Demostrar que la transferencia de beneficios que la Administración supone no ha ocurrido realmente, pues puede suceder, y si es así, debe demostrarse, que una empresa haya dispensado un trato de favor a una entidad vinculada extranjera en compensación con otra operación de la cual no tiene conocimiento el fisco francés.
- Si efectivamente la transferencia de beneficios ha existido y no puede argumentarse que compensa a cualquier otra transacción acaecida con anterioridad, la entidad francesa puede evitar el ajuste administrativo demostrando que la fijación de un precio corresponde con una causa comercial, ya sea objetiva, estrategias empresariales, o subjetivas, y ahí puede caber cualquier variedad intrínseca a la situación de la empresa en cuestión. A título de ejemplo; salvar a una entidad del grupo de la quiebra otorgándole un préstamo gratuito, afianzar una marca y para ello vender temporalmente a precio inferior, inclusive el hecho de cometer un error en la gestión diaria del negocio⁵⁵⁰, etc⁵⁵¹.

A la vista de lo expuesto, queda en relieve que la normativa francesa concibe la regulación de las operaciones vinculadas como algo excepcional, pues como se ha visto el abanico de motivos para enervar la aplicación de los ajustes

⁵⁵⁰ Se transcribe el comentario del caso Mr. Shricke que GOUTHIERE ha señalado en su monografía, *“Transfer Pricing Rules and Practice in France”*, 2010, p. 16. Dice así: *“...but the Commissaire du Gouvernement reasoned that an enterprise has a right to make mistakes; it has a right, and even a duty, to take reasonable risks as long as those risks are imposed by its own interests.”*

⁵⁵¹ GOUTHIERE, *“Transfer Pricing Rules and Practice in France”*, 2010, p. 15, nos ofrece un caso real como ejemplo de este tipo de justificaciones que pueden enervar la imposición de los ajustes administrativos. Concretamente se refiere al caso *Conseil d’Etat* de 2 de junio de 1982, núm. 23-342, RJF 7/82 núm. 637: El caso versa sobre una compañía francesa que otorgó un préstamo gratuito a una filial británica. La Administración francesa entendió que se cumplían los requisitos para la aplicación de los correspondientes ajustes administrativos; a saber, se trataba de una operación vinculada en el ámbito extranjero, la sociedad perjudicada era la francesa y además era claro que existía un control de una sobre la otra. Sin embargo, el contribuyente pudo evitar la aplicación de la regulación sobre *transfer pricing*, asumiendo que efectivamente existía una transferencia de beneficio pero que existían poderosas razones comerciales para ello. La entidad francesa pudo demostrar que para que la filial residente en el Reino Unido empezara a funcionar necesitaba temporalmente ayuda financiera y que este préstamo sirvió precisamente para que la entidad francesa empezara a exportar al Reino Unido a través de su filial, aumentando así incluso su beneficio procedente de esta nueva actividad exportadora.

administrativos son amplios. Así pues, si el contribuyente no es capaz de acreditar una justificación comercial, teniendo en cuenta que la libertad de gestión del negocio es más que notable, significaría que la intención principal del sujeto pasivo para llevar a cabo la transacción comprobada ha sido la elusión fiscal, en cuyo caso, sí sería de aplicación la normativa de precios de transferencia regulada en la sección 57 del CGI.

3.3.- Ajustes. Distribución encubierta de beneficios

Lo verdaderamente sorprendente en el caso francés es la concepción del ajuste secundario; pues respecto el ajuste primario únicamente cabría destacar como novedad lo que ya se ha comentado en el epígrafe anterior respecto a su signo positivo. Recuérdesse que la Administración francesa, en su vocación internacional y siguiendo el artículo 57 del CGI, actuará si la entidad perjudicada es residente en territorio francés, o lo que es lo mismo, si la sociedad francesa ha registrado un mayor gasto o un menor ingreso del que debería de haber convenido un precio de mercado.

Así pues, la primera consecuencia para la entidad francesa sería un aumento de su base tributable en el importe correspondiente al diferencial de valor. La segunda consecuencia es tratar a este exceso de fondos ostentado por la sociedad extranjera como una distribución de dividendos. Hasta aquí parece que esta consideración de distribución encubierta de beneficios no representa ninguna novedad, pues es una calificación bastante extendida entre diversas soberanías fiscales, entre ellas, Estados Unidos, Alemania y España. Sin embargo, la normativa francesa no distingue el sentido de la supuesta distribución de dividendos, de manera que no sólo la operación matriz-filial (a favor de la matriz) generará esa distribución de dividendos, sino que también una operación entre dos sociedades hermanas, o inclusive una operación entre matriz y filial aunque la beneficiaria sea la filial. Dicho de otro modo, el legislador francés califica el exceso de tesorería como distribución encubierta de dividendos con independencia del sentido de la transacción, sin que sean aplicables por tanto figuras como la aportación encubierta de fondos, ni el préstamo ni tampoco la conocida teoría de los dividendos triangulares. Cualquier operación sobre la que el contribuyente no pueda enervar la

imposición de los ajustes administrativos, será considerada como una distribución de dividendos y en consecuencia, habrá la obligación de practicar e ingresar la correspondiente retención⁵⁵².

¿Sería aplicable este sistema en nuestra legislación? En virtud de las leyes mercantiles españolas, ¿sería jurídicamente correcto entender que una sociedad distribuye un dividendo a una sociedad que no es su socio? Todas estas cuestiones serán resueltas en el siguiente capítulo, cuyo objetivo es abordar las ventajas e inconvenientes de otra regulaciones y estudiar la viabilidad o no de recogerlas en nuestro ordenamiento. Anticipa la autora que la aplicación sistemática del ajuste secundario en su forma de distribución de dividendos me parece cuanto menos peligrosa.

Ahora bien, se plantea otra cuestión que sí puede y debe ser resuelta en este apartado; esto es, ¿existirá siempre la obligación de retener? La retención podría ser reducida o bien no practicada si existe un tratado firmado por Francia y el otro Estado involucrado en la operación vinculada.

GELIN y RICHARD⁵⁵³ ofrecen un resumen muy claro al respecto, diferenciando dos supuestos en función de la extensión del concepto de “dividendos”.

- Primer escenario: Si el tratado entre Francia y el otro Estado considera como dividendos, no únicamente los dividendos clásicos provenientes de un reparto ordinario de beneficios, sino también otros supuestos, como una “distribución encubierta de beneficios provenientes de la aplicación de un ajuste secundario”, la retención y su porcentaje dependerá directamente de lo establecido en el tratado en cuestión. Francia tiene suscritos tratados con esta cláusula extensiva conceptual con España⁵⁵⁴, Canadá, China, Estados Unidos y el Reino Unido, entre otros.

⁵⁵² Información obtenida de GOUTHIERE, “*Transfer Pricing Rules and Practice in France*”, 2010, p. 21.

⁵⁵³ GELIN, S. y FLORENT, R., “*Overview of the French Transfer Pricing Rules Pertaining to Additional Adjustments. House Country, France*” en AA. VV. de “*Additional Adjustments to be Made in the Wake of a Transfer Pricing Adjustment*”, *Tax Management International Forum*, September 2006. pp. 21-22.

⁵⁵⁴ En concreto, el artículo 10 del CDI suscrito entre España y Francia, en su apartado 4, letra a) la definición del término “dividendos” también lo extiende a “las rentas sometidas al régimen de

- Segundo escenario: Si el tratado en cuestión no extiende el concepto de “dividendo” y lo circunscribe en la noción estándar del mismo, la renta ocasionada por la aplicación del ajuste secundario no podrá considerarse como dividendo y por tanto no podrá tratarse como tal. En este supuesto, dicha renta se considerará como “*other income category*”, no siendo sujeto a retención por Francia. Así, esta renta únicamente podría ser gravable por el Estado extranjero receptor del exceso de beneficios.

4.- Los ajustes en operaciones vinculadas en Alemania: teoría objetiva del hombre diligente de negocios

4.1.- Ámbito geográfico de aplicación

Al igual que la legislación estadounidense y también la española, la regulación alemana sobre precios de transferencia afecta tanto a las operaciones internas como las internacionales. Curiosamente, y tal y como señala SIEKER⁵⁵⁵, la jurisprudencia ha estado más pendiente de los casos domésticos y en menor medida de las transacciones internacionales, aunque en los últimos tiempos ha estado más atenta al panorama internacional.

No obstante lo mencionado en el expositivo anterior, el legislador alemán hace muchos años que entendió que debía prestar atención a lo que ocurría fuera de sus fronteras, pues no en vano ya en 1925 aprobó la *Section 33 del Income Tax Act*, en virtud de la cual por primera vez las autoridades fiscales alemanas podían ajustar los beneficios de una sociedad alemana respecto las operaciones efectuadas con un no residente.

De hecho, y a pesar de estas buenas intenciones regulatorias, cabe señalar que Alemania ha impulsado su política de precios de *transfer pricing*⁵⁵⁶ como una

distribución de beneficios por la legislación fiscal del Estado contratante en que resida la sociedad que las distribuya”.

⁵⁵⁵ SIEKER, K., “Transfer Pricing Rules and Practice in Germany”, en AA. VV. de *Tax Management Foreign Income. Transfer Pricing: European Rules and Practice*, núm. 895, Washington, Ed. Bureau of National Affairs, 2010, p. 2/23.

⁵⁵⁶ Este impulso no se ha parado en los últimos años, pues no en vano en 2008 se aprobó la *German Enterprise Tax Reform* que contenía varias previsiones que afectaban a las obligaciones

reacción a la política de Estados Unidos, pues como se sabe, existen estrechas relaciones comerciales entre ambos países y Alemania no podía permitirse el lujo de ver erosionar las bases imponibles de sus entidades, y más teniendo en cuenta que la política de precios de transferencia norteamericana presta mucha atención esta cuestión⁵⁵⁷; de ahí la considerable normativa alemana sobre la materia⁵⁵⁸.

4.2.- Objetividad de los ajustes. La teoría del hombre diligente en los negocios y su relación con la *societatis causa*

Se ha optado por profundizar en la legislación alemana por ser ésta un tanto contrapuesta a la francesa, a pesar de ser también europea, pues ambas concepciones tienen puntos de partida muy distantes.

Mientras la normativa francesa es estrictamente respetuosa con la gestión del empresario, exigiendo por tanto la voluntad elusiva para poder aplicar las reglas del *transfer pricing*, la regulación alemana parte de una concepción más bien objetiva; así pues, exista o no voluntad de elusión fiscal, si se dan unos parámetros concretos, se efectuarán los correspondientes ajustes.

Obsérvese que me he referido a una concepción “más bien objetiva”, dado que según mi punto de vista, inclusive la legislación alemana tiene algún atisbo de

del contribuyente en relación a las operaciones vinculadas. Para más información, Véase BENHARDT y PRETER, “German transfer pricing: pioneering or isolated?”, *International Tax Review*, núm. 19, enero 2010, pp.62-63.

⁵⁵⁷ SIEKER sigue su discurso dando las claves necesarias para entender el por qué en estos últimos años la Administración alemana está siendo más persistente en cuanto a políticas de precios de transferencia. Dice así el autor: “*The current transfer pricing environment in Germany can be described as follows. In reaction to the developments in U.S. transfer pricing law and practice since 1986, taxpayers and the tax administration have been forced to devote considerably more attention to the issue of transfer pricing than they were used to doing*”, “...with very few exceptions, almost all transfer pricing controversies between taxpayers and tax examiners are resolved during examination. Another explanation for this phenomenon might be that the German tax authorities apparently spend considerably less effort on the examination of transfer pricing than do the U.S. tax authorities. However, the German tax authorities have informally announced that they will increase their efforts as they are concerned that multinational companies might shift large amounts of income to non—German entities in order to limit their tax exposure in countries with more aggressive tax authorities”. “Transfer Pricing Rules and Practice in Germany”, 2010, p. 3. Ciertamente, así parece que lo ha hecho la Administración y la jurisprudencia alemana, pues a título de ejemplo han aumentado en los últimos años las sentencias reguladoras de las operaciones vinculadas entre sociedades hermanas.

⁵⁵⁸ Existe una notable variedad legislativa que regula los precios de transferencia en Alemania; a saber; artículo 9 del MC OCDE, que sirve de inspiración a la regulación alemana, *Co. Inc. Tax* (lo equivalente a nuestro TRLIS) y la *German Foreign Tax Act (Außensteuergesetz)*.

subjetividad que no puede ser obviada. Vayamos por partes para desgranar esta compleja cuestión.

Es evidente que también Alemania parte de lo que debería haber sido el valor normal de mercado, o lo que es lo mismo, la aplicación del principio de *arm's length*. Pero en esta soberanía fiscal este principio tiene un matiz importante: debe tenerse en cuenta lo que habría hecho un diligente hombre de negocios. Así, una operación cuyo precio convenido difiera del de mercado puede ser perfectamente lícita y sin voluntad alguna de elusión fiscal, pero siendo así debe analizarse si esta diferencia de precio tiene una justificación razonable, y únicamente la tendrá si es lo que hubiese pactado cualquier hombre diligente de negocios; por ejemplo porqué así obtendrá futuros beneficios o por su interés comercial en abrir nuevos mercados. De no ser así, se entenderá que la operación se ha efectuado simple y llanamente por la relación societaria que mantienen ambas entidades, habiendo por tanto lo que la doctrina denomina *societatis causa*.

La escasa doctrina española que ha estudiado los precios de transferencia en Alemania, como son las profesoras ESTEVE PARDO⁵⁵⁹ y SALA GALVAÑ⁵⁶⁰, entienden que este criterio es objetivo, puesto que no analiza los motivos que ha tenido la sociedad para fijar este precio y no el de mercado, sino que se limita a verificar qué hubiese hecho un hombre diligente de negocios. Dicho de otro modo, si existiera un motivo empresarial para la conveniencia de un precio que difiera del de mercado, se entendería que así lo habría hecho cualquier comerciante ordenado y diligente, y por ende no serían de aplicación las políticas de precios de transferencia.

Sin embargo, ESTEVE PARDO en su monografía sobre las distribuciones encubiertas de beneficios alude al “cierto margen de libertad de actuación empresarial” del que gozan las empresas alemanas. De ahí que, en opinión de quien escribe estas líneas, siempre habrá un aspecto subjetivo respecto la valoración de cómo habría enfocado la situación un diligente hombre de

⁵⁵⁹ ESTEVE PARDO, *Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*, 1996, p.61.

⁵⁶⁰ SALA GALVAÑ, *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, 2003, p. 195. Según la autora “Alemania constituye el máximo estandarte de la aplicación objetiva de los ajustes secundarios”.

negocios. Distinto es la concepción francesa, pues como ya se ha explicado, el respeto por las decisiones empresariales es de una magnitud extremadamente generosa. No es el caso de la normativa alemana, dado que no exige voluntad de fraude para la aplicación de la regulación de las operaciones vinculadas, aunque sí exige la verificación de las causas verdaderamente empresariales que pudieran justificar la diferencia de precio. De no ser así, no quedaría más alternativa que entender que la verdadera causa de alteración de precios no es otra que la originada por la relación societaria⁵⁶¹.

En conclusión, es cierto que una operación puede ser lícita y sin intención alguna de elusión fiscal pero puede ser ajustada, precisamente por ser realizada debido a la “*societatis causa*”, o lo que es lo mismo, por no ser la que un hombre diligente de negocios hubiese realizado. Sin embargo, analizar qué hubiese hecho un hombre diligente de negocios introduce un elemento subjetivo que no debería menospreciarse⁵⁶².

No obstante, es de cabal importancia hacer alusión al resumen de la doctrina alemana que nos brindan los profesores CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, pues parece que gran parte del sector doctrinal alemán considera la figura del hombre diligente de negocios como figura jurídica un tanto obsoleta. Si bien es cierto que introduce “cierta flexibilidad”, tal como lo expresan los mencionados autores, también es cierto que crea una gran inseguridad jurídica

⁵⁶¹ Me parece interesante traer a colación la disquisición efectuada por la profesora ESTEVE PARDO (*Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*, 1996, pp. 59-6) respecto esta cuestión. El enfoque de la autora parte en primer lugar de la *societatis causa* y de la figura jurisprudencial del diligente hombre de negocios como una técnica para su aplicación. Es decir, y en palabras de la autora, “la *societatis causa* se considera realizada en los casos en que un ordenado y diligente comerciante, bajo las mismas circunstancias, no hubiera cedido esta ventaja a un tercero ajeno a la relación societaria”. Observe el lector que se trata simplemente de un pequeño matiz en el orden de la aplicación de las teorías que no altera en modo alguno la conclusión final. Así, en mi opinión, si un hombre diligente de negocios no puede demostrar que la ventaja concedida responde a una razón comercial, querrá decir que únicamente responde a una razón *societatis causa*; luego se aplicarán los correspondientes ajustes.

⁵⁶² A mi modo de ver, la teoría alemana del hombre diligente de negocios comparte algún aspecto con nuestro artículo 21 bis.3 del TRLIS, dado su también carácter eminentemente objetivo y de inversión de la carga de la prueba. Obsérvese como en ambas regulaciones, es el contribuyente quien debe probar una causa distinta de las previstas en el artículo 21 2 bis RIS (legislación española) o la no existencia de la *societatis causa* (regulación alemana).

a los contribuyentes, pues es un concepto demasiado vago en su concepción y por ende en su aplicación práctica⁵⁶³.

4.3.- El sentido positivo o negativo de los ajustes primarios y secundarios

La Administración alemana, como muchas otras soberanías fiscales, entiende que las operaciones vinculadas pueden suponer un aumento para sus arcas públicas pero a la vez también son conscientes que en aquellas ocasiones en las que el exceso de beneficios se encuentre en manos de una entidad alemana, deberán efectuarse las correcciones necesarias en sentido contrario, es decir, practicando ajustes que pueden disminuir la base imponible de sus empresas residentes. Obsérvese cuán diferente es esta concepción de la francesa, que *a priori* únicamente concibe la aplicación de la política de precios de transferencia cuando ello reporte un aumento de recaudación, aunque, como nos recuerda la profesora TRAPÉ VILADOMAT, la doctrina francesa, a pesar de no estar expresamente regulado en el texto legal, entiende admisibles tanto los ajustes positivos como negativos extracontables para ajustar el valor registrado en la contabilidad.

A estos efectos es importante mencionar que esta doble dirección de los ajustes, tanto al alza como a la baja⁵⁶⁴, afecta a los ajustes primarios y a los secundarios; lo cual supone que las sociedades alemanas pueden ser las receptoras de dividendos encubiertos o de una aportación de capital.

Me parece interesante traer a colación el ejemplo con el que SIEKER nos ilustra el efecto global negativo para las arcas alemanas que puede tener una operación vinculada siendo la entidad alemana la que posee el exceso de tesorería. Aunque lo verdaderamente importante, más allá de la conveniencia del ejemplo, es entender la concepción de la aplicación de la política de precios

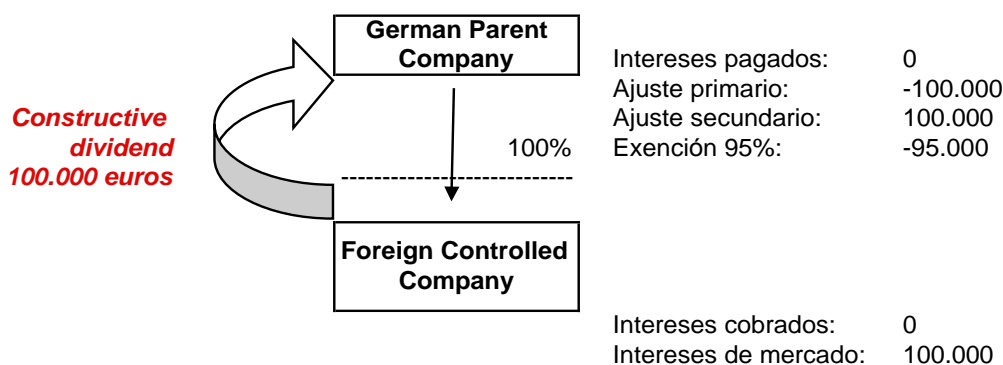
⁵⁶³ Siguen los autores comentando que la consideración de “este principio del hombre diligente de negocios podía estar justificado en el momento de su origen (1967) dado el limitado desarrollo el principio de plena competencia, pero en el contexto actual las autoridades alemanas deberían seguir la concepción objetiva y empírica establecida a nivel internacional”. CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ en “Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas”, en AA. VV. de *Fiscalidad de las operaciones vinculadas*, 2009, p. 503, nota 31.

⁵⁶⁴ SIEKER los denomina *Upward or Downward Adjustment – Hidden profit distribution o Upward or Downward Adjustment – Hidden capital contribution*. “Transfer Pricing Rules and Practice in Germany”, 2010, pp. 61-65.

de transferencia, la cual es recta y honesta, pues con independencia del efecto que los ajustes pudieran causar a nivel de recaudación, lo que prima es la obligación de convenir un precio de mercado, salvo por supuesto, que el no cumplimiento del principio de *arm's length* no tuviera su causa en la relación societaria.

Partiendo del ejemplo de SIEKER, y en aras a facilitar la comprensión de tal compleja cuestión, me permito añadir números al ejemplo. Así, imagínese que una sociedad extranjera concede un préstamo sin intereses a su matriz alemana, debiendo haber sido los intereses de 100.000 euros anuales.

En un escenario como el planteado es evidente que la matriz alemana no ha generado ningún gasto por los intereses respecto el préstamo que le ha sido concedido y que debería haber registrado. En consecuencia, deberá registrarse un ajuste primario negativo que recoja un gasto de 100.000, pero que a su vez se verá compensado por un ajuste secundario de 100.000 en concepto de dividendo. Hasta aquí, pudiera parecer que el efecto sería neutro, ya que ambos ajustes se compensan entre sí. Sin embargo, SIEKER nos recuerda que según la normativa interna los dividendos recibidos gozan de una exención del 95%, lo cual supone un efecto global de disminución de la base imponible, tal y como muestra el gráfico que se expone a continuación:



4.4.- Ajustes secundarios

4.4.1.- Distribución encubierta de dividendos

El concepto de distribución encubierta de dividendos (*hidden profit distribution*) carece de novedad como concepto, pues como ya se ha visto es una figura utilizada en varias legislaciones de nuestro entorno, inclusive por legislaciones muy avanzadas en el campo de los precios de transferencia como la estadounidense. Dos son las consecuencias tributarias directas de calificar una renta como dividendo⁵⁶⁵, a saber; por un lado se aumenta la base imponible de la sociedad receptora y por el otro se trata de una renta sujeta a retención⁵⁶⁶.

Por supuesto, el porcentaje de retención se vería modificado ante la existencia de un tratado que lo limitara. Ahora bien, ¿tenemos claro cuál deberá ser el tratado aplicable? La doctrina alemana alude a los más que probables casos en los que sin una verdadera intención, se verían involucradas más sociedades de las que efectivamente han llevado a cabo la operación. En este sentido, SIEKER nos desvela más pistas sobre posibles escenarios; así pues, una sociedad americana podría realizar una transacción con su participada indirecta, o lo que es lo mismo, con su sociedad nieta. Imagínese que una sociedad americana participa directamente a una sociedad holandesa y ésta a su vez ostenta participaciones de una sociedad alemana. Si las sociedades abuela-nieta llevan a cabo una operación cuyo precio difiere del de mercado y es evidente que este diferencial corresponde a una *societatis causa*, se entendería que la filial alemana ha repartido dividendos a favor de su socio, la sociedad holandesa, y por ende sería el tratado entre Alemania y Holanda el que debería ser aplicable respecto el porcentaje de retención aplicable. A partir de ahí, la Administración alemana carecería de autoridad para comprobar una operación que quedaría fuera de su ámbito de responsabilidad, pero entiendo que la sociedad holandesa debería repartir el dividendo a favor de su matriz americana. De hecho, el

⁵⁶⁵ No es baladí señalar lo que SIEKER nos recuerda respecto la diferencia según la legislación alemana entre una distribución de dividendos y una devolución de aportaciones a los socios, pues únicamente el reparto de dividendos lleva aparejada una retención. De hecho, una distribución de una entidad a su socio se considerará devolución de aportaciones si la suma total de las distribuciones efectuadas en un ejercicio concreto supera el importe del beneficio susceptible de ser repartido (*distributable earnings*). “Transfer Pricing Rules and Practice in Germany”, 1997, p. 62.

⁵⁶⁶ Véase SIEKER, “Transfer Pricing Rules and Practice in Germany”, 2010, p. 62/77.

mismo SIEKER reconoce que si la sociedad intermediaria fuera alemana en lugar de holandesa, éste sería el proceder lógico⁵⁶⁷.

4.4.2.- Aportación de capital. Limitación de concepto

La regulación alemana define la figura de la aportación capital únicamente como aquella proveniente de la transmisión (aportación) de bienes materiales o inmateriales, dejando fuera las prestaciones de servicios o un préstamo sin intereses o inclusive el uso temporal de un bien. Así pues, como puede verse, el ajuste secundario en forma de *hidden capital contribution* es muy restringido, ya que no todas las operaciones darán lugar a esta figura. Creo que merece la pena diferenciar entre los distintos supuestos que se pueden dar y ser conscientes de la respuesta que la regulación alemana ofrece en cada caso:

- i. Operaciones vinculadas derivadas de la transmisión de bienes materiales o inmateriales a favor de la sociedad participada, pudiendo ser la sociedad beneficiaria del exceso tanto una sociedad alemana como una extranjera.

Estos son los posibles escenarios.

- La matriz alemana vende bienes a su filial extranjera por un precio inferior al valor de mercado.
- La matriz alemana compra bienes a su filial extranjera por un precio superior al de mercado.
- La matriz extranjera vende bienes a su filial alemana por un precio inferior al valor de mercado.
- La matriz extranjera compra bienes a su filial alemana por un precio superior al de mercado.

⁵⁶⁷ Véase SIEKER, “Transfer Pricing Rules and Practice in Germany”, 2010, p. 62/77.

Ante los dos primeros escenarios, se efectuará el ajuste primario en sede de la sociedad alemana, aumentado así su base imponible, y a la vez, el diferencial de precio que sigue en manos de la filial extranjera se considerará como una aportación de capital, lo que tendrá el efecto inmediato de incrementar el coste fiscal de la participación que la matriz alemana tiene respecto su filial.

A *sensu contrario*, para los dos últimos casos, el ajuste a efectuar en la base imponible de la filial alemana será negativo, siendo la entidad alemana la receptora de una aportación de capital.

- ii. Operaciones vinculadas derivadas de la prestación de servicios o concesión de préstamo sin intereses. Este tipo de operación, fuere quien fuere la sociedad receptora del exceso de beneficios, no generará ningún ajuste secundario, pues como digo, el legislador alemán no ha considerado este tipo de operaciones susceptibles de calificarse como aportaciones encubiertas, puesto que no suponen ninguna alteración en el activo de las compañías. La cuestión es, ¿cómo resuelve la Administración alemana estas transacciones? Deberá distinguirse la respuesta en función del titular del exceso de beneficios.
 - a. Si la sociedad alemana es la que ha transferido el beneficio a favor de su filial extranjera, habrá simplemente un ajuste primario que incrementará la base imponible de la matriz alemana.
 - b. En cambio, si la matriz extranjera es la que ha transferido el beneficio a favor de su filial alemana y es esta última la que ostenta el exceso de fondos, no cabrá la aplicación de ningún ajuste, ni tan siquiera de un ajuste negativo en la base imponible de la filial alemana. La Sección 1 de la *German Foreign Tax Act* únicamente contempla la posibilidad de efectuar un ajuste positivo en las operaciones de prestaciones de servicios o préstamos⁵⁶⁸, y en consecuencia al contribuyente sólo le queda

⁵⁶⁸ SIEKER directamente comenta que en este tipo de operaciones, como por ejemplo, la concesión de un préstamo sin intereses de la matriz extranjera a favor de la filial alemana, “*are outside the scope of the rule on hidden capital contributions*”. Sigue el autor señalando literalmente

invocar a las autoridades fiscales alemanas la aplicación de un ajuste correlativo (o primario negativo) pero siempre dentro del marco de un procedimiento amistoso de aplicación del CDI entre ambas partes; partiendo de la premisa que el otro Estado ha practicado un ajuste positivo en la sociedad matriz.

4.4.3.- Operaciones entre “*sister companies*”

La Administración alemana parte de una concepción más bien clásica de los ajustes a practicar ante una operación vinculada llevada a cabo por sociedades hermanas. A estos efectos, si una sociedad filial transfiere un beneficio a favor de su sociedad hermana, se asumiría que la primera filial ha repartido dividendos al socio común y éste ha practicado una aportación encubierta a favor de la segunda filial⁵⁶⁹.

Ahora bien, recuérdese que la concepción de aportación encubierta es muy restrictiva en comparación con otras legislaciones, con lo que podría suceder que, en caso por ejemplo de concesión gratuita de un préstamo, la primera filial alemana incrementase su base imponible vía ajuste primario, el socio común (alemán o extranjero) reciba un dividendo pero la segunda filial alemana beneficiaria del exceso de fondos no pueda aplicarse ningún ajuste negativo ni entenderse que ha recibido una aportación encubierta por parte de su socio⁵⁷⁰

4.5.- Setoffs

La Sección 2.3 de la Guía Administrativa de 1983 reconoce que la aplicación del principio de *arm's length* autoriza la realización de compensaciones respecto operaciones cuyas partes intervinientes hayan sido las mismas. Sin embargo, la revisión de la Guía Administrativa en 2005 no contempla los *setoff* como tal,

que para este tipo de operaciones “*there is no legal basis in German law for performing a primary downward profit adjustment*”. “Transfer Pricing Rules and Practice in Germany”, 2010, p. 64/77.

⁵⁶⁹ Guía administrativa 1983. 1.2.11 y 1.3.1.2.

⁵⁷⁰ Son interesantes los ejemplos que SIEKER nos muestra en su capítulo “Transfer Pricing Rules and Practice in Germany”, 2010, p. 67/77, pues en ellos nos detalla la distintas situaciones que puedan darse (filiales alemanas y el socio común extranjero, filiales extranjeras y el socio común alemán, transacciones sobre transferencia de bienes, operaciones de préstamo, etc.).

aunque sí podría subsumirse esta figura bajo el “*equalization payment*” (Sección 5.5.1. de las Guía Administrativa revisada en 2005). En realidad se trata de compensar dos operaciones, una pactada por encima del precio de mercado y otra por debajo⁵⁷¹.

Siendo coherentes con la figura del hombre diligente de negocios, la normativa alemana entiende que esta “compensación” la habrían hecho también partes independientes. De hecho, el mismo SIEKER nos da un ejemplo de este tipo de operaciones. Imagínese una filial alemana que ha obtenido un préstamo de su matriz americana pagando un tipo de interés por encima del de mercado. Sin embargo, la filial ha comprado productos a su matriz por un precio inferior al *arm’s length*. De esta manera parece que este tipo de acuerdos podrían llegar a ser tenidos en cuenta por la Administración alemana.

Antes de pasar al siguiente apartado, considero oportuno resaltar el hecho que la normativa alemana no prevé expresamente la figura del “*loan approach*”, pues la *Corp. Inc. Tax Act* obliga a la aplicación de la distribución encubierta de beneficios o aportación encubierta cuando ésta proceda. Sin embargo, y en opinión de algún autor⁵⁷², esta técnica debería ser tenida en cuenta; y de hecho ya se aplica, dada su facilidad de método, aunque por otra parte, es cierto que la Administración alemana puede entender que el *loan approach* sería otra operación vinculada a la que le correspondería su particular tratamiento⁵⁷³. Con todo lo expuesto, de momento, no debe perderse de vista que la regla de oro alemana que recalifica los excesos de beneficios sigue siendo la “*hidden profit distribution rule*”, y en la “*hidden capital contribution rule*”, cuando esta última sea aplicable⁵⁷⁴.

⁵⁷¹ Es interesante la lectura de la sentencia emitida por el Tribunal de Colonia núm. 13 K 647/03, rkr. EFG. 2008, en la cual el Tribunal aplica directamente la distribución encubierta de beneficios pero que se plantea la existencia de un acuerdo previo entre las partes. También analiza esta sentencia RASCH, S., “Germany: formal requirements for an adjustment”, *Transfer Pricing International Journal*, febrero 2009, p.1-4.

⁵⁷² Véase SIEKER “Transfer Pricing Rules and Practice in Germany”, 2010, p. 72/77,

⁵⁷³ Véase SALA GALVAÑ, *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, 2003, p. 218.

⁵⁷⁴ A estos efectos TEIXEIRA nos recuerda que la fórmula del *repayment* por parte de las empresas alemanas no desvirtuará la recalificación de la operación como dividendo y distribución de capital encubierta.” “Tax Treaty Consequences of Secondary Transfer Pricing Adjustments”, 2009, p. 456.

5.- Italia como ejemplo de soberanía jurídica que carece de regla de calificación

5.1.- Ámbito de aplicación de la regulación de los precios de transferencia

Tal y como ya se ha indicado con anterioridad y a juzgar por el título del epígrafe, Italia se caracteriza respecto el resto de soberanías fiscales estudiadas, por no tener una normativa interna que regule el ajuste secundario, ni tampoco ningún mecanismo de restitución del exceso de tesorería

Eso sí, como en otras legislaciones, Italia no es inmune a los perversos efectos que determinadas políticas de *transfer pricing* pueden ocasionar en el seno de un grupo. Precisamente por ello, también el sistema jurídico italiano prevé una regulación en materia de precios de transferencia. La finalidad última de esta regulación no dista en absoluto del objetivo común de cualquier otra soberanía fiscal que haya legislado sobre esta cuestión, esto es, evitar la transferencia de rentas a países de tributación más reducida, disminuyendo así la carga tributaria al fisco italiano.

Como puede deducirse del literal del artículo 110, c.7 del D.P.R. 917/86 que aprueba el TUIR (el equivalente a nuestro TRLIS), así como de la interpretación que hace la doctrina del mismo, el régimen de operaciones vinculadas se aplica a las transacciones que *“intervengono tra un’impresa tra un’impresa soggetta alle norme del D.P.R. 917/86 e una società non residente che la controlla o ne è controllata ovvero alle transazioni che intervengono tra le stesse entità quando entrambe sono controllate da una terza società”*. Así lo conciben MUSELLI y MUSELLI, ambos autores de una monografía específica sobre la materia⁵⁷⁵.

Esto significa que, a día de hoy, no existe en el marco legislativo italiano una norma que discipline un principio general de aplicación de la regulación de los precios de transferencia entre sujetos residentes en Italia⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ MUSELLI, A. y MUSELLI A. C., *Transfer pricing*, Ed. Il Sole 24 Ore, 8ª ed., octubre 2012, p. 60. En aras a no confundir el lector, merece la pena señalar que a pesar de coincidir en apellido se trata de dos autores distintos que han colaborado en la misma obra (Andrea Muselli y Alberto Carlo Muselli).

⁵⁷⁶ La normativa italiana que regula los precios de transferencia tiene su base en dos artículos, ambos en el mismo texto legal, el TUIR. En concreto, me refiero al artículo 110, c. 7 y c. 2 del D.P.R. 22 diciembre 1986, n. 917 TUIR, que a su vez invoca al artículo 9, c. 3 e 4, siempre del TUIR).

En concreto pues, la regulación se aplica a cualquier de los tres siguientes casos:

- Operaciones económicas entre empresas italianas y empresas no residentes en Italia que las controlan (cuando la empresa italiana es la filial de una entidad extranjera).
- Operaciones económicas entre empresas italianas y empresas no residentes en Italia controladas por la misma (cuando la empresa italiana es la matriz de una entidad extranjera).

- El artículo 110, c.7 del D.P.R. 917/86 especifica concretamente quiénes son los sujetos pasivos destinatarios de esta normativa, o lo que es lo mismo, a qué operaciones afecta y cuándo se aplica. En concreto reza así: *“I componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono valutati in base al valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati e dei beni e servizi ricevuti, determinato a norma del comma 2, se ne deriva aumento del reddito; la stessa disposizione si applica anche se ne deriva una diminuzione del reddito, ma soltanto in esecuzione degli accordi conclusi con le autorità competenti degli Stati esteri a seguito delle speciali "procedure amichevoli" previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi. La presente disposizione si applica anche per i beni ceduti e i servizi prestati da società non residenti nel territorio dello Stato per conto delle quali l'impresa esplica attività di vendita e collocamento di materie prime o merci o di fabbricazione o lavorazione di prodotti.”*

- El artículo 110, c.2 del D.P.R. 917/86 remite, para la valoración a mercado de los bienes y servicios, al artículo 9, c.3 y 4 del D.P.R. 917/86 en el que claramente se ofrecen las directrices de valoración. En el primer apartado (c.3) se señala una regla general de valoración respetando el principio de *arm's length* (in condizione di libera concorrenza). El literal del artículo señala lo siguiente: *“Per valore normale, salvo quanto stabilito nel comma 4 per i beni ivi considerati, si intende il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e i servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquisiti o prestati, e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi. Per la determinazione del valore normale si fa riferimento, in quanto possibile, ai listini o alle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso. Per i beni e i servizi soggetti a disciplina dei prezzi si fa riferimento ai provvedimenti in vigore”*

El apartado c.4 del mismo artículo se configura como una norma específica de valoración para bienes concretos (acciones cotizadas, acciones no cotizadas, obligaciones, etc.), siendo su texto literal el siguiente: *“Il valore normale è determinato: a) per le azioni, obbligazioni e altri titoli negoziati in mercati regolamentati italiani o esteri, in base alla media aritmetica dei prezzi rilevati nell'ultimo mese; b) per le altre azioni, per le quote di società non azionarie e per i titoli o quote di partecipazione al capitale di enti diversi dalle società, in proporzione al valore del patrimonio netto della società o ente, ovvero, per le società o enti di nuova costituzione, all'ammontare complessivo dei conferimenti; c) per le obbligazioni e gli altri titoli diversi da quelli indicati alle lettere a) e b), comparativamente al valore normale dei titoli aventi analoghe caratteristiche negoziati in mercati regolamentati italiani o esteri e, in mancanza, in base ad altri elementi determinabili in modo obiettivo.”*

- Operaciones económicas entre empresas italianas y empresas no residentes en Italia, todas controladas, directa o indirectamente, a una común dirección unitaria (es decir a una misma entidad matriz).

Esta posición, resulta apoyada tanto por documentos de praxis de la Administración Fiscal italiana (como por ejemplo la C.M. 26 febbraio 1999, núm. 53/E), como por la propia jurisprudencia (Cassazione del 24 luglio 2002, núm. 10802; sentenza della Comm. Trib. Prov. Di Milano, Sez. I, 18 marzo 1998, núm. 577). Así lo entiende también FERRANTI, quien hace una recopilación de la mencionada jurisprudencia en relación a esta cuestión⁵⁷⁷.

No obstante lo expuesto hasta ahora, ello no significa que las autoridades fiscales italianas renuncien a realizar ajustes en el ámbito doméstico, es decir, en transacciones acaecidas entre dos sujetos pasivos italianos. Tal y como indican los profesores VALENTE, y MUSSELLI y MUSSELLI, en frecuentes ocasiones dichas correcciones valorativas se sustentan sobre la aplicación de la norma sobre elusión fiscal italiana (artículo 39 del D.P.R. 600/73)⁵⁷⁸ y no la específica sobre precios de transferencia.

Así pues, en este sentido, en comparación con las legislaciones ya estudiadas, podría afirmarse que la legislación italiana presenta similitudes con la legislación francesa, por cuanto su regulación específica se centra en las transacciones internacionales. Sin embargo, la normativa italiana, también puede ser, en cierto aspecto y con matices, asimilada a la normativa estadounidense y alemana, en tanto la posibilidad final que ostenta la Administración para efectuar ajustes entre sujetos residentes en Italia, aunque como ya se ha dicho, no tomando como base la regulación sobre los precios de transferencia.

⁵⁷⁷ FERRANTI, G. "Il transfer pricing tra società residenti in Italia", *Corriere tributario*, núm. 13/2011, p. 1.037.

⁵⁷⁸ VALENTE, P., *Manuale del transfer pricing*, Ed. Ipsoa, 2009, p. 611; MUSSELLI y MUSSELLI, *Transfer pricing*, 2012, p. 60 y p. 70.

5.2.- Aplicación de los ajustes primario y bilateral

En línea con lo esgrimido por la legislación francesa, también en Italia la aplicación de la regulación en materia de precios de transferencia siempre parte de una actuación administrativa. De ahí que pueda afirmarse la imposibilidad que sea el propio sujeto pasivo quien altere el valor convenido mediante la presentación de la autoliquidación; justo lo contrario de lo que efectivamente sí permite la legislación estadounidense.

Las autoridades fiscales italianas, en el marco de un procedimiento de comprobación, pueden realizar ajustes a la base imponible de una empresa residente, corrigiendo el valor convenido por no ajustarse éste al valor de mercado. Deberá analizarse ahora el sentido en términos cuantitativos de esta corrección, es decir, si sólo puede aumentar la base imponible del contribuyente, o también reducirla por exceso de ingreso o defecto de gasto.

El mencionado artículo 110, c.7 del D.P.R. 917/86 prevé un requisito para que la disposición pueda ser aplicada: *“se ne deriva aumento del reddito”*. Esto significa que la norma se aplica sólo cuando supone un aumento de la base imponible para el contribuyente italiano, ya que no concede relevancia a las situaciones en las que los contribuyentes italianos han declarado en Italia mayores ingresos.

Ahora bien, ¿es posible que el fisco italiano admita un ajuste negativo? Llegados a este punto del análisis, es menester señalar que la normativa interna italiana establece que las disposiciones relativas al valor normal se aplican también en situaciones en las que el ajuste se traduce en una disminución de la base imponible para el contribuyente, pero únicamente aplicables *“in esecuzione degli accordi conclusi con le autorità competenti degli stati esteri, a seguito delle procedure amichevoli previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi”*. Es decir, el fisco italiano asumirá un ajuste negativo sólo en la medida en que esta petición se inserte en el seno de un procedimiento amistoso con las autoridades competentes de otro Estado con el que Italia tenga suscrito un CDI.

Así pues, y como era previsible, la aplicación de esta parte del artículo 110, c.7 del D.P.R. 917/86, es mucho más compleja de implementar, por cuanto se veta la posibilidad que el contribuyente consigne un ajuste negativo de manera autónoma en su declaración, siendo el procedimiento amistoso la única vía posible para que las autoridades fiscales admitan una reducción de la base imponible⁵⁷⁹.

5.3.- Inexistencia de regla de calificación

Según exponen en su libro los autores MUSSELLI y MUSELLI⁵⁸⁰, no parece que las autoridades fiscales italianas se hayan adherido a la praxis de los ajustes secundarios, sobre todo porque no hay una Ley que lo prevea.

Sin embargo, existe una parte minoritaria de la doctrina⁵⁸¹ que considera que, en el caso en el que haya una inspección que provoque un ajuste primario a la filial italiana, dicho ajuste positivo debería ser considerado también como un dividendo oculto distribuido por la filial a su matriz extranjera y, como tal, debería someterse a imposición (con la consecuencia tributaria en forma de retención, siempre que se cumplan los requisitos normativos).

Así pues, puede concluirse este apartado afirmando que Italia, como la mayoría de soberanías fiscales, carece de una regulación específica que otorgue solución a la diferencia entre la situación patrimonial y la base imponible que aflora tras la realización de un ajuste primario. Quizás por su compleja implementación y para evitarse la generación de nuevos conflictos jurídicos. Sin embargo, la doctrina ya empieza a hacerse eco de esta posibilidad, en la medida en que los ajustes de valoración no resuelven el exceso de fondos que inevitablemente se plantea tras cualquier ajuste primario. Teniendo en cuenta la redacción de nuestro artículo 16.8 del TRLIS y los problemas que el mismo ha acarreado, únicamente espero que si algún día Italia prevé incorporar en su legislación doméstica una regla de calificación, la misma no pase por la distribución presunta de dividendos, sino más bien por la de préstamo sin intereses,

⁵⁷⁹ Así lo señala el profesor VALENTE, *Manuale del transfer pricing*, 2009, p. 651.

⁵⁸⁰ MUSSELLI y MUSELLI, *Transfer pricing*, 2012, p. 683.

⁵⁸¹ *Vid.* nota anterior.

devolución de exceso de fondos o restitución. Sea cual sea el término que quiera otorgársele, lo primordial, a mi modo de ver, es que se aleje lo más posible de la concepción actual del ajuste secundario, y opte por caminos más parecidos al *Rev. Proced.* 99-32 americano.

6.- Estudio comparativo basado en un ejemplo práctico relativo a los ajustes en operaciones vinculadas. Soluciones ofrecidas por Estados Unidos, Alemania y Francia

En el seno del foro internacional en *Tax Management* llevado a cabo en septiembre de 2006 se publicó un artículo sumamente interesante en el que mediante un ejemplo práctico varios Estados resolvían un conflicto de *transfer pricing* según su legislación doméstica. España también participó en este foro, aunque es importante señalar que la modificación de nuestro texto legal que introducía como gran novedad el ajuste secundario todavía no había entrado en vigor.

Mi intención es resumir brevemente las conclusiones que ofrecen las tres legislaciones extranjeras que en su regulación doméstica contemplan el ajuste secundario (se obvia por tanto a Italia) a un mismo caso práctico, cuya resolución será por supuesto distinta en función de la normativa de cada Estado, y que se ha descrito en los apartados anteriores. Con posterioridad, deberá efectuarse el ejercicio de comparación con nuestro texto legal y las soluciones que el mismo propone. En opinión de quien escribe estas líneas, en un tema tan sumamente práctico como es la aplicación de los ajustes a una operación vinculada, la plasmación de las soluciones teóricas en un supuesto real facilita el posterior análisis comparativo.

6.1.- Descripción de los hechos fácticos

En aras a dotar este ejercicio de una verdadera vocación internacional, los ejemplos siempre consideran la intervención de dos entidades pertenecientes a distintas soberanías fiscales, pues al fin y al cabo, esto es lo más habitual y sin lugar a dudas, lo que presenta un mayor reto para nuestras legislaciones.

Imagínese el siguiente escenario:

H es una entidad residente encuadrada por el citado *paper* en un Estado llamado *Host Country*. H se dedica al ensamblaje y venta de ordenadores en su mismo territorio. Al mismo tiempo, F, sociedad vinculada con H, es una entidad residente en una soberanía fiscal distinta de la de H, llamémosla *Foreign Country*. F se dedica a la fabricación de *hard drives*.

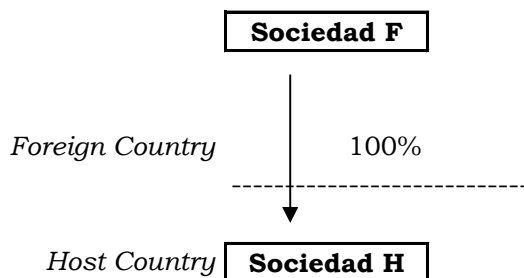
H compra componentes informáticos a distintas empresas, incluyendo la compra de *hard drives* que adquiere de F. Supóngase que en el año X la sociedad H compra *hard drives* a F por valor de 100u por componente. Tres años más tarde (en el año X+3) de dicha operación, las autoridades fiscales de H determinan que el precio unitario de mercado por el que hubieran tenido que adquirir los *hard drives* debería haber sido de 80u.

6.2.- Cuestiones a resolver

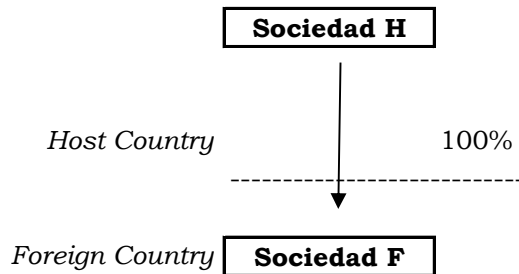
A.- ¿Qué ajustes debería efectuar la sociedad H según las distintas legislaciones? ¿Cómo se resuelve el pago adicional de 20u. por unidad que H ha satisfecho de más? En concreto, ¿qué puede hacer la sociedad H? ¿Y la Administración Tributaria de la sociedad H?

Analícese la situación partiendo de los distintos supuestos:

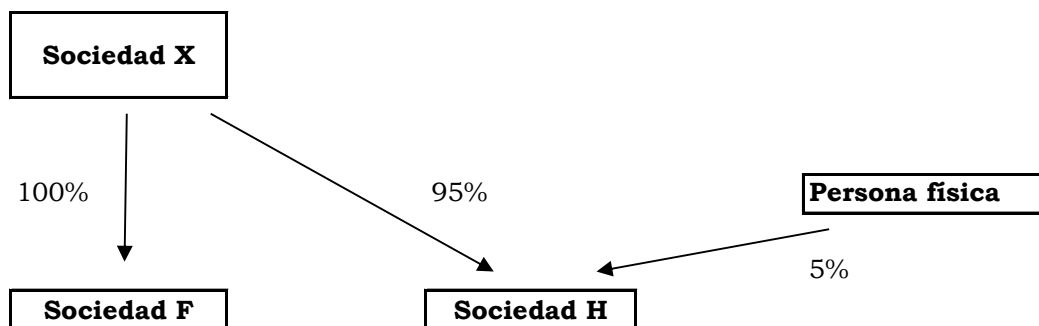
A.1.- F ostenta el 100% de H



A.2- H ostenta el 100% de F



A.3.- Una tercera sociedad de otro país ostenta el 100% de la sociedad F y el 95% de la sociedad H, estando el restante 5% en manos de una persona física residente en el país de H.



B.- Cambiaría la respuesta si existiera un tratado entre el *Host country* y el *Foreign Country* y las autoridades fiscales de ambos países se pusieran de acuerdo en relación a los ajustes a efectuar?

6.3.- Resolución según la legislación de Estados Unidos

En el caso de Estados Unidos, parece evidente que si el IRS hubiese efectuado un ajuste primario positivo en la base imponible de H por valor de 20u por componente, debería efectuarse el llamado *correlative adjustment* en sede de la sociedad F, reduciendo su base imponible por el mismo importe que se ha aumentado la base tributable de H. Sin embargo, y aunque huelga decirlo, el

IRS carece de competencia para imponer ningún ajuste en una sociedad radicada en otra soberanía fiscal.

Como resulta predecible, la cuestión más complicada radica en la recalificación de dicha renta, es decir, en lo que la legislación estadounidense denomina *conforming adjustments*. El exceso de beneficio, esto es, 20u por unidad, siguen estando en manos de la sociedad F, y tras el ajuste primario y correlativo efectuado extracontablemente, la contabilidad que ha registrado la operación y su base imponible no coinciden. ¿Qué opciones tiene el IRS? ¿Y la propia sociedad H?

6.3.1.- Opciones para la Hacienda estadounidense

Según la literalidad del texto legal⁵⁸², el IRS únicamente dispone de la capacidad para realizar un “*appropriate adjustment*”, que no es más que considerar el exceso como un dividendo o como una aportación. En concreto, si nos basamos en los distintos supuestos y teniendo en cuenta que la sociedad H ha pagado un exceso por la adquisición del un producto a la sociedad F, la resolución en función de las relaciones societarias sería la siguiente:

Escenario A.1.- El exceso de fondos se calificaría como un dividendo que la sociedad americana H ha satisfecho a la sociedad extranjera F, renta ésta sujeta a retención al tipo del 30%. Así pues, la sociedad H debería ingresar al Tesoro americano el 30% del diferencial de precios.

Escenario A.2.- Puesto que el excedente de tesorería está en manos de la sociedad filial, dicha renta se calificaría como una aportación de fondos de la sociedad americana H a favor de F. Recuérdese que esta operación está considerada como un “*non-taxable event*”, con lo que tampoco tributaría por el supuesto aumento de capital. Sin embargo, sí habría una alteración del valor fiscal de las participaciones que la sociedad H tiene sobre F.

Escenario A.3.- Este último supuesto es el más complejo pues el hecho que el socio común de las sociedades H y F no disponga del 100% de su participación complica la respuesta del IRS así como de los tribunales.

⁵⁸² Reg. Sec. 1.482 – 1(g)(3)(i)

El profesor BOUMA apunta que ve difícil que un tribunal entienda que es aplicable la teoría del dividendo triangular precisamente porque el socio común de ambas compañías carece de la totalidad de las participaciones. Pero el citado autor va más allá en su razonamiento, el cual comparto plenamente. Si consideramos que la sociedad H reparte un dividendo a la sociedad X, ¿qué sucede con el otro socio persona física que ostenta el 5% de su capital social? BOUMA prevé la posibilidad que el socio persona física interponga una acción contra la sociedad H por haber repartido un dividendo a un socio pero no a él. La cuestión ahora se eleva en saber cómo se resolvería esta cuestión en tribunales. Pues parece ser que lo más probable según BOUMA es que, aunque el contribuyente no haya optado por la aplicación del *Rev. Proced.* 99-32, el exceso de renta se califique como un préstamo entre las dos sociedades hermanas.

En este sentido debe recordarse que existen antecedentes jurisprudenciales americanos que avalan la calificación de préstamo a una operación vinculada aún cuando el contribuyente no haya optado por el *Rev. Proced.* 99-32. También hay ejemplos en el *case law* que demuestran que el IRS puede ir por la vía del “*loan treatment*” aunque el sujeto pasivo no haya optado por dicho procedimiento. Vale la pena recordar el famoso caso *Altama Delta Corp. vs. Commr*⁵⁸³ que tanta reticencia ha encontrado por parte de un sector de la doctrina⁵⁸⁴. Parece que en este punto el IRS sí se basa en la literalidad de la norma que insta a la Hacienda americana a realizar ajustes apropiados “*appropriate adjustments*”, entendiendo la calificación de los dividendos o las aportaciones como opciones que ofrece el legislador pero no las únicas, pues parece que el IRS en determinados supuestos puede considerar más conveniente tratar la diferencia como un préstamo.

⁵⁸³ En *Alta Delta corp. vs Commr.* el Tribunal consideró que a pesar que el contribuyente no había solicitado la aplicación del *Rev. Proced.* 65-17 (procedimiento anterior al actual *Rev. Proced.* 99-32), procedía tratar el exceso de *cash* como un préstamo.

⁵⁸⁴ GIMBEL LEWIS y BREEN, “Coming Full Circle? Secondary Adjustments and Repatriation in Transfer Pricing Cases”, 2008, p. 32; O'BRIEN y OATES, “Calling for IRS for a Flagrant Fou: Imputing Interest As a Secondary Adjustment”, Winter 2006, pp. 37-42.

Bajo el punto de vista de nuestra perspectiva jurídica puede parecer un tanto incongruente que el IRS o inclusive los tribunales lleguen a calificar el exceso de renta como un préstamo cuando la normativa únicamente permite la aplicación del *Rev. Proced. 99-32* en el supuesto que éste haya sido invocado por el contribuyente. Entraríamos aquí en una clara contradicción de aplicación de la norma. Sin embargo, este análisis no sería correcto, pues como sabemos el *case law* en el *Common Law* tiene una transcendencia que no tiene en nuestra concepción del Derecho. Aún así, como ya se ha dicho, se han alzado voces contrarias a esta interpretación efectuada del IRS a favor del “*loan treatment*” cuando le conviene.

6.3.2.- Opciones para la sociedad americana H (Host country)

Este apartado es más breve, pues el contribuyente dispone en cualquiera de los tres escenarios de las mismas dos opciones:

- Aplicar el *Rev. Proced. 99-32*
- Comunicar a la Hacienda americana que durante el mismo año que se llevó a cabo la operación de venta de *hard drives*, se realizó otra operación también con F, en la que el exceso de tesorería fuera en la otra dirección, de manera que el no cumplimiento del principio de *arm's length* en ambas operaciones quedaría neutralizado. En definitiva, se trataría de aplicar lo que la normativa americana bautiza como *setoff*.

6.3.3.- ¿Qué sucedería si el país de residencia de la sociedad H (Host country) y el país de residencia de la sociedad F (Foreign country) tuvieran suscrito un CDI?

No es esta una cuestión de fácil respuesta; pues como se sabe no hay una uniformidad legislativa en esta materia. Según BOUMA si hubiese un Convenio firmado entre ambos estados, podría ser posible un acuerdo relativamente rápido en cuanto al ajuste primario y correlativo pero no sobre el *conforming adjustment*. Recuérdese que hay algunos Estados que ni tan siquiera contemplan la posibilidad que pueda existir un ajuste secundario,

posiblemente, según palabras del citado autor, por la dificultad administrativa que éste entraña⁵⁸⁵.

Otra opción que el autor del citado *paper* ve factible es la aplicación de la técnica del *setoffs*. Así, si la entidad H acude al IRS mostrando la posibilidad tangible de aplicar una compensación de ajustes debido a otra operación en la que fuera la entidad H y no F quien se hubiera quedado con el exceso de tesorería, muy posiblemente la autoridad competente de F estaría predispuesta a solucionar el conflicto.

6.4.- Resolución según la legislación francesa

Curiosamente y según la normativa francesa, los tres supuestos planteados se resolverían de la misma manera; pues en todos ellos se ajustaría en 20u por unidad la base de la sociedad H; es decir, un ajuste positivo, con independencia de la relación societaria entre las entidades H y F.

A su vez, las autoridades fiscales francesas impondrían una retención del 25/75 sobre este exceso de 20u por unidad, que únicamente podría ser evitada si:

- Existe un Tratado entre Francia (H) y F en virtud del cual se asume que esta renta ostenta la categoría de “dividendo” y no se prevé una retención, o determina un tipo de retención inferior al tipo fijado por la normativa doméstica francesa.
- Existe un Tratado entre Francia (H) y F en el cual el concepto de dividendo queda delimitado a su sentido más clásico. Si es así, la renta será considerada como “otra renta” y la Administración francesa no podría aplicar retención alguna sobre la misma. Obsérvese que serían en

⁵⁸⁵ En este sentido me parece ilustrativo traer a colación las palabras literales del propio BOUMA, que en un sentido práctico y diría que un tanto resignado a la situación dice así: “*Where two Competent Authorities cannot agree on conforming adjustments, the taxpayer will simply have to try to make the best of a bad situation*”. BOUMA, “Overview of the U.S. Transfer Pricing Rules Pertaining to Additional Adjustments. House Country, United States”, 2006, p. 74.

todo caso las autoridades fiscales de F las que podrían gravar esta renta en caso de incluirla en la base imponible de F.

6.5.- Resolución según la legislación alemana⁵⁸⁶

Escenario A.1.- La clave para saber si debe considerarse que la sociedad alemana H ha satisfecho un dividendo a favor de su filial extranjera F, es el resultado de la aplicación de la teoría del hombre diligente de negocios. ¿Habría un hombre diligente de negocios comprado los *hard drives* al precio de 100u? Si la respuesta es negativa, se pondría de manifiesto que la ventaja patrimonial a favor de la sociedad F tendría su causa en la relación socio-sociedad, *societatis causa*; o dicho de otro modo, si F no participara a la sociedad H, ésta última no le habría comprado el producto por un precio superior al valor de mercado.

Si la Administración alemana considera que efectivamente un hombre diligente de negocios no hubiera satisfecho este sobreprecio y por tanto el exceso de precio trae su causa en la relación societaria, se efectuaría el ajuste primario, y se calificaría el exceso de 20u por unidad como dividendo satisfecho a la sociedad F; renta ésta que será sujeta a retención⁵⁸⁷.

Escenario A.2.- Puesto que se trata de una transmisión de bienes sí es aplicable en toda su extensión la recalificación del exceso de renta como aportación de fondos efectuada por la sociedad matriz alemana H a favor de la filial extranjera F, aumentando así el valor fiscal de la participación. De nuevo, esto sería así siempre y cuando el diferencial del precio convenido se debiera a la relación societaria entre F y H.; no obviando por supuesto el preceptivo ajuste primario.

Escenario A.3- La sociedad H ostentaría la condición de “parte vinculada” respecto a la sociedad F debido a que una tercera sociedad posee una participación sustancial (como mínimo el 25%) respecto la sociedad H (un 95%) y la sociedad F (100%). Por tanto, puede afirmarse que ante este escenario las

⁵⁸⁶ Para más información, *vid.* PORTNER R., “Overview of the German Transfer Pricing Rules Pertaining to Additional Adjustments. House Country, Germany” en AA. VV. de “Additional Adjustments to be Made in the Wake of a Transfer Pricing Adjustment”, Tax Management International Forum, September 2006, pp. 24-31.

⁵⁸⁷ Salvo la existencia de un Tratado, el tipo de retención señalado por la legislación doméstica asciende en la fecha de redacción del presente trabajo a un 20%.

entidades H y F son “*sister companies*”. Esta calificación supone entender que H distribuye un dividendo a la sociedad X, y ésta a su vez efectúa una aportación de fondos a favor de la filial F.

Por otra parte, es importante mencionar cómo entiende la Administración alemana la posición del accionista minoritario; el cual no recibe ningún dividendo por parte de la sociedad a la que participada (sociedad H) ni tampoco participa en ninguna operación de aportación de fondos, dado que no ostenta participaciones de la entidad F. Es decir, parece que el accionista minoritario se queda fuera de la aplicación de las reglas de precios de transferencia, pues al fin y al cabo nada tiene que ver la operación comprobada.

Por último mencionar que si la sociedad extranjera F perteneciera a un Estado que hubiese firmado un Tratado con Alemania (Estado de residencia de la entidad F) deberían aplicar los mecanismos señalados en el artículo 25 del MC OCDE (procedimiento amistoso) o bien mediante un procedimiento arbitral.

7.- Postura y recorrido de la OCDE respecto el ajuste secundario

7.1.- Historia y evolución

La OCDE no ha sido ajena al aumento de soberanías fiscales que han ido incluyendo en su normativa interna la figura del ajuste secundario, aunque siendo siempre muy consciente de la dificultad que el mismo puede suponer. De hecho, la OCDE ha tenido tan presente la complejidad del ajuste secundario hasta el punto de hacer mutar su postura, pasando de una concepción subjetiva del ajuste secundario hasta la objetividad actual teñida de un firme convencimiento de pretender eliminar la doble imposición.

En este sentido cabe enfatizar la importancia de la evolución de la postura mantenida por la OCDE. En un principio, y antes de la versión definitiva de las conocidas *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* en 1995 actualizadas en julio 2010⁵⁸⁸, la organización entendía que el ajuste secundario únicamente debía tener cabida ante una voluntad

⁵⁸⁸ Aunque la OCDE va actualizando su contenido, la última versión a fecha de redacción del presente trabajo es de julio de 2010. Véase página web oficial de la OCDE.

clara de elusión por parte del sujeto pasivo. No obstante, en 1995 en la versión definitiva de su Informe, la OCDE matizó su postura inicial, la cual ha venido manteniendo hasta ahora. En este sentido, la OCDE simplemente recomienda a los Estados miembros que en caso de regular el ajuste secundario en su regulación interna procuren articular mecanismos que permitan eliminar o paliar la doble imposición que puede producirse, salvo en los casos de clara conducta elusiva del contribuyente.

Más tarde volveremos de nuevo a las *Guidelines* pero conviene ahora detenerse en la actual regulación del MC OCDE. Como se sabe, es el artículo 9⁵⁸⁹ del MC el encargado de regular las operaciones vinculadas acaecidas entre dos estados. Su redacción es clara respecto el ajuste primario pues el primer apartado del citado artículo alude directamente a la potestad de los Estados contratantes de hacer tributar a sus empresas según el beneficio que hubieran obtenido si esa operación se hubiese efectuado entre dos partes independientes.

El debate más bien creo que debería centrarse entorno la redacción del artículo 9.2 del MC OCDE, pues al fin y al cabo insta al otro Estado contratante a

⁵⁸⁹ Artículo 9 del MC OCDE. Empresas asociadas.

1. Cuando (o siempre que):

- a. una empresa de un Estado contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado contratante, o
- b. unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado contratante y de una empresa del otro Estado contratante,

y en uno y otro caso las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y someterse a imposición en consecuencia.

2. Cuando un Estado contratante incluya en los beneficios de una empresa de ese Estado -y someta, en consecuencia, a imposición los beneficios sobre los cuales una empresa del otro Estado ha sido sometida a imposición en ese otro Estado contratante, y ese otro Estado reconozca que los beneficios así incluidos son beneficios que habrían sido realizados por la empresa del Estado mencionado en primer lugar si las condiciones convenidas entre las dos empresas hubieran sido las que se hubiesen convenido entre empresas independientes, ese otro Estado practicará el ajuste que proceda a la cuantía del impuesto que ha gravado esos beneficios. Para determinar dicho ajuste se tendrán en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio y las autoridades competentes de los Estados contratantes se consultarán en caso necesario.

aplicar el ajuste “que proceda”⁵⁹⁰. Uno pudiera pensar que al ajuste secundario tiene cabida en este segundo párrafo del artículo 9.2, cuyo único fin es evitar la doble imposición que supone la aplicación de un ajuste primario. Sin embargo, ya ha sido la propia OCDE quien se ha encargado de matizar este aspecto, señalando de manera muy clara en el artículo 4.69 de las *Guidelines* que el artículo 9.2 del Modelo de Convenio nada dice respecto el ajuste secundario. Es más, es el artículo 4.32 de las mencionadas *Guidelines* el que expresamente reconoce que el párrafo segundo del artículo 9 alude directamente al ajuste correspondiente, o lo que es lo mismo, al ajuste bilateral que supondrá una disminución de la base imponible del otro Estado contratante; siempre con el objetivo último de eliminar la doble imposición que se produciría si un Estado contratante aumentase la base de su empresa residente pero el otro Estado no disminuyera la suya.

Así pues el ajuste secundario no queda recogido en el MC OCDE, no es éste, como dicen los Comentarios a los artículos, su propósito; no siendo en consecuencia ni prohibido ni incentivado desde la OCDE. No obstante, la OCDE no ha sido ajena a este tipo de ajustes y por ello le dedica un subapartado específico en sus conocidas *Guidelines*⁵⁹¹, pues sabiendo de su existencia, establece una directrices generales para su aplicación; aunque como se sabe, tal y como recuerda SALA GALVAÑ⁵⁹², “la habilitación administrativa para la práctica de los ajustes en los beneficios empresariales obtenidos por operaciones vinculadas internacionales no es una facultad concedida por el artículo 9.1 del CDI aplicable sino que la genera el derecho interno de cada Estado”. Ello todavía aplica con más contundencia respecto el ajuste secundario, dado que su regulación es inexistente en los convenios, existiendo únicamente unas *Guidelines* a modo de recomendación por parte de la OCDE, cuyo contenido se analizará en el siguiente apartado.

⁵⁹⁰ La redacción en inglés habla de “*appropriate adjustment*”, término que recuerda la redacción de la Section 482 del IRC.

⁵⁹¹ Apartado C.5 (4.66-4.76) del capítulo IV – *Administrative Approaches*.

⁵⁹² SALA GALVAÑ, *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, 2003, p.231.

7.2.- Recomendaciones de la OCDE respecto la regulación del ajuste secundario: La voluntad de eliminación de la doble imposición

Creo que es importante resumir brevemente cuáles son estas recomendaciones por parte de la OCDE en relación al ajuste secundario, a pesar de saber de antemano, que el hecho de tener muchas y muy variadas regulaciones domésticas hace, a fecha de hoy, extremadamente necesario incentivar e impulsar las políticas de entendimiento y procedimientos amistosos entre los Estados. No es difícil imaginar que cada Estado pretende optimizar su tributación y que precisamente las divergencias de concepción ante el tratamiento a otorgar a una operación vinculada pueda plantear escenarios de compleja resolución, salvo por el camino de procedimientos amistosos.

Así por ejemplo, imagínese una operación internacional entre dos sociedades vinculadas. La Administración de un Estado, en el seno de una comprobación administrativa puede entender que el precio pactado no sigue el principio de *arm's length*, con lo que efectúa un ajuste primario aumentando la base imponible. Pero a su vez, también puede concebir la existencia de un dividendo encubierto que la filial objeto de comprobación ha distribuido su matriz extranjera, y en consecuencia, aplicar la correspondiente retención. ¿Qué puede ocurrir a partir de este escenario? Pudiera ser que el Estado de residencia de la matriz extranjera reconociera también la operación vinculada aceptando el precio de mercado valorado por la otra Administración, de manera que en un escenario perfecto podría efectuar el correspondiente ajuste bilateral y a su vez aceptar la recepción de un dividendo encubierto, lo cual podría suponer la aplicación de mecanismos para evitar la doble imposición, como una deducción que pudiera preveer la normativa del Estado de la matriz. Ahora bien, no sería poco probable que el otro Estado, a pesar de aceptar que el precio convenido no es de mercado, su valoración podría ser distinta, o reconocer la valoración y el ajuste bilateral pero no contemplar el ajuste secundario. Todavía quedaría otro escenario a contemplar, y es que el otro Estado careciera de ninguna política de precios de transferencia, o bien teniéndola, entendiera que el precio acordado es *arm's length* y por ende no corresponde efectuar ajuste alguno⁵⁹³.

⁵⁹³ Para más ejemplos, véase TEIXEIRA "Tax Treaty Consequences of Secondary Transfer Pricing Adjustments", 2009, pp. 452-455.

Precisamente las *Guidelines* de la OCDE pretenden dar recomendaciones para evitar situaciones como las descritas, aunque es más que evidente que no es tarea fácil dirigirnos hacia una regulación tan poco homogénea.

En resumen, las afirmaciones, sugerencias y recomendaciones de la OCDE, son las que a continuación se exponen:

- Reconoce que el artículo 9 del MC OCDE no se pronuncia respecto el ajuste secundario, pues ni lo prohíbe ni lo requiere.
- Reconoce que el ajuste primario y el correlativo no resuelven el exceso de beneficios que queda en manos de una de las partes intervinientes en la operación. Así, mientras el ajuste primario y correlativo modifican la asignación de bases tributables, los ajustes secundarios intentan solventar la diferencia entre los beneficios imponibles ajustados y aquéllos que han sido inicialmente contabilizados. Precisamente para lograr una explicación que resuelva este excedente de beneficios, hay Estados que entienden que ha existido una operación secundaria (*secondary transaction*⁵⁹⁴) y por tanto se practican ajustes secundarios.
- Según las normativas internas que lo contemplan, las operaciones secundarias pueden ser un reparto de dividendos, una aportación de capital o un préstamo. A título de ejemplo, la OCDE especifica que muy posiblemente si la filial ha pagado un precio excesivo a su matriz precisamente lo ha hecho para ahorrarse la retención a la que estaría sujeta una distribución de dividendos.
- En el caso que se opte por la vía del préstamo (*constructive loan*), la OCDE advierte de la necesidad de seguir cumpliendo el principio de *arm's length*, lo que supone la fijación de un interés de mercado. También deberían fijarse todas las condiciones del préstamo, entre ellas

⁵⁹⁴ Definición según el *Manual on Effective Mutual Agreement Procedures* (MEMAP) de la OCDE, versión de febrero 2007. *Secondary transaction: A constructive transaction that some States assert under their domestic transfer pricing legislation after having proposed a primary adjustment in order to make the actual allocation of profits consistent with the primary adjustment. Secondary transactions may take the form of constructive dividends (that is item treated as though they are dividends, even though they would not normally be regarded as such), constructive equity contributions, or constructive loans.*

la duración del mismo, pues si se opta por esta vía el efecto de la operación vinculada ajustada se prolongará en el tiempo.

- Admite que hay muchos países que no asumen el ajuste secundario por motivos de practicidad, pues resulta evidente que la creación ficticia de operaciones de distribución o aportación no son fáciles de abordar, especialmente cuando la operación se ha efectuado entre dos entidades hermanas.
- En estos últimos casos, es decir, ante una operación entre sociedades hermanas, entiende que la intervención del socio común y la creación de tantas operaciones ficticias puede provocar consecuencias fiscales que afectan a más jurisdicciones. Sin embargo, se afirma que esta complejidad podría ser ahorrada aplicando la figura del préstamo; aunque la mayoría de países no contempla esta posibilidad debido a la complicación que puede suponerles la fijación de un interés.
- Textualmente dice la OCDE que sería inapropiado que un accionista minoritario que nada ha tenido que ver con la operación vinculada fuera receptor de un dividendo. Se pone de manifiesto la incompatibilidad de una distribución no proporcional de dividendos respecto el derecho de sociedades.
- La OCDE es consciente (párrafo 4.71 de las *Guidelines*) que los ajustes secundarios pueden acarrear una doble imposición. Por ello, anima a los Estados cuya regulación interna prevé el ajuste secundario, a arbitrar soluciones que palien la doble imposición, salvo cuando exista voluntad elusiva o propósito fraudulento. En cuanto a los Estados que están en el proceso de elaboración de su normativa interna, les recomienda que tengan en cuenta las dificultades que puede entrañar a nivel de doble imposición la fijación de un ajuste secundario.
- Por último, mencionar que el Manual de la OCDE (MEMAP) señala, en línea con las *Guidelines*, que una de las vías es la repatriación del exceso de beneficio pudiendo ser en forma de préstamo o reclasificando otras transferencias. En todo caso, se recomienda ser concisos en cuanto a la

cuenta a pagar/cobrar, de manera que puedan identificarse claramente todos los reembolsos efectuados con cargo a la cuenta o los intereses generados y tratarlos según la legislación interna de cada soberanía fiscal.

- Siendo consciente la OCDE que la mayor parte de países carecen de experiencia en cuanto al uso de la repatriación, se recomienda acordar los extremos de dicha técnica en el seno de un procedimiento amistoso una vez el mismo se haya iniciado con referencia al ajuste primario.
- De hecho, y a modo de resumen, podría decirse que la OCDE es en extremo escéptica en cuanto a la aplicación práctica del ajuste secundario, entendiendo su existencia únicamente en los casos de evasión fiscal.

Por último, conviene también destacar lo esgrimido en el Manual sobre Procedimientos Amistosos Efectivos de la OCDE (MEMAP), el cual ha recomendado que los acuerdos amistosos en material de precios de transferencia cubran también el ajuste secundario. A ser precisos, el Manual se decanta claramente por la repatriación de fondos que impida la aplicación del ajuste secundario, y así evitar las situaciones de doble imposición.

En este sentido, los profesores CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ nos recuerdan con buen tino que en la medida en que el Manual constituye un Código de Buenas Prácticas (soft-law) carece de fuerza vinculante directa sobre la Administración Tributaria o nuestros Tribunales. Sin embargo, a criterio del autor, que comparto plenamente, debería servir para considerar la excesiva automaticidad del artículo 16.8 de TRLIS y su desarrollo reglamentario “en operaciones donde resulta aplicable un CDI que siga el MC OCDE, puesto que en el contexto de estos, la oportunidad de repatriar el exceso de tesorería que termina en manos de una de las partes vinculadas debe ser prioritaria sobre el ajuste secundario”⁵⁹⁵.

⁵⁹⁵ CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, “Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas” en AA. VV. *Fiscalidad de las operaciones vinculadas*,, 2009, p. 518.

8.- Recomendaciones sobre el ajuste secundario efectuadas por el EU JTPF

A pesar de que todos los Estados Miembros de la UE aplican (en teoría) y reconocen las reglas establecidas en las Directrices de la OCDE, las diferentes interpretaciones realizadas por los distintos Estados Miembros a menudo desembocan en disputas transnacionales que dificultan la uniformidad de la política sobre precios de transferencia a nivel europeo.

Por este motivo, en el año 2002 y durante la Presidencia española, se creó el Foro Conjunto de Precios de Transferencia de la UE. Se trata del único grupo de trabajo que, bajo la protección de la Comisión, presenta una composición mixta Administraciones públicas-sector privado.

Su misión principal consiste en proponer soluciones pragmáticas para conseguir una aplicación más uniforme de las normativas sobre precios de transferencia de los Estados miembros y, en particular, conseguir la efectiva eliminación de la doble imposición proponiendo soluciones ágiles que no exijan, salvo temas excepcionales, modificaciones legislativas.

Para ello, sus trabajos han de complementar, sin interferir, aquéllos que lleva a cabo el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE y se han de desarrollar con pleno respeto a las Directrices de la OCDE cuyos criterios y principios asume, ya que constituyen la base del consenso de los Estados miembros.

Teniendo en cuenta la complejidad jurídica que plantea el ajuste secundario, el EU JTPF⁵⁹⁶ emitió un informe monográfico sobre la materia en fecha 25 de octubre de 2012 y publicado el 18 de enero de 2013⁵⁹⁷.

⁵⁹⁶ Para más información sobre el nacimiento, objetivos y funcionamiento interno de dicho organismo, se recomienda la lectura del artículo de TRAPÉ VILADOMAT, M., “El Foro sobre Precios de Transferencia en la Unión Europea”, *ICE, Revista de Economía*, núm. 825, 2005, pp. 161-172; y GOLMAYO ALONSO, L., “El Foro de Precios de Transferencia de la Unión Europea. Trabajos en curso y expectativas. Posición española” Trabajo presentado al VII-B Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales del primer semestre de 2007, *IEF, Cuadernos de Formación. Colaboración* 26/08, vol. 6/2008, pp. 193-201.

⁵⁹⁷ DOC: JTPF/017/FINAL/2012/EN. Puede verse el citado “Final Report on Secondary Adjustments” en la siguiente dirección electrónica:
http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/final_report_secondary_adjustments_en.pdf.

El primer dato que nos ofrece el citado informe y que pone de relieve la dispersión normativa que impera en la regulación del ajuste secundario es el hecho que únicamente nueve⁵⁹⁸ de los veintisiete Estados europeos miembros disponen en su legislación doméstica de una regulación expresa para el ajuste secundario.

De hecho, y a pesar de anarquía normativa que reina sobre esta materia, el informe del EU JTPF aporta un poco de luz sobre esta cuestión, procurando centrar su atención sobre los aspectos más relevantes. A modo de resumen, las conclusiones alcanzadas son las siguientes:

- La aplicación el ajuste secundario puede desembocar en situaciones que generan una doble imposición. Siendo así, los Estados miembros en los que la aplicación del ajuste secundario sea obligatoria, deberían a su vez prever los métodos para evitar esta tan indeseada doble imposición.

Sobre esta recomendación concreta, en línea absolutamente con las directrices de la OCDE, no puede dejar de mencionarse el caso omiso que ha hecho el legislador español, en tanto la calificación de una parte del exceso de renta como utilidades por la condición de socio o como liberalidad son rentas gravosas que generan situaciones de doble imposición, no siendo la misma evitable en ningún caso.

- La mayor parte de los Estados que aplican el ajuste secundario optan por calificar el exceso de fondos como distribución de dividendos o aportación de capital, no siendo muchos los Estados que se atreven a abordar la figura del préstamo para evitar complicaciones respecto los intereses. De hecho, el Foro aboga por esta solución.
- Se confirma la plena aplicación de la Directiva Matriz-Filial entre miembros de la UE⁵⁹⁹, por lo que no debería dar lugar a la exigencia de retención sobre el presunto beneficio distribuido. Precisamente la aplicación de esta medida que evita la doble imposición es uno de los

⁵⁹⁸ Austria, Bulgaria, Dinamarca, Alemania, Francia, Luxemburgo, Holanda, Eslovenia y España.

⁵⁹⁹ De los nueve Estados miembros de la UE todos, salvo Francia y Bulgaria, admiten la aplicación de la Directiva Matriz-Filial.

motivos que ha incentivado a los Estados miembros a calificar el exceso de renta como distribución encubierta de dividendos y no como préstamo.

- A su vez, defiende la devolución ágil de los fondos que han sido indebidamente cobrados o satisfechos por una de las partes intervinientes en la operación, recomendando que esta repatriación de fondos se encuadre en el seno de un procedimiento amistoso. A su vez, se sugiere que el acuerdo de repatriación se sustente sobre las siguientes premisas:
 - La devolución del exceso de fondos puede ser directo o bien compensando otras operaciones previas efectuadas entre las partes vinculadas o reclasificando transferencias.
 - Las Administraciones deberían dar un período mínimo de 90 días desde la fecha del acuerdo de repatriación hasta la efectiva devolución. Nótese que el plazo sugerido coincide con el actualmente vigente en la normativa norteamericana en el ya explicado *Rev. Proced.* 99-32.
 - Se recomienda, a ser posible, renunciar a la aplicación de intereses en aras a facilitar la devolución de los fondos.
 - Se recomienda acordar la no imposición de retención evitando así la posible doble imposición.
- El ajuste secundario no debería llevar aparejada ninguna sanción.

En resumen, el panorama internacional no está ni mucho menos cerca de aunar esfuerzos en pro de una regulación más homogénea, aunque es cierto que cada vez son más frecuentes los procedimientos amistosos. En mi humilde opinión, y a pesar de alabar las virtudes de los procesos amistosos, creo que lo que sería realmente deseable, aunque extremadamente complicado, es ir a una regulación de mínimos, introduciendo cláusulas en los Convenios internacionales que permitieran avanzar hacia la uniformidad de conceptos. De ahí mi reflexión, pues se están haciendo esfuerzos considerables por armonizar

poco a poco otros aspectos, igualmente importantes en materia de precios de transferencia (métodos de valoración, acuerdos previos de valoración, ajuste primario y correlativo, etc.) pero no sigue el mismo ritmo el esfuerzo unitario respecto el ajuste secundario, entre otras cosas, porque quizás, la OCDE no ha encontrado la manera de convencer a los Estados con una propuesta de solución mediante, por ejemplo, la introducción de cláusulas concretas en los Convenios, como sí sucede respecto el ajuste primario y bilateral, y el artículo 9 del MC OCDE.

CAPÍTULO VI:

PROPUESTA CONCRETA DE REGULACIÓN DEL AJUSTE SECUNDARIO

1.- Objetivo y planteamiento del capítulo

Como cualquier estudio sobre una norma jurídica, una vez la misma ha sido analizada en profundidad y habiendo podido aislar los conflictos jurídicos que es susceptible de generar, únicamente cabe finalizar dicho análisis con una propuesta de regulación clara y concreta.

Para lograr este ambicioso objetivo, es menester partir de un breve resumen de aquellos aspectos controvertidos que presenta la regulación vigente del ajuste secundario, recopilando aquello que ya se ha analizado con detalle en los capítulos anteriores.

Sin embargo, a mi entender, y debido al estudio previo efectuado sobre Derecho comparado, la propuesta final debe venir precedida por un estudio de las soluciones jurídicas ofrecidas por otras soberanías fiscales, en la medida en que las mismas puedan o no ser aplicadas en nuestra legislación.

Como se sabe, en el capítulo quinto sobre Derecho Comparado el estudio se ha limitado al análisis del Derecho positivo regulador en otras jurisdicciones sin entrar a valorar las bondades o defectos de los que puede adolecer una solución jurídica en concreto. Es en este capítulo en el que cabrá analizar críticamente las soluciones jurídicas ofrecidas por el Derecho comparado a la vez que se tiene en cuenta si las mismas podrían o deberían ser aceptadas por nuestro legislador. Todo ello como paso previo para poder alcanzar la conclusión final o si se quiere, el sentido último del presente trabajo, esto es, ofrecer una solución jurídica concreta que pasa por alterar profundamente el redactado del artículo 16.8 del TRLIS, sino su eliminación, así como de su desarrollo reglamentario. En resumen, primero es necesario identificar los aspectos controvertidos de la norma jurídica, posteriormente se efectuará un estudio de Derecho comparado analizando si las soluciones jurídicas ofrecidas en otras soberanías fiscales podrían ser o no importadas en nuestra legislación, y en caso afirmativo, detallar los matices diferenciales, y por último, se presentará una propuesta legislativa concisa.

Por último indicar que, la opinión de quien escribe estas líneas sobre todos y cada uno de los aspectos críticos que genera la actual regulación del ajuste

secundario, ya ha sido ampliamente expresada en los capítulos anteriores, de suerte que en el siguiente epígrafe la finalidad es compilar⁶⁰⁰ de nuevo todos ellos pero sin entrar a reproducir nuevamente los argumentos que sustentan el debate doctrinal, sino un breve resumen que identifique los aspectos más destacables.

2.- Aspectos críticos de la regulación española del ajuste secundario

A la vista el estudio efectuado, puede afirmarse que la actual redacción del artículo 16.8 del TRLIS, así como de su desarrollo reglamentario en el artículo 21 bis del RIS, e inclusive la NRV 21^a del PGC, han sido y son normas generadoras de la problemática que se enumera a continuación.

2.1.- Conflicto entre la normativa contable y fiscal

A pesar de aparentar uniformidad de criterio, pues ambas normativas discurren en el mismo sentido y con un propósito común, esto es, valorar a valor de mercado (o valor razonable) una operación entre partes vinculadas y prevalencia del fondo sobre la forma, existen importantes puntos divergentes que impiden esta tan pretendida homogenización. En concreto:

a) El valor razonable señalado por la normativa contable coincide en la mayoría de ocasiones con el valor de mercado que exige la normativa contable. Sin embargo, ante la ausencia de *mercado fiable*, la normativa contable ofrece una serie de técnicas de valoración, brindando como último recurso el valor de adquisición. Por el contrario, la norma fiscal obliga de manera inexorable al alcance del valor de mercado a través de alguno de los cinco métodos previstos en el artículo 16.4 del TRLIS.

Precisamente la posible discrepancia en cuanto a norma de valoración se refiere, puede suponer una diferencia respecto el exceso de renta que debe ser calificado.

⁶⁰⁰ Precisamente, en tanto se trata de una recopilación de los aspectos críticos del ajuste secundario ya abordados con detenimiento durante los capítulos segundo y tercero, no procede en este epígrafe reproducir las notas a pie de página como complementarias al estudio de fondo que ya ha sido realizado.

b) Pero no es precisamente la discrepancia entre valor razonable y valor de mercado el factor diferencial más llamativo, de suerte que en la mayoría de ocasiones habrá coincidencia entre ambos valores, sino respecto la regla de calificación. Así, mientras la NRV 21^a del PGC exige registrar la diferencia atendiendo a la realidad económica de la operación sin exigir calificaciones apriorísticas, la normativa fiscal sí las impone en el caso de relación socio-sociedad, dejando el resto de operaciones vinculadas a la subjetividad del sujeto pasivo, atendiendo siempre a la naturaleza jurídica de la operación. No obstante, esta presunción *iuris et de iure* se convierte en *iuris tantum* gracias a la introducción del apartado 3 del artículo 21 bis del RIS, el cual desplaza la carga probatoria al sujeto pasivo, quien deberá probar que efectivamente no existía un propósito fraudulento o elusivo en la transacción y por ende, alterar la calificación propuesta por el texto normativo.

Los conflictos que puede provocar esta dualidad normativa son claros, dada la posibilidad de divergencia entre ambas regulaciones. Aún siendo conocedores de la actual interpretación del ICAC, ¿Qué impide que contablemente el exceso de una operación pueda registrarse como un préstamo, mientras que fiscalmente la normativa obligaría calificar el trasvase de recursos como una distribución oculta de dividendos o una aportación encubierta? ¿Podría ser capaz el sujeto pasivo de demostrar que la verdadera naturaleza de la operación secundaria es un préstamo y por tanto no procede la calificación como dividendo o aportación? Podría darse el caso de imposibilidad de probar dicho extremo, cuya consecuencia podría llegar a ser increíblemente inverosímil, pues el gasto contable ocasionado por la carga financiera no debería ser fiscalmente deducible, dado que procede de una calificación contable no apta para la regulación fiscal, mientras que a su vez deberían realizarse los ajustes extracontables necesarios para proceder a la calificación tributaria legalmente exigida, esto es, como distribución de dividendo o aportación encubierta.

Sea como fuere, el hecho que el componente subjetivo de la normativa contable sea el pilar sobre el que se sustenta la NRV 21^a del PGC en cuanto a la regla de calificación, mientras la objetividad de ciertas calificaciones apriorísticas marca el ritmo de la normativa fiscal, puede producir graves distorsiones, las cuales no quedan solventadas con el apartado 3 del artículo 21 bis del RIS.

c) El hecho que el perímetro de vinculación no sea coincidente en ambas normativas produce graves tensiones jurídicas. De hecho, existirá un elevado número de transacciones que caerán dentro del concepto de operación vinculada a nivel fiscal (artículo 16.3 del TRLIS) pero no a nivel contable. La consecuencia directa de este hecho es determinante: en estas operaciones no será de aplicación la NRV 21^a del PGC, por lo que las mismas serán registradas por su valor de adquisición y únicamente a través de ajustes extracontables se conseguirá dar cumplimiento al mandato fiscal tanto de valoración como de calificación.

En aras a la verdad, parece que la regla general en la que coinciden grupo fiscal y grupo contable será de escasa aplicación, pudiendo llegar a ser una regla minoritaria, pues existe un amplio abanico de transacciones vinculadas a nivel fiscal pero no a nivel contable. Siendo ello así, ¿qué sentido tenía aprobar una norma fiscal y una contable con tantos elementos de distorsión? En opinión de quien escribe estas líneas, el legislador ha descuidado su cometido principal, que no es otro que el de ofrecer una solución de conjunto para una situación concreta. Más bien parece como si la regulación actual se dividiese en parcelas independientes, contable y fiscal, siendo dos regulaciones distintas sin vocación de unidad. Ciertamente es que los grandes principios (valoración a valor de mercado y prevalencia del fondo sobre la forma) parece que inspiran ambas normas pero el modo de concreción de cada una de ellas no tiene en consideración que el sujeto pasivo debe acomodarse tanto a la norma contable como a la fiscal; y lo único que consigue esta desafortunada dualidad normativa es dificultarle esta tarea.

A mi entender, si se hubiese optado por el criterio de valoración general que el PGC aplica al resto de operaciones, esto es, el valor de adquisición, en lugar de alterar el criterio en el caso de transacciones vinculadas, se hubieran eliminado estos conflictos. A saber, la norma contable podría haberse limitado a reflejar contablemente el coste real de la operación y dejar en manos de la regulación fiscal el mandato de valoración a través de ajustes extracontables.

2.2.- Inseguridad jurídica en relación a determinadas cuestiones básicas que no están expresamente resueltas en el texto legal. Silencio normativo

A continuación se enumerarán distintos aspectos esenciales que generan una importante falta de seguridad jurídica, a la vez que propician el debate doctrinal. Por supuesto todo debate doctrinal no hace más que enriquecer las posibles interpretaciones normativas, pudiendo proponer nuevos enfoques de una misma situación. Ahora bien, cuando la polémica doctrinal trata de suplir la falta grave de seguridad jurídica que propicia el texto legal, es evidente que el legislador se aleja del cumplimiento de su función principal.

Los aspectos que se enumerarán a continuación son exclusivamente derivados del silencio normativo que muestra la regulación actual del ajuste secundario, siendo todos ellos aspectos de naturaleza práctica que impiden una normal aplicación de la norma. Se efectúa esta precisión para diferenciar este apartado del resto de críticas vertidas sobre la actual regulación del ajuste secundario. En este sentido, no se trata de una crítica a lo que actualmente es la regulación y lo que sería deseable que fuera, tal como invertir la naturaleza eminentemente objetiva del ajuste secundario, sino de aspectos de índole tan práctica, a la par que básica, que suponen graves escollos para su aplicación real en el devenir diario de las relaciones entre partes vinculadas.

2.2.1.- Inseguridad jurídica respecto el destinatario final del mandato fiscal

La primera de las cuestiones que no alcanza a definir el texto legal es quién el destinatario del mandato legal impuesto por el artículo 16.8 del TRLIS y que obliga a calificar el exceso de rentas en una operación vinculada según la verdadera naturaleza jurídica de la transacción. Las posibles respuestas ofrecidas por la doctrina, tal y como ya se ha analizado con detalle, alcanzan a concebir como destinatario del mandato fiscal tanto al sujeto pasivo como a la Administración tributaria en el seno de un procedimiento de comprobación, ya sea de manera simultánea, o sucesiva, o inclusive en exclusiva la Administración. Otra discusión doctrinal originada precisamente como consecuencia de esta cuestión, es qué sucede con el ajuste secundario cuando la Administración procede al cálculo del ajuste primario, ¿debe el sujeto pasivo

proceder al cálculo del ajuste secundario una vez la Administración ya ha determinado el ajuste primario y bilateral? El hecho de no contar tampoco con un procedimiento específico que regule la aplicación del ajuste secundario agrava todavía más la situación.

Si bien es cierto que este debate no puede desvincularse del engarce entre la normativa contable y fiscal, pues habrá casos en los que será únicamente el sujeto pasivo quien registrará contablemente no sólo el valor razonable, sino también la calificación de la operación, no es menos cierto que ello no excusa al legislador fiscal de no haberse esmerado más en el redactado del artículo 16.8 del TRLIS. En otras palabras, no debería existir ningún debate entorno a una cuestión tan fundamental como lo es la definición del destinatario final de una norma jurídica.

2.2.2.- Inseguridad jurídica respecto la posibilidad de sancionar la falta de aplicación o la aplicación incorrecta del ajuste secundario

Otro de los aspectos no resueltos por la regulación actual, y que ha sido objeto de debate doctrinal como consecuencia del silencio normativo, es la posibilidad de aplicar el régimen sancionador previsto en el artículo 16.10 del TRLIS, también al ajuste secundario.

Como resumen de lo que ha sido analizado, y teniendo en cuenta la opinión de varios autores, a mi juicio, no es viable jurídicamente plantearse cuál sería el régimen sancionador aplicable a la infracción de una norma jurídica respecto la cual no hay concreción respecto el destinatario final de la misma. Aún así, y en el eventual caso en el que hubiese una modificación legislativa delimitando a quién va dirigido el mandato fiscal, sigo concibiendo el régimen sancionador previsto en el artículo 16.10 del TRLIS como exclusivo para la regla de valoración, no de calificación. En este sentido, y en aras a preservar precisamente el principio de seguridad jurídica tan inexistente en la regulación del ajuste secundario, el hecho que no exista tipo infractor concreto en relación a la regla de calificación, es motivo más que suficiente para afirmar que el régimen sancionador específico previsto para las operaciones vinculadas, no incluye en modo alguno la no realización o realización incorrecta del ajuste

secundario por parte del sujeto pasivo. Afirmar lo contrario sería correr el riesgo de vulnerar el principio constitucional de tipicidad legal (artículo 25 CE). Cuestión distinta será si ante una voluntad manifiestamente elusiva, pueda reconducirse la sanción al régimen general previsto en la LGT, pero no ante una simple discrepancia de valoración.

2.2.3.- Inexistencia de un cauce procedimental expresamente definido para la aplicación del ajuste secundario

Como se sabe, mientras los artículos 16.9 del TRLIS y 21 del RIS abordan con detalle el procedimiento respecto el ajuste primario y bilateral, nada se menciona, ni en el artículo 16.8 del TRLIS, ni tampoco en el artículo 21 bis del RIS, acerca de cómo debe desarrollarse el proceso de aplicación del ajuste secundario. El silencio normativo es tan concluyente que conduce a los especialistas a afirmar que no hay regulación en relación a aspectos tan esenciales, entre otros, como la determinación de las fases del proceso, cuándo debe desplegarse sus efectos el ajuste secundario, si el mismo debe condicionarse a la firmeza del ajuste primario, etc. Por supuesto tampoco se sabe si el mismo deberá ser objeto de un acta independiente o bien podrá añadirse al cálculo del ajuste primario, en tanto el ajuste secundario está indisolublemente vinculado al ajuste primario. Precisamente por este nexo de unión, entiendo que con la parca regulación actual, debería optarse por aplicar el ajuste secundario una vez el ajuste primario adquiriera firmeza, de lo contrario existe el riesgo que la corrección valorativa sea alterada en el seno de un procedimiento de comprobación, lo cual alterará el cálculo del ajuste secundario.

Tampoco en operaciones internacionales no se ha avanzado mucho más en la definición de un proceso específico para la realización del ajuste secundario, aunque en estos escenarios, lo más óptimo es entender que *todos* los ajustes (primario, bilateral y secundario) serán resueltos en el seno de un procedimiento amistoso contemplados en los CDI, o en su caso, en un procedimiento arbitral regulado en el Convenio Europeo de Arbitraje.

2.3.- Excesiva automaticidad del ajuste secundario

Si existe una crítica unánime a la actual regulación del ajuste secundario, la misma hace referencia a su naturaleza objetiva, o en otras palabras, a la automaticidad de su aplicación. Poco importa la voluntad elusiva de las partes en la concreción de un precio, el ajuste secundario se aplicará siempre que objetivamente se produzcan dos hechos diferenciados, a saber, en primer lugar, que exista una operación efectuada entre dos partes vinculadas según el artículo 16.3 del TRLIS, y en segundo lugar, que el precio convenido difiera del valor de mercado.

La afirmación del párrafo anterior es tanto como afirmar la equivalencia entre una mera discrepancia de precios y una verdadera voluntad de elusión fiscal, pues en cualquiera de los escenarios entrará en juego el ajuste secundario.

Por supuesto si la redacción del ajuste secundario en nuestra legislación hubiese sido más respetuosa con el principio de capacidad económica no sería tan distorsionador el hecho de no demandar una manifiesta voluntad de fraude fiscal. Pero las ficciones jurídicas que genera el ajuste secundario van más allá de una distribución de dividendos, cuya tributación puede venir aliviada o inclusive eliminada por la aplicación de un método que evite la doble imposición, ya sea nacional o internacional, sino que además, configura nuevos hechos imposables propiciadores de situaciones de doble imposición de imposible eliminación, tales como la calificación como liberalidad de un exceso de renta. Precisamente la no generación de situaciones de doble imposición, ha constituido el pilar fundamental de la posición de la OCDE sobre este tema, por lo que puede afirmarse que el legislador español no está en plena sintonía con las recomendaciones de la OCDE.

De hecho, esta automaticidad del ajuste secundario equivale a entenderlo desde una perspectiva absolutamente objetiva, lo cual no deja de ser curioso habida cuenta las trascendentes consecuencias tributarias que supone la ficción de nuevos hechos jurídicos, tales como la realización de una liberalidad.

Todo ello debe contextualizarse en la compleja labor de valoración según los métodos previstos en el artículo 16.4 del TRLIS, y aún a pesar de ello, el

legislador muestra todo su empeño en presumir una voluntad elusiva, a veces inexistente, en cualquier operación cuyo valor convenido difiera del de mercado. Tampoco en este aspecto la normativa española discurre en el mismo sentido que los postulados de la OCDE, quien recomienda aplicar el ajuste secundario cuando se denote la intención elusiva por parte del contribuyente.

2.4.- Posible inconstitucionalidad del ajuste secundario

Otro de los aspectos que más polémico ha sido se refiere a la posible vulneración de dos principios constitucionales básicos, a saber, el principio de capacidad económica y el principio de reserva de ley.

Curiosamente ambos principios habrían sido potencialmente vulnerados por el artículo 21 bis del RIS, cuyo contenido desarrolla las previsiones legales del artículo 16.8 del TRLIS. Además, y más concretamente, ambos principios constitucionales podrían haber sido transgredidos por la regulación referente a la calificación del exceso de renta que no se corresponde con el porcentaje de participación.

A modo de resumen, pues todo lo expuesto en este apartado segundo ya ha sido previamente abordado con detalle en los capítulos segundo y tercero, podría afirmarse que gravar una renta inexistente, como lo es la ficción jurídica de un acto de liberalidad, constituye una vulneración al principio de capacidad contributiva amparado por la CE. Muchas son las voces doctrinales que se han alzado alertando de este peligro, que ciertamente existe pero que, a mi entender, y aún forzando la interpretación, podría ser salvable si se acepta el apartado 3 del artículo 21 bis del RIS como elemento que permite probar causa distinta a las previstas en el apartado 2 del mismo artículo, y por ende no calificar el exceso de renta como una liberalidad. De nuevo, insisto, quizás el artículo 21bis.3 del RIS “rescata” el artículo 16.8 del TRLIS de caer en una presunción *iuris et de iure*, pero su propia configuración en una norma con rango de reglamento no únicamente pone en peligro su capacidad para transformar una presunción sino también su posible vulneración del principio de reserva de ley.

El otro principio susceptible de haber sido vulnerado es sin duda el principio de reserva de ley, por cuanto ha existido una extralimitación reglamentaria al establecer nuevas ficciones jurídicas respecto la parte del diferencial entre el valor convenido y el valor de mercado que no se corresponda con el porcentaje de participación. En este sentido, cabe indicar que el reglamento no únicamente obedece al desarrollo del texto de la ley, sino que debe atender a los principios de subordinación y complementariedad; lo cual parece no cumplirse cuando es el propio texto del reglamento el que configura nuevas calificaciones generadoras precisamente de nuevas ficciones jurídicas que potencialmente pueden, a su vez, vulnerar el principio de capacidad económica.

A pesar de centrarse el debate doctrinal respecto las calificaciones que no se corresponden con el porcentaje de participación, se han alzado voces que extienden la extralimitación reglamentaria también a la regulación de la obligación de practicar retención sobre el exceso de renta ocasionada por la aplicación del ajuste secundario, así como sobre el ya tantas veces comentado párrafo tercero del artículo 21 bis del RIS, cuyo redactado pretende flexibilizar las calificaciones apriorísticas exigidas por el apartado segundo del citado artículo.

2.5.- Manifiesto incumplimiento del Derecho Mercantil

El incumplimiento de la normativa mercantil en la aplicación de las reglas de calificación es un hecho tan objetivo como preocupante. Ciertamente, el Derecho Mercantil no concibe un reparto de dividendos que no sea proporcional a la participación que ostenta cada socio. Podría pensarse que el ajuste secundario ya contempla este aspecto, por cuanto precisamente distingue la calificación jurídica del exceso de renta en función de si corresponde o no al porcentaje de participación. Sin embargo, el hecho que únicamente se distribuya beneficio a un único socio, es decir, aquél que ha efectuado la operación vinculada, es justamente lo que sirve de fundamento para afirmar que se transgrede la normativa mercantil y su principio básico de proporcionalidad.

En este mismo sentido se pronuncia la OCDE en sus Directrices aplicables en materia de precios de transferencia, cuando en su párrafo 4.70 señala literalmente que *“no sería apropiado que los accionistas minoritarios, que no son parte de las operaciones vinculadas y que, en consecuencia, no han recibido un exceso de pagos, sean considerados como beneficiarios de un dividendo presunto, aunque un dividendo no proporcional pueda considerarse incompatible con las disposiciones aplicables del derecho de sociedades”*. Es realmente curioso que la propia esencia de ajuste secundario concebido en muchas regulaciones domésticas como una distribución presunta de dividendos pase a formar parte de los distintos sistemas legislativos adoleciendo de un defecto de nacimiento grave, como lo es su falta de congruencia con el Derecho mercantil. Dando por hecho que esta frase tiene matices, pareciera que el fin justifica los medios y que todo vale para recalificar el exceso de fondos, inclusive un flagrante incumplimiento de las disposiciones mercantiles. A mayor abundamiento, lo que más llama la atención es que este choque de trenes entre el Derecho tributario y el Derecho de Sociedades alcanza la dimensión internacional, en tanto son varios los países que caen en este defecto, no siendo España el único Estado.

También en el caso de trasvase de fondos del socio a favor de la filial existe de nuevo incumplimiento de la normativa mercantil, dado que la aportación de un solo socio debería incrementar su porcentaje de participación a la vez que disminuiría el del resto de los socios, hecho éste no contemplado en el artículo 16.8 del TRLIS, ni tan siquiera en la NRV 21^a de PGC.

Por último, reiterar que también en operaciones vinculadas entre la sociedad y el administrador, la calificación del exceso de renta como rendimiento del trabajo podría suponer una nueva infracción del Derecho mercantil, al no respetar los límites cuantitativos que en determinados supuestos exige la LSC cuando la remuneración del administrador está basada en la participación en beneficios.

2.6.- Afán recaudatorio del ajuste secundario

El ajuste secundario, a pesar de ser, no sólo el causante de una serie de inseguridades jurídicas, sino también el protagonista de situaciones jurídicamente complejas por su falta de sintonía con la normativa contable y mercantil, entre otras, tampoco es un instrumento lo suficientemente potente a nivel de recaudación que pueda generar beneficios sustanciales a las arcas del Estado. O dicho de otro modo, la recaudación que genera se debe en gran parte a este empeño incoherente en fragmentar la calificación del exceso de renta y atribuir *animus donandi* allí donde se carece del mismo. Y es precisamente esta doble calificación la que entiendo que sustenta una parte importante de la capacidad de recaudación que supone la aplicación del ajuste secundario; siendo precisamente esta doble calificación la que ha sido objeto de más críticas, inclusive por vulnerar principios constitucionales.

En realidad, y grandes rasgos, podríamos distinguir tres situaciones en la que realmente la aplicación del ajuste secundario repercute en un ingreso real afectando a distintos impuestos. A saber:

- Incremento de la cuota del IRPF cuando el socio es una persona física, cuya integración de renta como participación en fondos propios no permite la aplicación de ningún mecanismo que evite la doble imposición, más allá de la exención de 1.500 euros previstos en la letra y) del artículo 7 de la LIRPF. Sin embargo, esta afirmación debe matizarse, pues bien es cierto que el impacto autónomo del ajuste secundario puede suponer un incremento de la base del ahorro, pero no es menos cierto que puede que el ajuste bilateral haya supuesto una disminución de la base general.

Como se sabe, las personas jurídicas, tanto si la filial es o no residente, pueden aplicarse mecanismos que eviten la doble imposición interna (artículo 30 del TRLIS) e internacional (artículos 21, 31 y 32 del TRLIS), pudiendo, en función de determinadas variables, eliminar por completo la doble imposición sufrida.

- Incremento de la cuota del IRNR cuando el socio es un no residente y no sea posible aplicar la exención prevista en la Directiva europea matriz-filial. En realidad, ante socios personas físicas, siempre existirá esta mayor tributación del IRNR, pues como se sabe, la exención no alcanza a las personas físicas, más allá de 1.500 euros para residentes en la UE.
- Por supuesto, la parte que se no se corresponda con el porcentaje de participación, ya sea socio persona física o jurídica, residente o no residente, a favor del socio o de la sociedad, siempre supondrá una tributación adicional, de suerte que ni las utilidades ni las liberalidades gozan de mecanismos que eviten la doble imposición que les es inherente a su naturaleza.

Huelga decir que en operaciones internacionales, el reconocimiento por parte del otro Estado de mecanismos para eliminar la doble imposición será la clave que permita afirmar que ha habido o no un aumento de cuota tributaria a nivel de grupo.

Tampoco la calificación como aportación encubierta de fondos, con carácter general, supone un aumento de cuota tributaria, dada la posible aplicación del artículo 30.5 del TRLIS (en operaciones internas) o el artículo 21 del TRLIS (en operaciones internacionales) ante la eventual transmisión de la participación, con independencia del valor fiscal de la misma.

A modo de conclusión, podría cuestionarse el por qué de un mandato fiscal tremendamente exigente, a la par que generador de conflictos, si en última instancia, únicamente en supuestos concretos supondrá un impacto en la base imponible. En otras palabras, ¿merece la pena la realización de tanto ajuste extracontable si en frecuentes ocasiones el mismo va a ser neutralizado vía deducción en cuota? Quizás, un mecanismo tan complejo jurídicamente como el ajuste secundario sólo debería ser de aplicación ante supuestos más definidos y en todo caso, siempre ante una voluntad elusiva demostrada.

Obsérvese que en cualquier caso, tal y como está configurado actualmente el ajuste secundario en nuestra legislación, el hecho que no se opte por repatriar

el exceso de fondos, implica que cada sociedad seguirá siendo titular del beneficio convenido, aunque eso sí, habiendo conciliado la base imponible y fiscal en virtud de ficciones jurídicas.

2.7.- El ajuste secundario como generador de situaciones de doble imposición. Novedad española: tratamiento especial para el diferencial entre el valor convenido y el valor de mercado que no se corresponda con el porcentaje de participación

Como ya se ha analizado con detenimiento en el capítulo tercero, la doble calificación del exceso de renta que presenta la legislación española en función del porcentaje de participación, ha sido ampliamente criticada por la doctrina. El hecho de calificar al exceso de renta que no se corresponde con el porcentaje de participación como “utilidad percibida por la condición de socio” o bien como “liberalidad”, genera claramente una situación de doble imposición, en tanto se trata de rentas para las cuales nuestra legislación no prevé ningún mecanismo que evite la doble imposición que sufren, aspecto éste, como ya se ha señalado, también criticado por la doctrina.

Es importante insistir de nuevo que ni la ley ni el reglamento, ni tampoco ningún pronunciamiento jurisprudencial ni de la Administración, han justificado el por qué de esta fragmentación. Es curioso observar como la legislación española es la única que apuesta por este sistema de calificación dual, cuya ventaja principal afecta a aquellos socios (persona jurídica) que ostenten la totalidad de la participación sobre una filial, residente o no residente, por cuanto podrán neutralizar por completo el efecto impositivo del dividendo en virtud de mecanismos que evitan la doble imposición.

Además, y a pesar de haber sido comentado en varias ocasiones, la OCDE pretende evitar situaciones de doble imposición creadas por el propio ajuste secundario. ¿Qué sentido tendría aplicar una ficción jurídica que no sólo no permite enderezar la situación, sino que además genera nuevos conflictos de doble imposición? La respuesta a tal cuestión sólo pasaría por entender el ajuste secundario como una suerte de norma penalizadora, naturaleza de la

que, a mi juicio, debería alejarse por completo⁶⁰¹. O lo que es peor, quizás esconde una verdadera voluntad recaudatoria que pasa por aumentar la cuota tributaria a través de ficciones jurídicas absurdas, ilógicas e irracionales.

2.8.- Afectación de terceros accionistas que no han participado en la operación

Como ya se ha indicado a la largo del trabajo, considero imprescindible que únicamente las partes que han participado directamente en la operación, y que por ende, han convenido el precio, sean las que estén afectadas por las consecuencias de la calificación del ajuste secundario. Tal y como está vigente la regulación actual, la incidencia en terceros sobre la calificación del exceso difiere en función de si se ha registrado contablemente la operación híbrida, o si por el contrario, se ha aplicado directamente la regulación fiscal vía ajuste extracontable, en cuyo caso el impacto será menor.

En este sentido la cuestión es clara; ¿de quién depende si se aplica la normativa contable o la fiscal?, ¿depende del perímetro de vinculación?; y si no se aplica la normativa contable pero sí la fiscal, ¿cuándo podía registrarse contablemente la operación híbrida?, ¿un tercero puede ver condicionado el valor de su inversión en función de qué normativa hayan aplicado las partes? La respuesta es tan absurda como incomprensible.

En cualquier caso, debe buscarse un sistema en el que los otros socios no vean afectado su valor de la inversión, sea cual sea la dirección de la transferencia de beneficios; pues es innegable que a título de ejemplo, registrar contablemente una disminución de reservas en la filial, afectará el valor de la inversión de *todos* los socios, hayan o no participado en la transacción vinculada.

2.9.- Imposibilidad de dar solución a la casuística de operaciones vinculadas. Regulación insuficiente. Inseguridad jurídica

⁶⁰¹ Exactamente en el mismo sentido se ha pronunciado CALVO VÉRGUEZ, quien concibe la actual redacción del ajuste secundario como una norma consistente en la imposición solapada de graves sanciones. Es más, el citado profesor afirma que el ajuste secundario vulnera el espíritu de la OCDE al generar situaciones de doble imposición (*Operaciones Vinculadas y Subcapitalización*, 2011, p. 224).

Como última crítica, no puede dejar de mencionarse el hecho que la aplicación del ajuste secundario sea de obligado cumplimiento ante una operación efectuada entre partes vinculadas, entendiendo como vinculadas, las señaladas en el apartado 4 del artículo 16 del TRLIS, pero en cambio únicamente establece calificaciones apriorísticas respecto de la relación socio-sociedad. ¿Por qué no también del resto? ¿Por qué precisamente se ha regulado la relación socio-sociedad? ¿No sería mejor no haber regulado ninguna calificación apriorística o haberlas regulado todas?

La gran variedad de transferencias que pueden originarse entre partes vinculadas no estando directamente participadas, enciende una cuestión básica para la resolución de estos casos. ¿Debe siempre calificarse el desplazamiento indirecto buscando siempre la conexión última socio-sociedad, basada en la relación *causa-societatis*, lo que implica la multiplicidad de ficciones jurídicas, o bien puede aplicarse el ajuste secundario teniendo en cuenta únicamente las dos partes implicadas sin buscar el punto de conexión? Sorprendentemente, ni la norma jurídica, ni tampoco la jurisprudencia se ha manifestado directamente en este sentido, aunque, como ya se ha visto, sí lo ha hecho el ICAC y la DGT asumiendo la implicación del socio común en una operación entre dos sociedades hermanas (operaciones triangulares). En cualquier caso, es innegable la inseguridad jurídica que provoca el hecho que únicamente respecto algunas operaciones vinculadas exista una calificación apriorística.

3.- ¿Qué soluciones entre las que nos ofrece el Derecho Comparado podrían funcionar en nuestra legislación? Análisis de las distintas alternativas ofrecidas en otras soberanías fiscales

La actual regulación de la calificación del exceso de renta, tanto contable como fiscal, genera más conflictos que los que pretende solventar, hecho éste que ha quedado, a mi juicio, probado ante el exhaustivo listado de defectos de los que adolece la actual normativa, y los cuales han sido abordados con profundidad en los capítulos anteriores.

Así pues, centrando la atención en el artículo 16.8 del TRLIS, y siendo conocedores de la relativa utilidad del ajuste secundario a nivel recaudatorio

(básicamente para persona físicas o personas no residentes, junto con las rentas calificadas como “utilidades” o liberalidades), así como de sus patentes incongruencias y defectos legislativos, amén de su implacable objetividad, merece la pena preguntarse si las soluciones jurídicas ofrecidas por otras soberanías jurídicas, podrían o deberían y en qué medida, ser adaptadas a nuestro Derecho positivo.

A estos efectos, a continuación, se analizarán aquellos aspectos claves de las legislaciones extranjeras respecto las cuales se ha efectuado el estudio de Derecho comparado, entrando, ahora sí, a efectuar una valoración crítica sobre determinadas soluciones jurídicas.

3.1.- Aplicación geográfica de los ajustes en los precios de transferencia ¿Deberían proceder únicamente en operaciones vinculadas transfronterizas o también en aquellas llevadas a cabo dentro de una misma soberanía fiscal? Distintos modelos extranjeros. Aplicación a España

3.1.1.- Posicionamiento jurisprudencial del TJUE

Con anterioridad a abordar el debate relativo a cómo debería resolverse el exceso de tesorería que tras la aplicación del ajuste primario sigue el manos de una de las partes, es menester afrontar una cuestión previa que precede al estricto debate jurídico acerca del ajuste secundario. Me refiero a la necesidad de ajustar las transacciones, tanto a nivel de valoración (ajuste primario y correlativo) como a nivel de calificación (ajuste secundario) en operaciones de ámbito doméstico.

Tal y como ya se ha expuesto en el anterior capítulo, las legislaciones internas sobre precios de transferencias inclusive difieren también en este aspecto. Obsérvese como Estados Unidos asume un ámbito de aplicación de su regulación tanto interno como internacional, como también lo hace Alemania, mientras el artículo 57 del CGI francés centra su atención en las operaciones transfronterizas salvaguardando en todo momento la integridad de la base imponible de las entidades francesas. Precisamente este es el origen y la finalidad de la regulación

de los precios de transferencia, esto es, evitar la erosión de bases impositivas hacia otros territorios de menor carga tributaria.

Tampoco la normativa española ha sido una excepción en este sentido; recuérdese lo explicado en el capítulo primero sobre los antecedentes históricos, en cuyo redactado se aludía al primer antecedente normativo sobre precios de transferencia, me refiero a la Disposición 5ª, regla 4ª, apartado b) de la Tarifa III de la Contribución sobre Utilidades de Riqueza Mobiliaria de 1922, cuya única obsesión era la no disminución de recaudación por transferencia de rentas de las filiales españolas a favor de sus matrices extranjeras.

No obstante, nuestra legislación ha ido evolucionando hasta el punto de exigir cuantiosas obligaciones de documentación también sobre las operaciones domésticas, hecho éste que ha levantado una notable polvareda generando un interesante debate doctrinal. En este sentido, téngase en cuenta que lo que la doctrina aborda, e inclusive la jurisprudencia comunitaria, no es un debate en particular sobre los ajustes, sino una cuestión más global relativa la diferencia de trato que supone la imposición de la obligación de valorar a mercado únicamente las operaciones transfronterizas pero no domésticas. Como cualquier diferencia de trato, *a priori*, sería contraria al Tratado de la CE. Ahora bien, el TJUE en su fallo en el asunto C-311/08 de 21 de enero de 2010, *Société de Gestion Industrielle* (SGI) contra el Estado belga⁶⁰², entiende, en palabras del profesor CALVO VÉRGEZ, que al amparo de dicho pronunciamiento “parece claro que

⁶⁰² Tanto el profesor CALVO VÉRGEZ, J. (“Precios de transferencia: regulación internacional vs ámbito interno. La necesidad de respetar el principio de libre competencia. Análisis de la STJUE de 21 de enero de 2010”, *La Ley, Nueva Época*, núm. 19, enero-febrero 2011, pp. 45-56), como la abogada RAVENTÓS CALVO (“Precios de transferencia en el ámbito interno. La sentencia del TJCE”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 325, 2010, pp. 99-104) han estudiado a fondo la mencionada sentencia. A mayor abundamiento, RAVENTÓS CALVO ya escribió un artículo antes del fallo oficial basándose en las conclusiones presentadas ante el TJCE por la Abogada General Kokott (“Los precios de transferencia en el ámbito interno. Un disparate innecesario”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 320, 2009, pp. 41-46).

En resumen, los hechos son los siguientes: SGI, sociedad holding residente en Bélgica, participaba en un 65% sobre su filial francesa, Recydem, a la cual le concedió un préstamo sin interés. La Administración tributaria belga entendió que dicho préstamo debería estar retribuido a razón de un 5% de interés anual, por lo que giró liquidación complementaria a la sociedad belga incluyendo esos intereses en su base imponible. A través de una cuestión prejudicial, el TJCE constató que efectivamente la norma belga (artículo 26 del *Côte des impôts sur les revenus* 1992) otorgaba un trato diferencial, de suerte que si la filial de SGI hubiese sido residente en Bélgica, no se hubiesen girado los intereses vía ajuste primario. Como digo, *a priori*, ello constituiría un trato desigual contrario a la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 43 del Tratado de la UE. Ahora bien, a pesar de existir una restricción palpable a la libertad de establecimiento, el TJCE consideró dicha restricción justificada por la necesidad de preservar el reparto equilibrado del poder tributario, así como la lucha contra la evasión fiscal.

resulta posible aplicar la legislación sobre precios de transferencia y operaciones vinculadas únicamente sobre operaciones internacionales sin producirse por ello una vulneración del Derecho Comunitario”⁶⁰³.

Siendo ello así, parece evidente que, tanto los Estados que han optado por restringir el ámbito de aplicación de su regulación sobre precios de transferencia a las operaciones transnacionales, como aquellos que conciben su extensión geográfica, dentro y fuera de sus fronteras, estarían en plena sintonía con los últimos pronunciamientos comunitarios del Alto Tribunal. Cosa distinta sería si el legislador español en su afán por luchar contra el fraude fiscal, ha utilizado una norma cuya finalidad no es precisamente ésta, sino el reparto equilibrado de bases tributables, extralimitándose en la carga impuesta a los contribuyentes, tales como la desmesurada obligación de documentación, pudiendo vulnerar el principio de proporcionalidad. Ahora bien, este debate sería objeto de otro estudio, pues lo que ahora nos ocupa es centrar la cuestión al ajuste secundario y tratar de esclarecer cuál debería ser su ámbito de aplicación geográfico.

Siguiendo con la mencionada sentencia del caso C-311/08, cabe señalar lo apuntado acertadamente por RAVENTÓS CALVO acerca del silencio que muestra el fallo respecto el ajuste secundario⁶⁰⁴. No puedo estar más de acuerdo con la citada autora, la cual señala que, si bien es cierto que en las conclusiones de la Abogada General no se había hecho referencia al ajuste secundario, no es menos cierto que si el Tribunal lo hubiera considerado de vital importancia, lo hubiera mencionado. Quizás, sigue la autora, esto responde a que los miembros del TJCE son juristas, siendo esta frase una crítica directa al afán de recaudación de la Administración tributaria, cuya preocupación principal pasa por incrementar la tesorería de sus arcas, aún cuando sea necesario crear ficciones jurídicas del todo inconsistentes e incongruentes, como lo es sin lugar a duda, una liberalidad carente de su elemento principal, esto es, *animus donandi*.

⁶⁰³ Conviene citar la sentencia del TJCE del 12/12/2002 en el Asunto C-324/00, Lankhorst-Hohorst, cuya interpretación del principio de libertad de establecimiento y discriminación por razón de nacionalidad fue radicalmente opuesta al Asunto C-311/08, SGI. En aquél entonces, el TJCE no estimó justificación a la discriminación existente en la normativa interna alemana sobre la regla de subcapitalización, en virtud de la cual los intereses pagados por una filial residente a su matriz no residente tenían la calificación de retribución de fondos propios (gasto no deducible), mientras que si la matriz es también residente, los intereses tiene la consideración de gastos financieros y por ende, son deducibles. Vid. MARTÍN FERNÁNDEZ, RODRÍGUEZ MÁRQUEZ y BERDUD SEOANE, *Las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, 2010, p. 87-88.

⁶⁰⁴ RAVENTÓS CALVO S., “Precios de transferencia en el ámbito interno. La sentencia del TJCE”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 325, 2010, p. 103.

Así pues, carecemos de un pronunciamiento jurisprudencial acerca del ámbito de aplicación del ajuste secundario. Sin embargo, a mi entender, y como no puede ser de otra manera, dada el indisoluble vínculo entre el ajuste primario y el secundario, si la aplicación del ajuste primario únicamente en operaciones internacionales parece que no vulnera los principios comunitarios del Tratado de la UE, tampoco lo debería ser la aplicación extensiva del ajuste secundario.

Llegados a este punto, podría afirmarse que el argumento oficial que podría utilizar el legislador español en cuanto a la necesidad de regular las operaciones vinculadas también en el ámbito interno para no vulnerar los principios inspiradores comunitarios, quedaría totalmente desvirtuado. En este mismo sentido se manifiesta REVENTÓS CALVO⁶⁰⁵, quien afirma que la única razón de implementar las reglas de las operaciones vinculadas en el ámbito doméstico es en exclusiva la necesidad de recaudación, imponiendo el ajuste secundario y un severo régimen sancionador también en transacciones domésticas⁶⁰⁶.

3.1.2.- Propuesta de solución jurídica para nuestra regulación

Así pues, la cuestión a dirimir todavía está en el aire, ¿deberían los ajustes (primario, bilateral y secundario) extenderse al ámbito doméstico? ¿O su aplicación debería limitarse a su verdadera razón de ser en cuanto a su origen, es decir, únicamente a operaciones transnacionales? A mi modo de ver, esta respuesta no puede pasar por alto la vocación actual de la regulación de los precios de transferencia, pues entiendo que es relativamente fácil confundir cuál es la pretensión última de la misma. En este sentido, cabe diferenciar el modelo inspirador de las Directrices de la OCDE respecto el actual modelo

⁶⁰⁵ RAVENTÓS CALVO, “Precios de transferencia en el ámbito interno. La sentencia del TJCE”, 2010, p. 104.

⁶⁰⁶ Tampoco el profesor CALDERÓN CARRERO comparte el alcance doméstico de la normativa sobre precios de transferencia. En concreto, considera que “la extensión del ámbito de aplicación de la normativa de precios de transferencia al ámbito de las operaciones vinculadas internas resultaba innecesaria desde una perspectiva comunitaria, y además plantea un buen número de problemas, toda vez que tal regulación (la del principio de plena competencia), además de ser muy compleja técnicamente, está pensada para determinar la valoración de las operaciones intragrupo en un contexto internacional. “Precios de transferencia y reestructuraciones empresariales: el informe OCDE 2008”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 2/2009, p. 55, nota 7.

español, el cual ha sido objeto de constantes críticas desde su modificación a través de la Ley 36/2006 de Medidas para la prevención del fraude fiscal. Precisamente la finalidad de la normativa española queda claramente definida en el título de la Ley que la vehicula, pues concibe la regulación sobre precios de transferencia con el objetivo de evitar el fraude fiscal. En otras palabras, la normativa española es más bien una norma antiabuso que se aleja de la concepción de las Directrices de la OCDE en virtud de las cuales la finalidad de la norma no es la lucha contra la evasión fiscal sino simplemente la búsqueda de un reparto equilibrado de la soberanía fiscal entre los distintos Estados afectados⁶⁰⁷.

Es curioso que en la propia exposición de motivos de la citada Ley 36/2006 se especifique que la reforma sobre el artículo 16 del TRLIS responde a la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento jurídico al contexto internacional, cuando precisamente ni las Directrices de la OCDE ni el Foro Europeo de TP conciben los precios de transferencia como una herramienta contra la evasión fiscal, sino como un mecanismo de distribución de rentas en las correspondientes soberanías fiscales

Sea como fuere, la regulación actual es clara al respecto y no merece lugar a dudas. En este sentido, la configuración actual del ajuste secundario en la legislación española está absolutamente en línea con la pretensión principal de lucha contra el fraude fiscal, de suerte que se configura como un mecanismo generador de ficciones jurídicas que propicia situaciones inevitables de doble imposición, cuya naturaleza no puede ser entendida de otra manera salvo la de penalizadora.

Por tanto, a mi modo de ver, y anticipándome a cuál será la conclusión del presente trabajo, creo que debería mutar la naturaleza del ajuste secundario hacia una norma a través de la cual pueda vehicularse la devolución del exceso de fondos que, tras el ajuste primario, ha quedado en manos de una de las partes implicadas en la operación. Es evidente que existe una discrepancia entre la situación registrada contablemente y la base tributable, la cual no tiene

⁶⁰⁷ En este mismo sentido se han manifestado, entre otros, CAAMAÑO ANIDO (“Comentarios al nuevo régimen de documentación de las operaciones vinculadas”, núm. 311, 12/2009, p. 38) y RAVENTOS CALVO (“Los precios de transferencia en el ámbito interno. Un disparate innecesario”, 2009, p.46).

porqué dirimirse mediante la imposición de un ajuste que de alguna manera sancione al contribuyente; pues como se sabe, una norma penalizadora debe ir siempre acompañada de una conducta antijurídica, y no lo es la mera presunción de voluntad elusiva ante una discrepancia de valoraciones.

Es decir, si la concepción de ajuste secundario no fuera la actualmente vigente, si no que pasara a ser una norma cuya finalidad fuese la de aunar la situación patrimonial contable con la base imponible sin tintes penalizadores, la misma estaría en línea con las directrices de la OCDE, en la medida en que sería un instrumento más para recuperar el equilibrio fiscal que le corresponde a cada Estado.

A mi modo de ver creo que la normativa española entraña una enorme confusión, en cuanto su norma de valoración y la de calificación no parten de la misma esencia. Me explico. La norma de valoración parte de una concepción objetiva que se aleja de la naturaleza de norma antiabuso que tenía su predecesora, de suerte que en la actualidad se configura como un mandato imperativo de valoración aplicable con independencia del efecto recaudatorio que ello suponga. En este mismo sentido opina también TRAPÉ VILADOMAT, quien asume el fin de la naturaleza de norma antievasión, debido a la no vinculación de la aplicación de la normativa de valoración con un diferimiento o menor recaudación tributaria, como sí exigía la anterior redacción del artículo 16 del TRLIS⁶⁰⁸.

Ahora bien, la norma de calificación sí parte inexorablemente de una concepción antielusión, pues concibe ficciones jurídicas cuyas consecuencias fiscales pueden ser demoledoras para el contribuyente. De hecho, se presume la voluntad elusiva, pues de lo contrario no se entendería su naturaleza penalizadora. En este sentido cabe señalar quizás una afirmación muy obvia, pero no por ello menos relevante: No se aplica la norma de calificación si previamente no se ha aplicado la norma de valoración, en otras palabras, la aplicación del ajuste secundario viene precedida por la aplicación del ajuste primario. Ahora bien, si precisamente el ajuste primario pone siempre de manifiesto la existencia de un exceso de renta, ¿por qué al ajuste secundario no

⁶⁰⁸ TRAPÉ VILADOMAT, "Ajustes valorativos y normas de contabilidad", 2009, p. 104.

puede seguir la misma estela marcada por el ajuste primario y no ser concebido como una norma antielusión?

La puesta de manifiesto de esta incongruencia incide, a mi modo de ver, en el modelo de regulación al que se aspire y ahí también entra el juego el factor geográfico de aplicación de la norma. En este sentido, entiendo que podría optarse por dos modelos en cierto modo opuestos.

- a) Un modelo subjetivo encaminado a detectar situaciones de fraudulentas, cuya aplicación de la norma queda supeditada a la efectiva falta de recaudación. En este caso, el ámbito de aplicación geográfico podría ser únicamente internacional o bien, también doméstico pero condicionando su aplicación a la existencia de un ahorro tributario o un diferimiento. Como puede observarse, se trataría de una vuelta al régimen anterior pero con el añadido de una nueva norma de calificación, el ajuste secundario, el cual estaría en sintonía con su actual esencia de norma antievasión.

Uno de los efectos directos de esta concepción es entender que únicamente la Administración Tributaria tiene potestad para efectuar los ajustes, tanto primario y bilateral, como el secundario; justo todo lo contrario al mandato imperativo de nuestro artículo 16 del TRLIS, el cual va dirigido también al contribuyente, quien entiendo que puede efectuar ajustes extracontables en su declaración, tal y como ya se ha argumentado en el capítulo segundo.

- b) Un modelo objetivo el cual asuma como finalidad última la aplicación “perfecta” del principio de plena competencia en *todas* las transacciones, nacionales e internacionales, aspirando a que cada una de las partes implicadas disponga de los fondos exactos que hubiese tenido de haber convenido un precio *arm's length*.

Este modelo pasa inevitablemente por modificar la concepción actual del ajuste secundario, asumiendo que simplemente es un mecanismo para repatriar los fondos de una sociedad a la otra y así aunar la contabilidad con la fiscalidad, lo cual me parece un gran paso adelante.

En mi opinión, este segundo planteamiento se asemeja más a la noción de *transfer pricing* que asume la OCDE, quien, como se ha mencionado, concibe la normativa de operaciones vinculadas no como una norma de lucha contra el fraude fiscal, sino simplemente como una herramienta para buscar el equilibrio fiscal entre las distintas soberanías jurídicas.

Podría pensarse que precisamente la OCDE aboga únicamente por la aplicación internacional de la regulación de precios de transferencia pero no es esto exactamente lo que se extrae del texto de sus Directrices. De hecho, no se pronuncia acerca de la conveniencia de regular las operaciones domésticas, por cuanto ello es competencia exclusiva de cada Estado y en cualquier caso no afecta a los intereses de una organización internacional como lo es la OCDE. Ahora bien, fijémonos en la pretensión última: buscar el equilibrio fiscal y no utilizar la regulación de las operaciones vinculadas como un instrumento de lucha contra el fraude fiscal. Parece por tanto que la concepción de la que se parte es esencialmente objetiva, es decir, otorgar a cada parte su renta tributable, ni más ni menos. Aún asumiendo el reciente pronunciamiento del TJUE que se ha sido objeto de análisis previo, el hecho que una parte registre un mayor beneficio del que le correspondería, debería ser objeto de regularización pero no con ansias de penalizar, sino simplemente para que cada sociedad refleje contablemente su imagen fiel. El argumento no sería tanto un aspecto discriminatorio respecto los principios comunitarios, el cual ha sido superado jurisprudencialmente, sino la aplicación objetiva del principio de *arm's length* como esencia reguladora de cualquier operación vinculada.

Esta concepción plenamente objetiva de la regulación de operaciones vinculadas es la que podría dar entrada a la aceptación del ajuste negativo extracontable efectuado por parte del sujeto pasivo en su declaración del Impuesto sobre Sociedades, así como a una regla de calificación completamente opuesta a la que hoy está en vigor. De hecho, limitar la aplicación de la regulación de las operaciones domésticas únicamente a aquéllas que impliquen una menor recaudación o un diferimiento, supondría la anulación de la capacidad de valoración por parte del sujeto pasivo, pues ya no sería receptor del mandato fiscal y por ende no podría efectuar ningún ajuste extracontable en su declaración, como entiendo que sí puede hacerlo con la regulación vigente.

Otra opción sería anular por completo la aplicación de las normas de las operaciones vinculadas a cualquier transacción doméstica, lo cual lleva asociado el riesgo que se escape tributación efectiva por desplazar el beneficio a sociedades con acumulación de pérdidas o créditos fiscales, o simplemente por el diferencial de tipo impositivo que grava a la persona física frente la jurídica.

Sin embargo, uno de los inconvenientes de esta concepción objetiva reside en la presión que ello supone para el contribuyente en términos formales, a quien se le obliga a documentar todas y cada una de las operaciones vinculadas efectuadas, sea nacionales o internacionales. Aún no siendo éste tema objeto de estudio, entiendo que el principio de proporcionalidad es el que debería inspirar la regulación de las obligaciones de documentación, de manera que las mismas fuesen más llevaderas o inclusive, que respecto las operaciones nacionales se exigiese un menor grado de detalle, habida cuenta que en muchas ocasiones la Administración no perderá recaudación como consecuencia de las mismas. Así sucede en Alemania, cuya legislación únicamente exige la documentación para las operaciones internacionales (*cross-border transactions*).

En resumen, si la regla de valoración actualmente vigente parece que se acerca más a la concepción de la OCDE, ello debería ser también extensible a la regla de calificación. En consecuencia, nuestro ajuste secundario debería sufrir una modificación radical, alejándose de su naturaleza sancionadora, y estar en sintonía con los ajustes de los cuales depende directamente, esto es, el ajuste primario y bilateral. Si efectivamente la concepción de las operaciones vinculadas es esencialmente objetiva, no veo motivo por el cual debe descartarse su aplicación en el ámbito doméstico, pues al fin y al cabo uno de los principios contables básicos que por supuesto afecta a todas las empresas españolas es el de la imagen fiel, y sólo habrá una imagen fiel si contablemente las partes acaban por registrar los fondos que efectivamente tendrían si el precio convenido hubiese sido el de mercado.

Tras este último párrafo, puede adivinarse mi opción por aplicar una regla de calificación objetiva que modifique la contabilidad y no la fiscalidad a través de ajustes extracontables. No obstante, se anticipa que en modo alguno este registro de la operación secundaria pasa por contabilizar un dividendo o una

aportación, sino una devolución de los fondos. Más adelante, se analizará cómo enfocar esta propuesta de modificación legislativa.

Eso sí, quizás debería pensarse en cambiar también la terminología de ajuste secundario, por cuanto actualmente se asocia el ajuste secundario a una norma de calificación con repercusiones tributarias directas, como lo es el porcentaje de retención que llevan aparejados los dividendos. Recuérdese la legislación americana, la cual prevé la opción del préstamo a elección del sujeto pasivo como un mecanismo de “escape” de las retenciones que supone un reparto de dividendo.

3.2.- Legitimidad para efectuar los ajustes extracontables inclusive cuando se trata de un ajuste negativo. Modelo alemán y estadounidense. ¿Podría aplicarse esta fórmula en España? Fundamentos

Si bien es cierto que el presente trabajo se enfoca específicamente sobre el ajuste secundario, no es menos cierto que éste no puede ser entendido si antes no se analiza su punto de partida, esto es, el ajuste primario. A su vez, si se profundiza en el ajuste primario inevitablemente debe también considerarse el ajuste bilateral, cuyo tratamiento puede incidir en la aplicación del ajuste secundario. Me explico. Más allá de las definiciones estándares de los conceptos en sí, los cuales ya han sido tratados por la doctrina, creo que es interesante comparar las regulaciones extranjeras con nuestro texto legal, el cual deja margen de confusión acerca de la posibilidad de efectuar ajustes extracontables, en especial en sentido negativo, por parte del sujeto pasivo. Esta cuestión ha sido tratada en otras regulaciones, las cuales nos llevan años de ventaja, tales como la americana y la alemana.

Como se recordará, ambas regulaciones permiten al sujeto pasivo la inclusión de ajustes extracontables, tanto positivos como negativos, en la declaración del Impuesto sobre Sociedades con el objetivo de conciliar el valor contable registrado con la base fiscal⁶⁰⁹. En el caso de la legislación americana recuérdese que no admite los ajustes negativos en caso de declaraciones

⁶⁰⁹ Vid. TRAPÉ VILADOMAT, “Ajustes valorativos y normas de contabilidad”, 2009, pp. 115-117 relativo al breve pero útil estudio que efectúa sobre esta cuestión en relación a más países (China, Australia, Reino Unido y Holanda).

presentadas fuera de plazo ni tampoco si se ha cometido alguna infracción previa relacionada con los precios de transferencia.

A tenor de lo expuesto, una es la cuestión que queda por dirimir en este epígrafe: ¿Tiene cabida el ajuste primario negativo extracontable en la declaración del Impuesto sobre Sociedades?

Como se sabe el ajuste primario está regulado en el artículo 16.1 del TRLIS como un mandato directo al contribuyente relativo a la obligación de valorar las operaciones vinculadas por su valor de mercado, entendiendo como tal aquél que hubieran acordado dos personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia. Así, no hay lugar a dudas que es el contribuyente quien tiene la obligación de valorar a mercado las operaciones vinculadas y fijar su base imponible mediante ajustes extracontables, si ello fuera necesario por no estar el beneficio incluido en el resultado contable.

De una lectura del citado precepto me pregunto por la naturaleza del ajuste primario; ¿podría considerarse una ficción legal? La doctrina se ha referido en distintas ocasiones al ajuste secundario como aquél que crea, genera una nueva ficción. No más lejos de la realidad, entiendo que el ajuste primario también es una ficción, pues al fin y al cabo se crea la ficción que una determinada operación no ha estado fijada por el valor convenido sino por el valor de mercado; traspasando la voluntad negocial de las partes; voluntad por otra parte, que tiene el riesgo de estar “contaminada” precisamente por la relación de vinculación que une a las partes, de ahí el mandato legal⁶¹⁰.

El segundo apartado del artículo 16.1.2 del TRLIS alude directamente al ajuste bilateral que supone dar efectos plenos al valor de mercado a todas las partes intervinientes en la operación, no permitiendo así una comprobación asimétrica de la transacción. Pero antes de entrar en el análisis del ajuste bilateral, entiendo que todavía hay un frente abierto respecto el ajuste primario. Tradicionalmente se ha entendido que el ajuste primario es positivo, incrementando así la base imponible de aquella parte que había sufrido un

⁶¹⁰ En este mismo sentido se ha pronunciado LÓPEZ ALBERTS, quien considera que el ajuste primario “simula que la operación vinculada se ha realizado por un valor distinto del convenido”. “El ajuste secundario y la contabilización de las operaciones vinculadas”, 2009, p. 159.

defecto de tesorería, ya sea por exceso de gasto o por defecto de ingreso, y el ajuste bilateral un ajuste extracontable negativo cuya misión final era evitar la doble imposición que hubiera supuesto que únicamente para una de las partes intervinientes se tuviera en consideración el valor de mercado. Ahora bien, ¿podría darse el caso de contar con un ajuste primario negativo y por ende, un ajuste bilateral positivo?

Ciertamente existe un debate doctrinal acerca de la posibilidad de efectuar ajustes extracontables negativos en la propia declaración del IS. Desde estas líneas abogo por entender que ello debería ser posible, puesto que así podría derivarse de la lectura del artículo 16 del TRLIS. Es precisamente el citado precepto el que obliga al contribuyente a valorar sus operaciones a valor de mercado, y nada precisa acerca del sentido de dicha valoración, ni tampoco lo vincula al posible ajuste que haya efectuado otro Estado. Es cierto que existe un procedimiento amistoso regulado en el artículo 25 del MC OCDE pero a mi entender la voluntad del legislador es principalmente valorar a mercado las operaciones en las que interviene una sociedad residente, con independencia de la existencia de un diferimiento o ahorro en la tributación.

Analiza SANZ GADEA este aspecto ofreciendo argumentos a favor y en contra de dicha discusión doctrinal⁶¹¹. A favor esgrime la propia redacción del precepto, el cual establece “un mandato general y absoluto de valoración por el valor normal de mercado, de manera tal que parece abrir el paso a los ajustes extracontables negativos realizados por el obligado tributario en su autoliquidación”. Refuerza esta tesis el autor con la existencia de un ajuste positivo practicado por el otro Estado contratante.

Sin embargo, también ofrece argumentos contrarios a esta interpretación, en virtud de los cuales no sería posible que el sujeto pasivo practicara un ajuste extracontable negativo en su declaración del IS. En primer lugar, señala el autor, por entender que la aplicación correcta del actual régimen contable de operaciones vinculadas no podría dar lugar a la realización de ajustes extracontables. En segundo lugar, se basa en el artículo 9 del MC OCDE, el cual prevé el ajuste negativo como respuesta a un ajuste positivo realizado por

⁶¹¹ SANZ GADEA, E., “Operaciones vinculadas. Perspectivas contable y fiscal. Segunda Parte”. *Las monografías de la ventana*, núm. 14, AEAT, Madrid, 2008, p. 6.

otro Estado contratante⁶¹².

A pesar de la fuerza de los argumentos que pueden avalar una postura u otra, me decanto firmemente por entender que los ajustes extracontables negativos deberían ser admitidos. En primer lugar, porque así se desprende del artículo 16 del TRLIS y en segundo lugar porque la NRV 21^a del PGC únicamente regula una parte poco significativa de las operaciones vinculadas que sí lo son a efectos tributarios. Dicho de otro modo, el argumento SANZ GADEA, a mi juicio, sólo sería válido en aquellos casos en los que el grupo fiscal y contable coinciden y no hay diferencias ni de valoración ni de calificación, es decir, en un mundo idílico que indudablemente existe pero que deja fuera un notable número de transacciones. ¿Qué sucede con aquellas operaciones que al no caer dentro del concepto de grupo contable están registradas a valor de adquisición pero que su valor de mercado debe reflejarse en la base imponible? Imagínese un caso como éste en el que el precio convenido es superior al de mercado y la entidad en cuestión ha registrado un ingreso a un precio superior al que hubiera correspondido si se hubiese acordado entre partes independientes en condiciones de libre competencia. La teoría de la convergencia entre criterio fiscal y contable en este caso no sería aplicable, pues como digo, imagínese una operación fuera del concepto grupo contable, siendo la única solución efectuar un ajuste extracontable primario negativo. Si el legislador hubiese querido supeditar la valoración a mercado de las operaciones vinculadas a la existencia de diferimiento o ahorro tributario, ya lo habría hecho, era tan fácil como no modificar el redactado anterior.

Así, siendo coherente con lo expresado, no me es posible compartir la opinión con SANZ GADEA en este aspecto, según el cual la práctica de un ajuste extracontable negativo debería ser considerada una conducta antijurídica, dado que el ajuste negativo “está supeditada a la instrucción y finalización del procedimiento amistoso”. Entiendo el razonamiento del autor pero parece que sólo concibe el ajuste bilateral en operaciones internacionales. Con independencia del debate doctrinal que puede generar la aplicación de la normativa de operaciones vinculadas a transacciones domésticas, la realidad es que en la actualidad a las operaciones internas también les afecta el mandato

⁶¹² SANZ GADEA, “Operaciones vinculadas. Perspectivas contable y fiscal. Segunda Parte”, 2008, p. 6.

del artículo 16 del TRLIS; y por ende nada tienen que ver con un procedimiento amistoso acaecido entre dos soberanías fiscales. No obstante, aún en el contexto de una operación internacional, nuestra normativa creo que es clara al respecto, pues se entiende la obligación de ajustar al alza o a la baja cualquier precio convenido en una operación vinculada que difiera del valor de mercado. Cuestión distinta será los mecanismos con los que cuentan los Estados para llevar a buen puerto este tipo de ajustes.

Recuérdese de nuevo que en este sentido también se postulan las regulaciones de otras soberanías fiscales tan consolidadas como Estados Unidos ⁶¹³ o Alemania, respecto las cuales, al menos en este aspecto, deberíamos tomar de referencia por cuanto parten de una concepción objetiva de la regla de valoración.

A mayor abundamiento, cabe señalar que este es un debate que carecía de sentido con la anterior redacción del precepto legal, puesto que recaía en manos de la Administración la potestad de practicar ajustes positivos o negativos pero la situación es radicalmente distinta con la regulación actual; el mandato va dirigido directamente al contribuyente y es éste quien debe (no puede) valorar a mercado las operaciones vinculadas y practicar ajustes extracontables en la declaración del Impuesto sobre Sociedades si el valor de mercado no se incluye en el resultado contable, ya sea un ajuste positivo o negativo; pues sólo así se estará cumpliendo la exigencia del artículo 16.1 del TRLIS.

Quedaría así también zanjada la polémica sobre a quién le corresponde la legitimidad para efectuar los ajustes primarios, pues parece indiscutible que no únicamente las autoridades administrativas pueden ajustar un importe sino que el sujeto pasivo, en su caso, debe proceder a ello, más si cabe teniendo en cuenta que el Impuesto sobre Sociedades se presenta vía autoliquidación en cuyo modelo existen unas casillas expresamente destinadas a tales efectos, previendo ajustes tanto al alza como a la baja.

De todas formas, y pese a la pretendida contundencia de mis palabras, motivadas sin duda por una concepción objetiva de la regla de valoración, lo

⁶¹³ *Vid.* ROSENBLOOM. "Self-Initiated Transfer Pricing Adjustments", 2007, p. 1021, así como WARNER, "Announcement 99-1: Rev. Proced. 65-17, More and Less", 1999, p. 134

cierto es que sería de enorme ayuda que la Administración se pronunciase respecto la procedencia de realizar ajustes extracontables por parte del contribuyente y si éstos pueden ser también en sentido negativo.

3.3.- La técnica de los *Setoffs*: Ventajas e inconvenientes de su aplicación en España

Recordando lo expuesto en el capítulo anterior, los *setoffs* o la técnica de la compensación es uno de los mecanismos que el contribuyente norteamericano puede solicitar tras la comprobación de una operación vinculada por parte de la Autoridad fiscal y que, como se sabe, no prevé nuestra normativa. Se trata de compensar el ajuste primario efectuado en una transacción vinculada, con otra operación efectuada durante el mismo año entre las mismas entidades, cuyo diferencial de precio se llegue a compensar, o al menos, se compense una parte.

A mayor abundamiento, cabe mencionar que el *setoff* fue uno de los mecanismos más comentados en el Seminario que organizó la IFA en Toronto en 1994, cuyo tema monográfico giraba entorno a las soluciones que los distintos Estados miembros pueden dar a la operación secundaria que aflora tras la realización de un ajuste primario, y precisamente a las conclusiones extraídas en ese congreso me voy a referir con frecuencia en este epígrafe.

3.3.1.- Distintos tipos de *setoff*: *intentional setoffs* vs. *postaudit setoffs*

Merece la pena traer a colación los dos distintos tipos de *setoff* que se conciben a nivel internacional. En concreto, me refiero a los *setoffs* previos (*intentional setoffs*) y a los *setoffs* posteriores (*postaudit setoffs*), siendo estos últimos los más comunes.

Los *intentional setoff* parten de la base de una concepción conjunta del negocio empresarial, es decir, los distintos miembros de un grupo entienden que para que determinada línea estratégica de negocio se desarrolle como es debido, es necesario que el margen de conveniencia en los precios se altere conscientemente en aras a un objetivo común del grupo. A título de ejemplo, una filial puede pagar a su matriz un menor royalty que el que sería convenido a valor de mercado pero

a su vez, tras la consecución del objetivo tecnológico en la misma línea de negocio, será la participada quien cederá a un menor precio los derechos de *know how* sobre una tecnología más avanzada alcanzada tras un período de investigación⁶¹⁴.

No es fácil que una autoridad fiscal reconozca la existencia de un *setoff* previo. Quizás, tal y como reconoce la IFA, debería ser conocido en el seno de un grupo únicamente si dos partes independientes hubieran pactado unos precios similares, entendiendo que todas las transacciones que difieren del valor de *arm's lenght* tienen un objetivo global que va más allá de una operación en concreto. No obstante, la misma IFA reconoce la dificultad que supondría el análisis de operaciones conjuntas en el seno de un grupo, más cuando los *setoffs* podrían ser pactados dentro de un mismo grupo entre distintas entidades, es decir, un precio inferior entre la sociedad matriz y su filial pero a la vez un precio superior entre la sociedad filial y otra filial del grupo (sociedad hermana). El laberinto de posibilidades hace prácticamente inviable el reconocimiento de los *intentional setoffs*.

Como segundo grupo de *setoffs* existen aquellos que son aplicados a solicitud del contribuyente tras la comprobación de la operación por parte de la autoridad fiscal competente. En estos casos, en realidad el efecto del *setoff* es el mismo que un ajuste correlativo, por cuanto al final se trata de compensar un exceso de precio, o bien a través de otra operación cuyo exceso de fondos sea el opuesto a la transacción comprobada, o bien, solicitando a la otra jurisdicción la realización de un ajuste de compensación sobre la operación comprobada. Sin embargo, la IFA⁶¹⁵ acierta al recordar que el efecto puede no ser el mismo si el tipo impositivo difiere entre las dos jurisdicciones fiscales implicadas.

En cualquier caso, se recomienda la imposición de un plazo máximo limitado para que el sujeto pasivo pueda solicitar la aplicación del *setoff* sobre la base de la existencia de otra operación cuyo exceso de fondos sea de signo opuesto,

⁶¹⁴ IFA, *Secondary Adjustments and related aspects of transfer pricing corrections. Proceedings of a Seminar held in Toronto, Canada, in 1994 during the 48th Congress of the International Fiscal Association*, Kluwer Law International, vol. 19b, Londres, 1997, pp. 4-5.

⁶¹⁵ IFA, *Secondary Adjustments and related aspects of transfer pricing corrections. Proceedings of a Seminar held in Toronto, Canada, in 1994 during the 48th Congress of the International Fiscal Association*, Kluwer Law International, vol. 19b, Londres, 1997, p. 6.

aportando las pruebas suficientes que demuestren que el precio pactado en esta segunda transacción tampoco cumplía el principio de *arm's length*.

3.3.2.- La técnica del *setoff* y su relación con el ajuste secundario

Es evidente que no será fácil encontrar otra operación que justamente suponga el mismo exceso de beneficios pero de signo contrario. En el mejor de los casos podrá encontrarse otra operación de signo opuesto pero difícilmente el exceso de renta se corresponderá con la misma cuantía exacta. A estos efectos, la aplicación de la técnica del *setoff* podría servir para compensar los flujos diferenciales y aislar el efecto del exceso únicamente sobre esa parte de la renta que no haya podido ser compensada⁶¹⁶. Y será precisamente el exceso existente tras la compensación sobre el que deberá aplicarse el ajuste primario, bilateral y secundario, aunque en un escenario de plena coincidencia de cuantía no habría necesidad de aplicar ni el ajuste primario ni el secundario, dada la neutralidad fiscal resultante de las transacciones en signo contrario. En este sentido se manifestó BECKER, representante de Alemania en la mencionada Convención de la IFA sobre el ajuste secundario. Defiende el autor la utilidad de la aplicación del mecanismo del *setoff* en tanto la compensación de flujos, en el peor de los casos, reducirá la renta sobre la cual se aplicará el ajuste primario y secundario y en el mejor, éstos no serán necesarios. Además, esta técnica, sigue BECKER, encaja perfectamente con una de las finalidades del artículo 9 del MC OCDE, esto es, evitaría la doble imposición existente tras un aumento de base imponible en una

⁶¹⁶ La IFA (*Secondary Adjustments and related aspects of transfer pricing corrections*. 1997, pp. 25-28) nos ofrece un gráfico ejemplo sobre esta cuestión. Imagínese una sociedad A, residente en el Estado A, y una sociedad B, residente en el Estado B, estando ambas vinculadas y siendo el tipo impositivo del Impuesto sobre Sociedades en el Estados A y B del 30%. Las operaciones llevadas a cabo han sido las siguientes:

- A le transmite a B piezas para el ensamblaje de motor aéreo por importe de 100, siendo el valor de mercado de 175.
- B le transmite a A equipamiento de radar por 750, alcanzando el valor de mercado los 800.

Ello quiere decir que en realidad la sociedad A ha tenido un ingreso de 100 y un gasto de 750, es decir, un gasto total de 650, cuando en realidad debería haber tenido un gasto global de 625 (ingreso de 175 y gasto de 800), luego el defecto de tesorería se cuantifica en 25, y es sobre 25 que se debería aplicar el ajuste secundario. Exactamente lo mismo sucede en la otra parte de la operación, de suerte que B debería haber ingresado un total de 625 (ingreso de 800 y gasto de 175) y no 650 como efectivamente ha hecho, lo cual coloca a la sociedad B como titular de un exceso de fondos que no le corresponde en detrimento de la entidad A.

Obsérvese que el efecto de realizar un *setoff* en una sociedad o bien la solicitud del ajuste bilateral en el otro Estado no será el mismo si los tipos impositivos difieren.

de las partes que no se vea compensado, o bien mediante la aplicación del *setoff*, o bien a través de un ajuste bilateral en el otro Estado⁶¹⁷.

A pesar de las dificultades prácticas de aplicación de supone este mecanismo, para el representante de Alemania la prioridad es clara: atribuir a cada Estado su correcta base imponible y la técnica del *setoff* supone tres ventajas que ayudarían a lograr este objetivo; a) La bases efectivamente serían las apropiadas, en tanto habría compensación de flujos, b) No se generarían situaciones de doble imposición y c) La solicitudes de un ajuste bilateral en el otro Estado implicado se reducirían notablemente.

Así pues, el *setoff* no es una opción más para calificar el exceso de renta, sino más bien un mecanismo que permite neutralizar el ajuste primario, hecho que inevitablemente supone la anulación del ajuste secundario. En otras palabras, si la pretensión del *setoff* es eliminar el exceso de fondos vía compensación con otras operaciones ya no habrá más ajustes que aplicar, o al menos, no los habrá sobre la parte del diferencial que haya podido ser compensada.

3.3.3.- Efectos sobre los impuestos indirectos. IVA y Aduanas

Uno de los efectos colaterales que supone la realización de un ajuste de compensación es el impacto que ello pueda tener sobre la tributación indirecta. Ciertamente es que, recordando lo que se ha comentado al inicio del presente estudio, este no es trabajo que abarque el estudio de la imposición indirecta pero no puede pasarse por alto que la compensación de dos transacciones cuyo exceso de rentas pueda neutralizarse, podría conllevar dificultades en cuanto al IVA y al Impuesto de Aduanas que hubiesen generado, pues en ambos tributos la base imponible parte del valor de mercado.

La IFA también se pronunció sobre este aspecto pero no alcanzó ninguna conclusión firme, salvo la recomendación que las autoridades fiscales internas de un mismo Estado deberían estar más coordinadas para no sobrecargar al contribuyente con más obligaciones fiscales. Así, si al ajuste primario en el Impuesto sobre Sociedades aplicado a una compañía le supone una mayor base

⁶¹⁷ HELMUT BECKER, IFA, *Secondary Adjustments and related aspects of transfer pricing corrections*, 1997, pp. 28-29.

de tributación en el Impuesto sobre Aduanas, el ajuste en dicho impuesto debería ser automático, y no imponer que sea el sujeto pasivo quien asuma la obligación de efectuar una declaración complementaria. Estas diferencias de tributación indirecta también serían detectadas en el caso de un *setoff*. Así por ejemplo, podrían compensarse dos transacciones cuyo tipo impositivo en el IVA difiera, en cuyo caso, entiendo que debería procederse a liquidar la diferencia, ya sea positiva o negativa.

Sea como fuere, la única pretensión de este apartado es señalar las posibles dificultades que este tipo de ajustes acarrearían, un motivo más para descartar su aplicación en nuestra normativa.

3.3.4.- ¿Podría ser esta técnica importada a nuestra legislación?

En mi opinión, la técnica de los *setoffs* es de tan complicada implantación práctica, que no merece la pena apostar por la misma. Es cierto que tiene una ventaja clara e indiscutible: disminuirían considerablemente las solicitudes de realización de ajustes correlativos en otros Estados, que es tanto como afirmar que se reduciría el número de procedimientos amistosos que versan sobre las discrepancias de valoración. En otras palabras, todo podría resolverse en un Estado sin necesidad de involucrar otra soberanía fiscal. Sin embargo, hay una cuestión de sentido común que debería hacer saltar las alarmas en relación a la efectiva viabilidad de este tipo de ajustes. Me refiero a la necesidad de poner en conocimiento de la Administración Tributaria la existencia de otra operación que tampoco ha seguido el principio de *arm's length*⁶¹⁸. Me pregunto si ello no sería tanto como advertir a las autoridades fiscales que la política de precios de transferencia llevada a cabo en el seno de un grupo no es la adecuada. Entiendo que esta información podría ser revelada con la única pretensión de evitar el ajuste primario y el secundario, pero no es difícil imaginar el proceder la Administración ante semejante confesión.

A su vez, y haciendo un ejercicio de honestidad, creo que es importante conocer la sociedad a la cual le es de aplicación una determinada norma. Quizás ello ya escapa de la ciencia jurídica y es un aspecto que puede centrar la atención de

⁶¹⁸ CALVO VÉRGEZ considera esta solución un tanto arriesgada por cuanto podría llegar a ser necesario la práctica de un nuevo ajuste en relación a la otra operación vinculada. *Operaciones Vinculadas y Subcapitalización*, 2011, p. 244.

otra ciencia, como es la sociología, pero qué duda cabe que la mentalidad tributaria difiere de un país a otro, y lo que puede ser óptimo en una sociedad no lo es en otra. En otras palabras, un estudio de Derecho comparado creo que no puede dejar al margen el talante de la sociedad a la que le será de aplicación una determinada normativa, y más, cuando el éxito de la misma depende de la voluntad de colaboración del contribuyente. En suma, creo que la sociedad española no está suficientemente madura en términos tributarios, como para abordar una normativa que permita poner en conocimiento de la Administración un determinado hecho no acorde con la normativa (es decir, otra operación no valorada a precio de mercado) que serviría de instrumento para evitar el ajuste (primario y secundario) respecto otra transacción. Y cuando me refiero a grado de madurez de la sociedad, incluyo también nuestra Administración Tributaria, quien ante un eventual escenario en el que fuera posible la aplicación de un ajuste de compensación o *setoff*, dudo que no tuviera la tentación de imponer otra sanción respecto la segunda transacción “revelada” por parte del contribuyente.

3.4.- Necesidad de voluntad elusiva y el ajuste secundario. Distintos modelos extranjeros. Propuesta de modelo para la legislación española

Como bien se sabe, nuestro modelo de ajuste secundario se configura como un mandato legal e imperativo que parte de una base esencialmente objetiva, pues basta con el cumplimiento de dos condiciones, a saber, la existencia de una transacción realizada entre dos partes vinculadas según el artículo 16.3 del TRLIS, así como la conveniencia de un precio que difiera del valor de mercado. Quizás el dato que en realidad debería ser el más objetivo de todos y que en ocasiones no lo es por su dificultad en obtenerlo, es precisamente el valor de mercado. Sin embargo, una vez el mismo ha sido fijado por uno de los métodos previstos en el apartado 4 del artículo 16 del TRLIS, se pone en marcha la maquinaria del ajuste secundario prescindiendo de la voluntad elusiva de las partes.

Obsérvese cuán diferente es nuestro modelo respecto el francés, el cual, se recordará, parte de una concepción estrictamente subjetiva, pudiendo llegar a aceptar cualquier causa comercial como razonable, inclusive la “ayuda” a una

sociedad del grupo que necesita soporte financiero a coste reducido o un error de gestión diaria. Ahora bien, la contrapartida de tanta comprensión por parte del fisco francés es la calificación de dividendo a *cualquier* transferencia de renta, aunque el beneficiario vinculado extranjero no sea socio de la entidad residente en Francia. A mi modo de ver, el modelo francés supedita una contundente reacción legislativa a una clara voluntad de elusión fiscal contrastada. Esta férrea voluntad de hacer tributar cualquier exceso de renta como una distribución de beneficios pasa por encima de las normas básicas del Derecho mercantil, por cuanto estima la existencia de reparto de beneficios, y así se asemeja su tributación a relaciones societarias distintas de la de socio-sociedad.

No sucede lo mismo en Alemania, quien parte de una concepción más objetiva de la operación secundaria y exige el ajuste secundario ante una discrepancia de precio; eso sí, siempre basándose en la concepción objetiva de cómo hubiese actuado un diligente hombre de negocios. En este sentido, merece la pena citar de nuevo las reflexiones de la profesora SALA GALVAÑ, quien afirma con rotundidad que “Alemania constituye el máximo estandarte de la aplicación objetiva de los ajustes secundarios”. Es más, sigue la autora, “el principio de *arm's lenght* no sería sino el instrumento legal a través del cual se descubren (que no se fingen) las operaciones efectivamente realizadas *societatis causa* a la sombra del precio de transferencia”⁶¹⁹. Por tanto, con o sin voluntad elusiva, lo transcendental es el resultado, esto es, que la existencia de una operación efectuada entre partes vinculadas la cual haya implicado el traslado de fondos de una sociedad a otra sin su oportuna tributación.

Sin embargo, la legislación alemana, a diferencia de la francesa, no califica todos los excesos de renta como distribución de beneficios, sino que siendo más respetuosa con el Derecho mercantil, y hasta me atrevería a señalar, con más sentido común, entiende que cuando es la sociedad participada quien posee el excedente de tesorería, en modo alguno puede concebirse que se está ante una distribución de dividendos, sino de su operación inversa, esto es, una aportación de capital.

⁶¹⁹ SALA GALVAÑ, “Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario”, 2003, p. 209.

A estos efectos, podría entenderse que también el modelo alemán, de algún modo ha enlazado su falta de exigencia de voluntad elusiva con las consecuencias tributarias que lleva aparejado su ajuste secundario, de suerte que no todas las calificaciones supondrán una tributación (la aportación de capital, como se sabe, no genera renta imponible en imposición directa). De hecho, parece que el legislador español se ha inspirado en el modelo alemán, salvo por dos matices de suma importancia. El primero de ellos se refiere a la doble calificación que ofrece la regulación española, la cual obliga a fragmentar en dos el exceso de renta en función del porcentaje de participación. A su vez, y como segundo elemento diferenciador, la normativa española ofrece un tenue rayo de luz al dejar entrar el elemento de subjetividad a través del apartado 3 del artículo 21 bis del RIS, en tanto el contribuyente puede probar una causa distinta de las señaladas como obligatorias en el texto reglamentario.

Como tercer modelo estudiado, debe mencionarse el norteamericano, el cual ha sido bautizado por la profesora SALA GALVAÑ como un modelo “aparentemente objetivo”⁶²⁰. Creo que acierta la autora al definir con estas palabras al modelo americano, dada la posibilidad que se ofrece al contribuyente de solventar el exceso de fondos mediante una vía que pretende atenuar el impacto fiscal que sí tienen otras soluciones jurídicas. Así, el *Rev. Proced.* 99-32 es un mecanismo al alcance del sujeto pasivo que le permitirá ahorrarse su calificación como dividendo y su correspondiente obligación de practicar retención, es decir, es una alternativa para evitar las consecuencias tributarias del ajuste secundario, en línea con el párrafo 4.72 de las Directrices de la OCDE⁶²¹. Eso sí, este procedimiento no sería aplicable si se demuestra la comisión de cualquier infracción relacionada con el establecimiento de precios de transferencia, es decir, una voluntad de elusión fiscal. En caso de no optar por este procedimiento, el IRS aplicará el ajuste secundario.

Sirva pues este breve repaso por las tres legislaciones estudiadas que optan por un ajuste secundario (se obvia la italiana por no regular ninguna regla de calificación) para extraer la siguiente conclusión: la exigencia de una voluntad elusiva condiciona la exigencia de las consecuencias tributarias que emanan del

⁶²⁰ SALA GALVAÑ, “*Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*”, 2003, p. 212.

⁶²¹ *Vid.* LÓPEZ-HERMOSO AGIUS, “El ajuste secundario”, 2010, p. 138.

ajuste secundario. Aún así, esta afirmación sería más aplicable al modelo francés y americano, por cuanto en el francés, una mayor exigencia de voluntad elusiva desemboca en un notable impacto fiscal cuando el ajuste secundario es de aplicación. En cambio, en EE. UU. la constatación de una falta de voluntad elusiva se traduce en la posibilidad de aplicar un mecanismo más neutro fiscalmente. No ocurre exactamente lo mismo en el modelo alemán, que si bien ha atemperado las consecuencias fiscales del ajuste secundario en comparación con el modelo francés, la distribución oculta de dividendos sigue repercutiendo tributariamente en el sujeto pasivo.

Podríamos bautizar esta reflexión con distintos términos pero creo que el vocablo utilizado por el profesor CALVO VÉRGEZ⁶²², utilizado en la jurisprudencia del TJUE, es el más adecuado; me refiero a la *proporcionalidad* que debe existir entre una medida anti-elusión, como bien puede serlo el ajuste secundario, y el daño o fraude que se pretende evitar. Piénsese cuán trasladable podría llegar a ser la sentencia del TJUE *Test Claimants in the Thin Group* en la que el tribunal valoró la compatibilidad entre las libertades fundamentales y la norma de subcapitalización británica (que no deja de ser una norma de calificación). El tribunal llega a señalar que la norma doméstica británica podría llegar a vulnerar las libertades fundamentales cuando no se permitiera al sujeto pasivo probar que existían razones comerciales que explicasen el por qué de un valor convenido que difiere del valor de mercado. Siendo ello así, qué no sería nuestro ajuste secundario, teniendo en cuenta que su aplicación es automática prescindiendo de la voluntad de fraude⁶²³.

⁶²² CALVO VÉRGEZ, *Operaciones Vinculadas y Subcapitalización*, 2011, pp. 236-237. Vid. también en las páginas siguientes de la citada obra, el útil resumen que se hace sobre las sentencias del TJCE de fecha 13 de marzo de 2007 (TJCE 2007, 59 - As. C-524/04, *Test Claimants in the Thin Group*), y de fecha 31 de marzo de 1993 (TJCE 1993, 41 - As.C-19/92, *Kraus*), y de 30 de noviembre de 1995 (TJCE 1995, 212 - As. C-55/94, *Gebhard*), las cuales vienen a confirmar que las medidas nacionales que limiten el ejercicio de las libertades fundamentales no pueden aplicarse indiscriminadamente, tienen que perseguir el interés general, deben ser adecuadas para garantizar el objetivo y no deben extralimitarse.

⁶²³ Para un estudio más detallado sobre la citada sentencia de 13 de marzo de 2007, léase el artículo de los profesores CALDERÓN CARRRERO, J.M. y GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. “La doctrina del TJUE sobre el principio de plena competencia al hilo de la sentencia de la High Court Británica en el caso de *Test Claimants in the Thin Cap*: el Test Comunitario de los motivos comerciales y sus implicaciones”. *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 332, 2010, pp. 45-70

Llegados a este punto, es un tema de concepción la opción de uno u otro modelo. Aún así, es importante no perder de vista la recomendación efectuada por la OCDE, quien en el párrafo 4.71 de sus Directrices insta a los Estados miembros a que eviten el riesgo de la doble imposición si apuestan por la regulación del ajuste secundario, “*salvo cuando el comportamiento del contribuyente denote una intención de disfrazar el dividendo con la finalidad de evitar la retención en la fuente*”.

Así pues, parece que la OCDE tampoco concibe la aplicación del ajuste secundario como un mandato automático de naturaleza objetiva cuando el mismo puede generar situaciones de doble imposición, como sí regula nuestro artículo 16.8 del TRLIS y su desarrollo reglamentario. Recuérdese todas las críticas que nuestra doctrina ha vertido sobre este aspecto en concreto⁶²⁴. Ello es así dado las consecuencias tributarias que puede generar la aplicación de un ajuste secundario, el cual puede venir precedido por una simple discrepancia en la valoración que en modo alguno tenga nada que ver con una voluntad de fraude, lo cual no significa que el ajuste secundario no sirva, con o sin pretensión de que así sea, para prevenir la evasión fiscal, tal y como señala el párrafo 4.66 de las Directrices de la OCDE en material de precios de transferencia⁶²⁵.

En mi opinión, la regulación española del ajuste secundario se aleja tanto de la realidad que crea ficciones jurídicas allá donde en muchas ocasiones no existe propósito elusivo. Si una legislación como la alemana ya me parece un tanto rígida en cuanto a consecuencias tributarias, imagínese la regulación española, la cual no tiene suficiente en recrear distribuciones ocultas de dividendos cuando no existe ni atisbo de voluntad elusiva, sino que además añade nuevas ficciones con un único propósito: aumentar la recaudación, ya sea gracias a una renta calificada como liberalidad o como utilidad por la condición de socio. Quizás me

⁶²⁴ Vid. apartado 5.3 del capítulo segundo donde se reproducen las críticas vertidas por autores de la talla de CALDERÓN CARRERO, MARTÍN JIMÉNEZ, CENCERRADO MILLÁN, CAAMAÑO ANIDO, CALVO VÉRGEZ, MARTÍN-CARRASCO PIGNATELLI y ALONSO GONZÁLES, entre otros.

⁶²⁵ En este mismo sentido se pronunció el profesor HIMINO, representante de Japón, en el Seminario que la IFA realizó en Toronto en 1994, cuyas conclusiones fueron publicadas tres años más tarde. En concreto, el profesor HIMINO, quien no está de acuerdo con los ajustes secundarios, señalaba una realidad cuando afirmaba que en algunos casos las partes hacían verdaderos esfuerzos para cumplir el principio de *arm's length* pero que aún así se aplicaban los ajustes por una simple discrepancia. *Secondary Adjustments and related aspects of transfer pricing corrections. Proceedings of a Seminar held in Toronto, Canada, in 1994 during the 48th Congress of the International Fiscal Association*, Kluwer Law International, vol. 19b, Londres, 1997, p. 50.

aventuro al afirmar lo siguiente pero muy posiblemente las críticas al automatismo y objetividad del ajuste secundario que ha merecido nuestro artículo 16.8 del TRLIS, se verían visiblemente reducidas si pudieran aliviarse las consecuencias tributarias que provoca el ajuste secundario, o más aún, si se optara por otro mecanismo como la repatriación de fondos. A mi juicio lo que origina las críticas no es la objetividad en sí de la aplicación de una regla de calificación sino más bien la intensidad de sus consecuencias tributarias.

Tomando en consideración todo lo expuesto, se extraen las siguientes conclusiones:

Primera: Como premisa previa, me inclino por un sistema que no mida la voluntad elusiva de las partes, dada la dificultad que eso entraña. Entiendo perfectamente que la legislación aplique un mecanismo para aunar los beneficios imponibles ajustados y aquéllos que han sido inicialmente contabilizados. En otras palabras, y contrario a lo que estima el Derecho italiano por su falta de regulación, creo que es una realidad incontestable que tras una operación vinculada en la que el precio convenido ha diferido del valor de mercado y se ha efectuado un ajuste primario, existe un exceso de fondos en manos de una de las partes que provoca una situación de desigualdad respecto la otra parte implicada, y por ello debe buscarse un mecanismo de resolución cuyo objetivo sea unificar las posiciones contables y fiscales⁶²⁶.

Segunda: Si se parte de una concepción objetiva del exceso de renta con independencia de la existencia de voluntad elusiva, no puede obligarse a las partes a asumir unas consecuencias fiscales derivadas de ficciones jurídicas sin base sustancial. Por ello, considero adecuada la opción de la repatriación de fondos, abriendo por tanto una cuenta a pagar y otra a cobrar en las entidades implicadas. Es decir, parto de una concepción objetiva de la existencia real de un exceso de renta pero a cambio, debería rebajarse en la mayor medida posible el impacto tributario de las reglas de calificación. En el siguiente apartado se

⁶²⁶ Si bien es cierto que dicha diferencia de precio puede deberse a múltiples razones comerciales que objetivamente pueden ser razonables, no es menos cierto que ello no desvirtúa el hecho que se han trasladado beneficios de una parte a otra. De hecho, y aunque no es objeto del presente trabajo ahondar en esta cuestión, el aspecto que más alteraciones puede provocar en función de su sistema de cálculo es precisamente el valor de mercado, y es a partir de ahí que se desencadena el resto de ajustes.

explicará con detenimiento cuál es la propuesta concreta de repatriación que se plantea.

Tercera: Por último, cabe mencionar la doctrina del TC que interpretó el principio constitucional de igualdad entendiendo que el mismo permite tratar de manera desigual a hechos desiguales. Por ello, y adaptando dicha doctrina constitucional al caso que nos ocupa, entiendo que no puede tratarse igual a dos partes vinculadas que simplemente han adoptado un precio que ciertamente no es de plena competencia por discrepancias de valoración pero sin voluntad elusiva alguna, que la transacción convenida bajo el propósito de transferir fondos de una sociedad a otra, prescindiendo de los cauces habituales y por ende, de la tributación que dicha operación hubiera supuesto.

¿Y cómo medir el propósito elusivo? De nuevo nos encontramos con una pregunta de difícil respuesta. A mi juicio, los Estados deberían guiarse por parámetros objetivos que les indicaran el grado de discrepancia entre el precio convenido y el valor de mercado. Me refiero a establecer una regulación inspirada en la *Section 666(e)(1) o (h)* del IRC americano, en virtud de la cual se entiende que efectivamente hay infracción y por tanto sanción cuando se superan determinados umbrales, tales como un 200% de diferencia entre la renta pactada y el valor normal de mercado. Con una discrepancia de esta magnitud, creo que el legislador debería sentirse comfortable ante la imposición de sanciones. Todo lo contrario de lo que sucede en la actualidad en territorio español, que se sanciona por el mero hecho de detectar la discrepancia.

Cierto es que una diferencia de cuantía menor podría venir precedida por la voluntad de fraude y viceversa, pues la aplicación de umbrales siempre conlleva el riesgo de confundir voluntades pero mayor me parece el riesgo de asumir que toda diferencia es fruto de una manipulación intencionada del precio.

A modo de resumen, ya grandes rasgos, dos pueden ser los modelos de regulación del ajuste secundario, a saber:

- a) Exigir una voluntad elusiva como condición *sine qua non* para aplicar el ajuste secundario, el cual tendrá un carácter penalizador debido a las consecuencias tributarias que acarrea su aplicación.

- b) No exigir voluntad elusiva pero aplicar una regla de recalificación de naturaleza más objetiva, es decir, una regla de permita simplemente la repatriación del exceso de fondos sin penalizar a las partes, o al menos, atenuando al máximo sus implicaciones fiscales.

A la vista de estos modelos, insisto de nuevo en la conexión existente (o que debería existir) entre la exigencia fiscal de la regla de calificación, entendiendo como exigencia las consecuencias tributarias que supone la aplicación de la misma, con la necesidad de la voluntad elusiva. En otras palabras, a mayor exigencia de voluntad elusiva, mayores consecuencias tributarias debería acarrear la regla de calificación. No obstante, la regulación española parece que está al margen de la sensatez y exige las máximas consecuencias tributarias sin precisar de la más mínima voluntad elusiva. A mi modo de ver, tal y como ya he dicho, opto por el segundo modelo expuesto, es decir, repatriar el exceso de fondos siempre que el mismo tenga su origen en la conveniencia de un precio en una operación vinculada que difiera del valor de mercado, con o sin voluntad elusiva, pues al fin y al cabo se trata de que cada sociedad tenga la posición de tesorería que le correspondería si se hubiese pactado el precio a valor de mercado. Eso sí, ante una clara voluntad elusiva, medida en función del desvío de renta entre el precio pactado y el valor de mercado, debería exigirse sanción, que no es lo mismo que exigirla ante cualquier diferencia detectada por la Administración, tal y como reza ahora nuestro texto legal vigente.

3.5.- Impacto en el resto de socios. Falta de solución en los distintos modelos extranjeros que aplican el ajuste secundario. Teoría de la protección de los terceros de buena fe no implicados en la operación vinculada

Uno de los aspectos que más difícilmente encuentra solución en los distintos modelos que aplican el ajuste secundario es el efecto que ello provoca en los otros socios que nada han tenido que ver con la transacción que se está ajustando.

Inclusive la propia OCDE se ha hecho eco de este punto problemático, reflejando esta preocupación en el párrafo 4.70 de las Directrices aplicables en materia de

Precios de Transferencia, en cuyo texto se señala que “*no sería apropiado que los accionistas minoritarios, que no son parte de las operaciones vinculadas y que, en consecuencia, no han recibido un exceso de pagos, sean considerados como beneficiarios de un dividendo presunto*”.

En este mismo sentido se ha pronunciado el profesor BOUMA de EE. UU., quien considera que un socio minoritario puede interponer una acción judicial contra la sociedad por haber distribuido un dividendo a otro socio y no a él⁶²⁷.

Es decir, ya sea por haber recibido el socio minoritario (u otro socio) un dividendo que no le correspondía puesto que en él no recae el exceso de fondos, o por no haberlo recibido cuando efectivamente se han distribuido dividendos pero no en proporción al porcentaje de participación, en cualquier caso existe una incongruencia clara: el socio que no ha participado en la operación vinculada de alguna forma se ve afectado por las consecuencias que se derivan de la misma con la aplicación del ajuste secundario. También podría realizarse la afirmación en sentido contrario con la expresión clara de un desiderátum: el socio que no ha intervenido en la operación vinculada no debería sufrir las consecuencias tributarias de la aplicación del ajuste secundario, en tanto no ha sido parte activa en dicha transacción.

En otro sentido, y aún teniendo en cuenta que la aportación de fondos no es una operación gravada por ningún impuesto directo (ni IRPF, ni IS, ni IRNR), el hecho que el valor de la participación de la filial aumente, puede suponer un

⁶²⁷ Me permito en este punto traer a colación la siguiente reflexión: ¿por qué la doctrina, incluso la propia OCDE, menciona en exclusiva la figura del socio minoritario?, ¿No podría el socio minoritario pactar un precio que no sea de mercado con su filial? Entiendo que ello es así debido a la divergencia de capacidad de influencia sobre el precio de una operación vinculada, siendo el socio mayoritario el que podrá convenir un precio concreto sobre una transacción sobre su filial, y no así el socio minoritario. Por este motivo, parece que el socio sobre el cual se ha reparado, pero sin ofrecer solución alguna, es el socio minoritario. Sin embargo, podría darse el caso de participaciones muy atomizadas en las que no exista como tal un socio minoritario, o inclusive que, pese a su discreta capacidad negociadora, un socio minoritario consiguiese influir en el precio de una transacción vinculada que él mismo llevaría a cabo. A mayor abundamiento, podría darse el caso de una transacción pactada con un socio minoritario pero siendo el precio impuesto por la sociedad participada, hecho éste que también afectaría al socio mayoritario que, aún estando al corriente del precio de la transacción convenida por su filial, no dejaría de verse afectado por la aplicación del ajuste secundario.

Dicho esto, entiendo que se mencione siempre el socio minoritario, y así seguiré también en mi exposición, pero quería dejar constancia de la posibilidad que sea precisamente el socio mayoritario quien “sufra” las consecuencias de una regla de calificación respecto una operación en la que no ha participada, pese a poder tener conocimiento de la misma debido a su posición dominante en la compañía.

incremento que también afectará al resto de socios que no han intervenido en la operación.

Como se ha observado, ni la legislación francesa, ni la alemana (aunque en determinadas ocasiones podría aceptar el préstamo presunto), ni por supuesto la española, resuelven el conflicto planteado. De hecho, su desvelo jurídico se centra en exclusiva en las partes que han intervenido en la transacción, obviando el efecto que la aplicación del ajuste secundario puede tener sobre el resto de socios.

De una manera clara y específica, entre las legislaciones estudiadas, únicamente la regulación americana cuenta con un mecanismo que permite expresamente al contribuyente optar por la repatriación de fondos a través de la figura del préstamo (*Rev. Proced.* 99-32), incluyendo la recalificación de los pagos que la parte que tiene el derecho de cobro recibe de la otra como devolución del préstamo. En el siguiente epígrafe se abordará en concreto la cuestión del préstamo pero en este apartado el aspecto a destacar es que el préstamo no implica consecuencias jurídicas para los otros socios, más allá del impacto que tenga en la cuenta de resultados el ingreso o cobro de unos intereses en la sociedad en la que participan.

Obsérvese una diferencia clara respecto el ajuste secundario y la solución americana del préstamo. Me refiero a que ambos métodos persiguen el mismo objetivo pero mientras el ajuste secundario adecua la fiscalidad a la contabilidad mediante operaciones ficticias registradas extracontablemente, la técnica del préstamo, aborda directamente los libros contables de la entidad para que a través del registro de cuentas contables se explique el exceso de renta.

A estos efectos, debe volverse a la cuestión inicial que da nombre al presente epígrafe, ¿cómo afecta a un socio minoritario el hecho que la regla de calificación que se aplique sea contable o extracontable? A mi modo de ver debe diferenciarse la naturaleza de las operaciones ficticias de su impacto recaudatorio. El hecho que se distribuya un dividendo extracontablemente, es decir, mediante la realización de un ajuste extracontable en la base imponible del socio, a nivel de esencia, es exactamente lo mismo que si dicha distribución de hubiese contabilizado, pues en cualquier caso se está repartiendo un beneficio

únicamente al socio que ha participado en la operación y por ende se incumple el principio de proporcionalidad propio de las reglas básicas del Derecho Societario⁶²⁸.

Ahora bien, a nivel de impacto recaudatorio, nada tiene que ver el reparto de un dividendo a través de la aplicación el ajuste extracontable positivo o bien a través del registro de una cuenta contable, tanto en la sociedad receptora como en la entidad que lo distribuye. Recuérdese lo comentado en el capítulo tercero en el que se hacía una analítica comparativa entre la aplicación de la regla de calificación extracontablemente (artículo 16. 8 del TRLIS) y contablemente (NRV 21^a del PGC) y qué efectos tenía la aplicación de una u otra norma sobre el socio que no había intervenido en la operación.

Como ya es sabido, la actual NRV 21^a del PGC obliga al sujeto pasivo a registrar la operación híbrida en caso de diferencia entre el valor razonable y el precio convenido. Si bien es cierto que la normativa contable no presume unas calificaciones apriorísticas, como sí lo hace en determinados supuestos la ley tributaria, no es menos cierto que en casos de exceso de tesorería favorable al socio la operación registrada será, en su mayoría, una distribución de dividendos, o bien, una aportación a los fondos propios de la sociedad si este exceso de precio cae en manos de la entidad participada.

Podría entenderse que ante una recalificación de renta a favor del socio como distribución encubierta de dividendos, la entidad haya disminuido sus reservas, lo cual podría suponer la aparición de un deterioro de cartera para los otros socios que no han participado en la operación. En otro orden de cosas, ¿No es cierto también que las distribuciones de dividendos no pueden tener en cuenta sólo a un socio sin cesiones expresas de los otros socios? ¿No es cierto que aquellos socios que renuncien a la distribución de un dividendo deberían obtener una contraprestación a cambio? ¿No verían los otros socios de la sociedad afectado su valor teórico contable de la participación cuando no han intervenido en esta operación vinculada?

⁶²⁸ A estos efectos merece la pena apuntar que si existe una legislación cuyo incumplimiento del Derecho societario es todavía más flagrante y escandalosa es la regulación francesa, la cual, como ya se ha indicado, es capaz de calificar un exceso de renta como distribución de dividendo aún cuando la entidad favorecida haya sido la filial o inclusive se carezca de una participación directa.

A mayor abundamiento, y tal y como recuerda VADILLO CASERO el artículo 278 de la LSC, obliga a los socios que han recibido dividendos irregularmente a restituir al resto de partícipes la parte que les corresponda con el interés legal, siempre y cuando la sociedad pruebe que los perceptores conocían la irregularidad de la distribución⁶²⁹. Es evidente que un socio que ha participado en una operación vinculada en la que haya salido claramente favorecido y por ende, se registre un reparto de dividendos, no puede alegar que desconocía esta circunstancia. En otras palabras, es bien sabido que una sociedad mercantil no puede repartir dividendos a un solo socio salvo consentimiento del resto; y es evidente que los demás socios exigirán una contraprestación; de ahí el artículo citado. Aparece aquí una manifiesta incongruencia mercantil detectada también por la profesora FERNÁNDEZ DE SOTO BLASS⁶³⁰. La cuestión no es baladí, pues sorprende sobremanera saber que el PGC puede ser contrario al principio de proporcionalidad del Derecho Mercantil.

Pretender contabilizar la operación híbrida y que ello no afecte a terceros puede no ser posible. No existe una contabilidad que sólo afecte a uno de los socios, de manera que si la sociedad registra una distribución de dividendos sus reservas disminuirán y ello afectará irremediablemente al valor teórico contable de las participaciones de los otros socios. Lo mismo sucede con la aportación de fondos propios. Un solo socio no puede aportar fondos sin que ello no afecte al resto; y aunque se creara una clase especial de acciones para este socio se necesitaría el consentimiento del órgano de Administración y su aprobación por la Junta General. Ni qué decir tiene su impacto en el porcentaje de participación.

Así pues, si la pretensión del legislador es el reflejo de la operación secundaria, la única vía que permitiría cumplir este cometido sin perjudicar a terceros ajenos a la transacción vinculada sería a través del ajuste secundario vía extracontable. Ello permitiría la no alteración de la contabilidad de las partes implicadas, pues como se sabe, la contabilidad de las sociedades es única y

⁶²⁹ VADILLO CASERO, “El ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2008, p. 264.

⁶³⁰ FERNÁNDEZ DE SOTO BLASS, “Los precios de transferencia y el ajuste secundario. Propuesta de nuevos artículos en la legislación del Impuesto sobre Sociedades español”, 2009, p. 409.

pública. Ahora bien, tal y como se ha señalado, cosa distinta es la generación de ajustes extracontables cuya incidencia afecta en su totalidad a las partes implicadas y en menor medida al resto de los socios.

En este sentido podría discutirse si inclusive los ajustes extracontables serían contrarios al Derecho Mercantil, pues al fin y al cabo también estaríamos ante repartos presuntos de beneficios o aportaciones presuntas de fondos propios, aunque en lugar de contabilizar dichas operaciones, las mismas se reflejarían extracontablemente en la declaración del Impuesto sobre Sociedades. Ciertamente la esencia de la operación es la misma pero no registrar estas operaciones y tenerlas en cuenta a los solos efectos fiscales supone una diferencia increíblemente trascendental: estos ajustes afectan directamente a las dos partes que sí han participado directamente en la operación vinculada, afectando el resto de los socios de forma muy indirecta. Es más, en caso de aportaciones a los fondos propios de la participada, en cuyo caso no habrá ajustes extracontables por no suponer este hecho jurídico un hecho imponible, sí habrá que diferenciar un valor contable de las participaciones (la contabilidad no se ha modificado) y un valor fiscal de las mismas. Lo mismo sucedería respecto el valor fiscal de los bienes entregados, cuya base de amortización podría ser distinta a nivel contable y fiscal. No sería esto un supuesto nuevo, pues precisamente el artículo 18 del TRLIS asume como frecuentes las diferencias de valoraciones.

Respecto al deber de contabilizar las operaciones según su realidad económica, no puede predicarse su rigurosa aplicación sin tener en cuenta que de ello pueden derivarse efectos mercantiles o fiscales para los otros socios o filiales de las partes intervinientes en la operación, que en modo alguno son deseables.

Ahora bien, y no despreciando el esfuerzo que ha hecho la normativa contable y la fiscal en cuanto a su acercamiento entorno al tratamiento de las operaciones vinculadas, insisto de nuevo en un método que obliga al registro contable del diferencial de precios de las operaciones vinculadas siendo ésta una fórmula mucho más sencilla, quizás no exenta de complejidades pero en todo caso más acorde a la realidad de las operaciones. Me refiero a la ya comentada figura del préstamo originaria del derecho norteamericano que pretende la repatriación de la tesorería de una parte a favor del a otra a través de la apertura de una

cuenta a pagar y otra a cobrar, respectivamente. Asimilar la operación secundaria a un préstamo evitaría cualquier incongruencia con el derecho de sociedades, a la par que no perjudicaría a los otros accionistas que no han participado en la operación. Además, la solución del préstamo podría ser válida para todos los sujetos intervinientes en una operación vinculada, o dicho de otro modo, para cualquier supuesto previsto en el apartado 3 del artículo 16 del TRLIS, y no sólo para relaciones socio-sociedad.

A modo de resumen concluyo el presente epígrafe recordando lo que es un principio general de derecho por todos conocido: la protección de los terceros de buena fe; y por supuesto, el régimen de operaciones vinculadas no debería ser una excepción. Así, según la opinión de quien escribe estas líneas, dos son las posibilidades de tener en cuenta la operación secundaria sin perjudicar a terceros que no han intervenido en la transacción vinculada.

- a) Si se prefiere primar la contabilidad *versus* la fiscalidad, la opción no pasa por registrar cualquier operación híbrida, la cual podría perjudicar a otros socios e inclusive ser contraria al Derecho Mercantil, sino una figura cuyo alcance afecte en exclusiva a las partes intervinientes, esto es, un préstamo. No se nos escapa que la figura del préstamo tendrá implicaciones sobre los intereses, pero quizás es mejor esta opción antes de cualquier operación que suponga un perjuicio para los otros accionistas.
- b) También podría conseguirse el registro de una operación secundaria afectando lo menos posible a terceros de buena fe ajenos a la operación si la NRV 21^a del PGC optase por seguir la regla general de valoración, esto es, precio de adquisición y fuesen los ajustes extracontables de la norma tributaria los únicos encargados de explicar el exceso de tesorería, a través de la creación de operaciones ficticias como el reparto de dividendos o la aportación de fondos. Pero siempre haciendo realidad estas ficciones a través de ajustes extracontables, sin modificar la contabilidad. Es decir, la NRV 21^a del PGC debería basarse en el valor convenido y dejar en manos de la norma fiscal la valoración a mercado de las operaciones vinculadas así como la calificación del diferencial de valores. En realidad, esto ya es lo que sucede en una gran mayoría de

operaciones vinculadas, que no lo son a nivel contable por no estar dentro del concepto de grupo mercantil pero sí lo son a nivel fiscal, así pues, ¿qué sentido tiene aprobar una NRV 21^a sólo para un número muy reducido de transacciones con los problemas que ello acarrea?

Soy consciente que esta postura es frontalmente opuesta a la NRV 21^a del PGC, dado que cualquiera de las dos opciones planteadas para no vulnerar los derechos de los terceros de buena fe pasan por una reformulación integral de la misma.

3.6.- Falta de resolución de todos los supuestos de vinculación. Soluciones extranjeras en operaciones triangulares. Aplicación en España

Uno de los aspectos críticos de nuestro ajuste secundario, y que ha sido enumerado en el apartado 2.9 del presente capítulo, ha sido precisamente la incapacidad de la normativa española para dar respuesta a la multitud de casuística en materia de operaciones vinculadas. Como se sabe, el artículo 16.8 del TRLIS, determina la obligación de otorgar a la diferencia entre el valor convenido y el de valor de mercado *el tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto*, ofreciendo calificaciones apriorísticas únicamente para las relaciones socio-sociedad, dejando a la subjetividad el contribuyente o de la Administración la calificación del exceso de renta en el resto de supuestos.

Tal y como se ha analizado detalladamente en el apartado 4 del capítulo tercero, muchas son las posibilidades de calificación en transacciones en las que no exista una relación socio-sociedad, basándose la mayoría de las mismas en un desplazamiento directo o indirecto. En otras palabras, si lo que prima es la relación socio-sociedad siempre deberá buscarse este punto de conexión *societatis causa* y a partir de ahí calificar la operación, atribuyendo por tanto en primer lugar la ventaja al socio o a la sociedad, y en fase posterior del socio o sociedad a la parte vinculada última receptora del exceso de fondos. *A sensu contrario*, la apuesta por el desplazamiento directo supone en la mayoría de casos, tal y como ya se ha abordado, entender que existe una donación directa

entre ambas partes sin necesidad de atribuir renta alguna al socio o a la sociedad.

Parece que las legislaciones extranjeras tampoco han solucionado este aspecto, cuyo defecto se repite en la normativa española. El ejemplo más paradigmático son las conocidas operaciones entre sociedades hermanas, las cuales, tanto en EUA como en Alemania se resuelven mediante la teoría de las operaciones triangulares, distribuyendo un beneficio a la matriz y efectuando la matriz una aportación a favor de la otra filial. Inclusive el ICAC y la DGT han bendecido esta teoría a través de sendas consultas⁶³¹. A mayor abundamiento, recuérdese lo expuesto en el capítulo tercero en cuanto el ICAC ha considerado que si existen otros socios de las sociedades dependientes, aquella parte del exceso de renta que no se corresponda con el porcentaje de participación deberá ser considerado como una donación, esto es, gasto para la sociedad donante e ingreso para la donataria. Increíble pero cierto. De hecho, esta concepción incide precisamente en otro de los aspectos que más criticables considero de la actual regulación del ajuste secundario; me refiero a la incidencia que este tipo de calificaciones suponen para un tercero que nada ha tenido que ver con la operación. Mi postura sigue en la línea de lo esgrimido en el apartado anterior, esto es, procurar resolver el conflicto sin afectar a los terceros de buena fe que nada han tenido que ver con la transacción vinculada.

A mayor abundamiento, el párrafo 4.70 de las Directrices de la OCDE alerta claramente de la sinrazón que puede suponer la aplicación del ajuste secundario en una operación con participaciones encadenadas (por ejemplo, entre una sociedad abuela y su nieta)⁶³², lo cual inevitablemente provocaría la creación de ficciones jurídicas en otras sociedades, las cuales, de estar ubicadas en otros Estados podrían no reconocer ningún efecto fiscal sobre una operación en la cual no han participado directamente.

⁶³¹ Vid. Consulta 4 del BOICAC 79/2009 y DGT V1833-09 explicadas en el apartado 4.4 del capítulo tercero.

⁶³² En concreto, la OCDE en su párrafo 4.70 señala que *“algunos países no proceden a realizar ajustes secundarios por las dificultades prácticas que representan. A título de ejemplo, si se efectúa un ajuste primario entre dos sociedades relacionadas, el ajuste secundario puede producir la distribución de un dividendo teórico por una de las sociedades hasta la sociedad matriz, común a través de toda una vía de participaciones, seguida de aportaciones presuntas de fondos propios en sentido inverso hasta la otra sociedad implicada en la operación, a través de otra cadena de participaciones. Se podría de esta manera crear un gran número de operaciones hipotéticas, planteándose la cuestión de si otros países deberían extraer consecuencias tributarias más allá de las que se relacionan con la operación para la que se efectuó el ajuste primario.”*

En sentido no puede dejar de mencionarse la solución propuesta por la regulación francesa, la cual va más allá, calificando como dividendos el exceso de renta en supuestos en los que la entidad beneficiaria no es socio, sino la participada o inclusive cuando no existe porcentaje de participación. Obsérvese que, si la mera calificación como dividendo presunto cuando el exceso de fondos recae en manos del socio, ya puede vulnerar directamente las reglas básicas del Derecho societario (en el caso de existir más de un socio), qué no decir de la solución francesa que parece que obvia la existencia del sentido común.

Así, a la vista de las soluciones ofrecidas por el Derecho comparado entiendo que únicamente dos son las soluciones que resolverían todos los supuestos de vinculación. En concreto, me refiero al préstamo y los ajustes de compensación, también llamados *setoff*, ambas soluciones genuinamente americanas.

Ambas soluciones jurídicas ofrecen dos ventajas claras: a) no afectan al resto de socios y b) no requieren del punto de conexión *societatis causa*, lo cual implicaría que la solución afectase en exclusiva a las dos partes implicadas, ya sea en forma de repatriación del exceso de fondos o bien compensando dicho exceso con el defecto de tesorería que hubiese propiciado otra operación vinculada acaecida entre las dos mismas partes.

En conclusión, puede afirmarse que este aspecto negativo no es únicamente exclusivo de la regulación española, sino intrínseco del propio ajuste secundario, en tanto este defecto se reitera en aquellas soberanías fiscales que lo regulan. Sin embargo, el Derecho comparado nos brinda dos soluciones que de base resolverían esta cuestión. Teniendo en cuenta que se ha descartado la eficacia de la importación de los ajustes *setoff* en nuestra regulación, sólo queda apostar por la solución del préstamo como aquella que, no siendo ni mucho menos perfecta, es susceptible de resolver cualquier supuesto de vinculación, a la par que no es incongruente con el Derecho societario ni genera, *a priori*, situaciones de doble imposición como sí las fomenta la regulación española del actual ajuste secundario.

3.7.- Loan approach: La técnica del préstamo presunto: Ventajas e inconvenientes de su aplicación en España

3.7.1.- Introducción

En la medida en que avanzaba en el estudio de los distintos métodos que la legislación extranjera ofrece para resolver la diferencia existente entre la situación fiscal y patrimonial (contable) tras el ajuste primario, la opción del préstamo me iba pareciendo la más óptima por cuanto solucionaba aspectos negativos intrínsecos del propio ajuste secundario. Sin embargo, como no podía ser de otra manera, no es ni mucho menos una solución exenta de polémica, pero sí muchísimo más eficiente y resolutive que nuestro actual modelo de ajuste secundario.

Recordando lo analizado en el capítulo sobre Derecho comparado, ha sido la legislación americana la pionera en poner en práctica el método del préstamo, el cual se configura como una opción para el contribuyente. De hecho, su elección se concibe como una “válvula de escape” frente al temido ajuste secundario estándar (dividendo y aportación de capital) hasta el extremo de bautizarlo como “*relief procedure*”, esto es, un procedimiento de alivio para el contribuyente.

Resumir las características básicas de este método según la normativa estadounidense (a través del Rev. Procedure 99-32) servirá de base para el análisis de sus ventajas e inconvenientes.

- Se configura como un método a elegir por el contribuyente.
- Su opción se solicita tras la presentación de la declaración del Impuesto, una vez el contribuyente ha practicado de mutuo propio el ajuste primario (o bilateral), o bien después de la aplicación del ajuste primario por parte de la Administración en el seno de un procedimiento de comprobación.
- Únicamente es válido cuando la operación se efectúa entre dos personas jurídicas, no siendo por tanto un método apto cuando una de las partes de la transacción es una persona física.

- El procedimiento consiste en registrar una cuenta a cobrar o a pagar, modificando por tanto la contabilidad de las entidades.
- La Administración norteamericana obliga a la cumplimentación del un formulario en el que se deje constancia de los aspectos esenciales de préstamo, tales como el capital del mismo, la identificación de las partes, la moneda y el tipo de interés.
- El plazo de pago, tanto de principal como de los intereses deberá no superar los 90 días desde la fecha del contrato de préstamo si el *Rev. Proced. 99-32* se ha aplicado como consecuencia de una comprobación administrativa, o bien desde la fecha de presentación de la liquidación del IS. En cualquier caso, si hay acuerdo entre las administraciones este plazo podría prolongarse.
- El pago puede realizarse a través de recalificaciones de flujo de rentas, tales como considerar la distribución de beneficios de la filial a la matriz como pago del préstamo, y por ende vetar la aplicación de ningún mecanismo que evite la doble imposición.
- Parece que la Administración americana permite la repatriación de fondos sin imputación de intereses cuando se trate de operaciones internacionales en las que la otra entidad vinculada reside en un Estado con el que EEUU tenga suscrito un CDI.
- En cualquier caso, la opción de préstamo no será viable si el contribuyente haya cometido las infracciones tipificadas en el texto legal en materia de *transfer pricing*, las cuales son esencialmente objetivas puesto que se fundamentan en el umbral de diferencia entre el precio pactado y el valor de mercado.

3.7.2.- Inconvenientes

Es el turno ahora de analizar los aspectos fuertes y débiles de este método, su posible aplicación en España, y der ser así, qué podría ser modulado en aras a optimizar su eficacia. A decir verdad, estos dos últimos puntos, esto es, su

posible aplicación en España y el cómo, serán tratados en el siguiente epígrafe, que será el previo a las conclusiones y en el que se efectuará una propuesta de regulación concreta.

A mi modo de ver, podría decirse que la resolución del diferencial de valores tras el ajuste primario mediante la figura del préstamo tiene un aspecto discutible que no puede minimizarse, no tanto por su esencia en sí misma, sino por sus implicaciones fiscales, implicaciones que podrían ser neutralizadas a voluntad de los Estados. Me refiero a la generación de intereses a valor de mercado que todo préstamo acarrea. En otras palabras, si un préstamo genera intereses es tanto como afirmar que efectivamente se trata de una nueva operación que surge con la única finalidad de solventar el diferencial de precios que ha originado otra operación vinculada. Precisamente este extremo es el que ha hecho del préstamo una solución no adoptada por la mayoría de países.

En este mismo sentido se pronuncia la OCDE a través de sus Directrices (párrafo 4.76), en las cuales se señala que la mayor parte de los países de la OCDE no tiene mucha experiencia en el uso de la repatriación, y por tanto se recomienda que los acuerdos entre contribuyentes y Administraciones relativas a una repatriación tengan lugar en el seno de un procedimiento amistoso.

Un poco más directo es el informe relativo a las Recomendaciones sobre el ajuste secundario efectuado por el EU JTPF, en virtud del cual se afirma que la mayoría de Estados miembros de la UE no apuestan por la figura del préstamo presunto precisamente para evitar complicaciones en cuanto al devengo de intereses. Además, debido a la existencia de la Directiva matriz-filial, muchos de los dividendos presuntos gozan de exención, lo cual simplifica el proceso de recalificación de rentas minimizando su impacto tributario.

Obsérvese la terminología usada por la OCDE, la cual asimila la “repatriación de fondos” con la figura del préstamo presunto, hasta el punto de entender que el enfoque es idéntico (párrafo 4.74). En cualquier caso, la parte vinculada que ostenta el exceso de fondos lo devuelva a la otra parte, y cuando ello sucede, ¿cómo denominar a esta devolución? Por supuesto repatriación de fondos sería una opción, aunque sería otra manera de bautizar a un préstamo. Sin embargo, podría llegar a entenderse que la repatriación es simplemente una mera

devolución, mientras que el préstamo debería ir siempre acompañado de unos intereses a valor *arm's lenght*. Así, podría pensarse que, cualquier operación que implique el reembolso de fondos previamente transferidos es una operación de préstamo, y como tal debe ser remunerada, salvo que sea entre familiares personas físicas y pueda demostrarse que no se trata de una donación (artículo 6.5 de la LIRPF).

De ahí el comentario del profesor CAAMAÑO ANIDO, quien distingue de manera sucinta la repatriación de fondos del préstamo, por cuanto concibe el préstamo como una fórmula conciliadora, la cual genera intereses pero evita las absurdas ficciones jurídicas que propicia nuestro ajuste secundario⁶³³. En cualquier caso, obsérvese que la regulación norteamericana, como regla general, asume la existencia de un préstamo remunerado, y sólo es la Administración en casos puntuales, quien está legitimada para renunciar el cobro de los correspondientes intereses.

De nuevo la propia OCDE alerta de la dificultad que puede entrañar la generación de intereses, los cuales, según el literal del párrafo 4.74 de las Directrices, podrían complicar el proceso. Ahora bien, también la propia OCDE, así como la regulación estadounidense, permiten la devolución de este exceso de fondos mediante la reclasificación de los pagos que la parte que tiene el derecho de cobro recibe de la otra como devoluciones de préstamo, siendo la más común la que califica el importe percibido por la matriz en concepto de distribución de dividendos como el pago del préstamo (capital más intereses). El texto literal de las Directrices, en su párrafo 4.74 menciona que la consecuencia de esta recalificación en concreto sería que el beneficiario perdería cualquier crédito de impuesto indirecto (o el beneficio de la exención del dividendo), así como el crédito del impuesto correspondiente a la retención en la fuente que hubiese sufrido el dividendo. En otras palabras, el receptor de la renta no tendría derecho a la aplicación de ningún mecanismo para evitar la doble imposición, debiendo por tanto tributar el ingreso por su totalidad como si de un ingreso financiero se tratara.

⁶³³ CAAMAÑO ANIDO, "Comentarios al nuevo régimen de documentación de las operaciones vinculadas", núm. 311, 12/2009, p. 59.

Así pues, el principal inconveniente del préstamo presunto es la generación de intereses, los cuales, a su vez podrían generar otro inconveniente, como es la retención que podrían sufrir en el otro Estado. Nada menciono en caso de operaciones internas, puesto que la retención que deberían sufrir sería plenamente recuperable en la declaración del IS o IRPF del perceptor de los intereses.

No obstante lo expuesto en el expositivo anterior, las dos desventajas que efectivamente genera el préstamo presunto podrían ser solventadas a voluntad de los Estados intervinientes. En relación a la remuneración del préstamo, huelga decir que si se consigue que el mismo no genere intereses nada habrá que mencionar acerca de la retención en la fuente, pues obviamente si no hay renta que retener no habrá retención. ¿Puede ello suceder sabiendo que las regulaciones internas de los países así como las Directrices de la OCDE y del Foro de la UE sobre precios de transferencias luchan desde hacen años para que la valoración de las operaciones vinculadas sea siempre a valor de mercado? La respuesta depende en exclusiva de la predisposición de los Estados, como sí parece tenerla Estados Unidos, quien puede acordar la no imputación de intereses si la otra parte implicada reside en un Estado con CDI con Estados Unidos⁶³⁴.

Podría pensarse que esta medida es del todo incongruente con la máxima que fundamenta los precios de transferencia, es decir, la valoración a mercado de cualquier operación vinculada. Discrepo de esta opinión al entender que el préstamo presunto no es un préstamo efectuado *a priori*, sino la consecuencia de haber realizado una operación vinculada sin respetar el principio de *arm's length*, cuya pretensión no es otra que la de aunar la contabilidad y la fiscalidad tras la realización del ajuste primario. De hecho, su nacimiento únicamente tiene sentido si se entiende que es necesario reembolsar el exceso de fondos a la parte perjudicada en la transacción, y en consecuencia, restablecer la situación patrimonial que debería existir si la operación se hubiese valorado a mercado.

⁶³⁴ De hecho la propia OCDE en sus Directrices (párrafo 4.68) señala literalmente que “la Administración Tributaria, que efectúa el ajuste primario, puede entonces intentar aplicar el principio de plena competencia a esta operación secundaria, a los efectos de imputar un tipo de interés de plena competencia”. Obsérvese que el término utilizado es “puede intentar” pero en todo caso la eventual imputación del tipo de interés dependerá del acuerdo que alcancen las partes, pudiendo *a sensu contrario*, acordar la no remuneración del préstamo presunto.

Así pues, a pesar de existir como regla general la obligación de remunerar cualquier préstamo, la regulación interna de los países podría evitar la generación de intereses cuando se trate de un préstamo presunto derivado de la existencia de una operación vinculada, cuyo único objetivo es el reembolso del exceso de fondos que tras el ajuste primario permanece en una de las partes implicadas.

En el caso de entender que aún tratándose de un préstamo presunto, éste debe ser remunerado, la OCDE nos hace eco de un hecho revelador, en cuanto a la posibilidad de no gravar estos intereses como parte del acuerdo entre las autoridades competentes. Es decir, podría reconocerse efectivamente la realidad de un préstamo presunto, inclusive con intereses, pero podría renunciarse a practicar la retención en el Estado fuente⁶³⁵.

Así pues, el principal inconveniente del préstamo presunto como operación secundaria podría ser salvado por la buena voluntad de las autoridades en el seno de un acuerdo amistoso o inclusive por determinarse así en la regulación doméstica.

Existe otro inconveniente en el préstamo presunto que no se replica en el ajuste secundario, o no del mismo modo. Me refiero a la prolongación de las consecuencias de un préstamo presunto a otros ejercicios fiscales. Ciertamente es que la normativa de Estados Unidos prevé el reembolso total del préstamo en un período de 90 días que pueden o no coincidir con el ejercicio en el que se ha efectuado la operación vinculada. Pero además, también vía acuerdo, es posible prolongar el plazo de pago, con lo que efectivamente el registro de ingreso y gasto derivado de los intereses, o inclusive, sin intereses, el registro de las cuentas a cobrar y a pagar en relación al capital puede extenderse más allá de un ejercicio. A mi modo de ver, este hecho en sí mismo no es una desventaja como tal. Sea como fuere, puedo entender que las Directrices de la OCDE, en su párrafo 4.67, mencione que el método del préstamo puede tener una incidencia no solamente sobre el año al que se refiere la operación, sino también sobre años posteriores hasta la fecha en la que el préstamo presunto sea considerado reembolsado. No

⁶³⁵ Así lo menciona el párrafo 4.74 de las Directrices de la OCDE.

especifica la OCDE si ello explica el poco uso del método del préstamo presunto por parte de los Estados, simplemente se limita a exponerlo como hecho cierto.

Así, a modo de resumen, se reitera que la imputación de intereses del préstamo y su posible retención en el Estado de la fuente son los inconvenientes básicos de este método. Aún así, no son inconvenientes insalvables, pues como se ha visto, Estados Unidos en el cauce de un procedimiento amistoso y haciendo gala de una flexibilidad de la que a fecha de hoy carecen las autoridades fiscales españolas, puede considerar no retribuido un préstamo presunto, o en defecto de lograr este acuerdo, no gravar los intereses vía retención.

3.7.3.- Ventajas

Habiendo analizado los inconvenientes, es el turno ahora de ahondar en las ventajas que permite la consideración de una operación secundaria como un préstamo presunto.

a) No genera situaciones de doble imposición:

Debe matizarse esta afirmación en la medida en que la recepción de dividendos nacionales o extranjeros podrían quedar exentos en sede del socio y por tanto no generar doble imposición alguna. Así mismo lo reconoce el EU JTPF quien en su último informe sobre la materia de fecha 25 de octubre de 2012, considera plenamente aplicable la Directiva Matriz-Filial entre miembros de la UE, por lo que no debería exigirse retención alguna⁶³⁶. De hecho, precisamente por ello el citado informe recomienda la aplicación de la distribución presunta del dividendo entre Estados miembros de la UE, en tanto la exención sobre la renta en forma de dividendos presuntos quedará neutralizada fiscalmente.

Ahora bien, el hecho que únicamente nueve de los veintinueve Estados de la UE reconocen en su legislación interna el ajuste secundario en forma de dividendo o aportación, hace augurar potenciales conflictos en el resto de los Estados miembros. Así pues, ¿qué hace pensar que el resto de Estados sí reconocerán la

⁶³⁶ Aún así, curiosamente de los nueve Estados miembros que regulan el ajuste secundario, sólo Francia y Bulgaria no admiten la aplicación de la mencionada Directiva en distribuciones presuntas de dividendos.

existencia de un dividendo presunto pero no de un préstamo? En este sentido se manifestaron los representantes de Italia en el EU JTPF en tanto Italia no reconoce en su normativa interna la existencia de ninguna operación secundaria, y por tanto no tiene la obligación de ofrecer ningún mecanismo que evite la doble imposición sufrida como consecuencia de la retención practicada por otro Estado⁶³⁷. Piénsese que el préstamo también podría sufrir una retención sobre los eventuales intereses que genere, retención que debería poder ser recuperada por parte del Estado receptor.

De hecho, siendo honestos a la verdad, más allá del conflicto sobre la posible recuperación de la retención sufrida, el otro Estado implicado en la transacción, podría no reconocer la operación secundaria, de forma que en el caso del préstamo sería tanto como no admitir la deducibilidad del gasto financiero, lo cual sí generaría una doble imposición.

Dicho esto, la normativa española realmente sí propicia situaciones que sin duda son generadoras de doble imposición sin posibilidad alguna de mitigarla. Me refiero a la calificación del exceso de renta que no se corresponde con el porcentaje de participación. Respecto la posibilidad de recuperar la retención sufrida en otro Estado en caso de dividendo presunto o sobre un interés, o inclusive sobre el no reconocimiento de ninguna operación secundaria ni regla de calificación, se trata en todo caso de una posibilidad de que exista o no doble imposición. Sin embargo, respecto las rentas calificadas como donación o como utilidad recibida por la condición de socio, ya no se trata de una posibilidad sino de una realidad galopante que no deja espacio para otras interpretaciones; pues las rentas calificadas como donaciones o como utilidades son siempre ingreso tributable para el donatario y gasto no deducible para el donante, sin capacidad para aplicar ningún mecanismo que alivie o compense la doble imposición.

Una vez efectuadas estas reflexiones, podría afirmarse que no siempre el ajuste secundario en forma de dividendo presunto generará doble imposición, y mucho

⁶³⁷ Considero interesante reproducir textualmente las reservas efectuadas por Italia como Estado miembro del EU JTPF: “*Reservation made by Italy: Italy does not have internal provisions on secondary adjustments and is of the opinion that it should be primarily up to those Member States with legislation on secondary adjustments to structure these adjustments in such a way so as to minimize the possibility of double taxation as a consequence thereof. In principle, Italy will not grant relief for the withholding tax arising from the secondary adjustment made by the other Member State which led to double taxation*”. EU JTPF, Final Report on Secondary Adjustment, 25 October 2012, p. 3.

menos la calificación del exceso de renta como una aportación de capital a favor de la sociedad filial, en la medida en que es un “*non taxable event*”⁶³⁸. Recuérdese lo esgrimido en el capítulo anterior, en el cual ya se afirmaba que no siempre el préstamo es la opción fiscalmente más óptima, pero sí la más recomendable por razones de practicidad. De hecho, parafraseando de nuevo las reflexiones del anterior capítulo, la operación más económica es la calificada fiscalmente como una aportación a los fondos, mientras que el dividendo respecto el préstamo no tiene porqué ser siempre más costoso fiscalmente, pues pudiera tratarse de una retención inferior al tipo de interés, o inclusive exento por Convenio; argumento éste rebatible si el interés aceptado fuera tendente a cero, tal y como propone la profesora y abogada estadounidense GIMBEL LEWIS en el *Rev. Proced.* 99-32.

De esta conclusión podría extraerse que la figura del préstamo no supone ventaja alguna respecto al dividendo en cuanto a la doble imposición se refiere, pues como se ha visto, no sólo los dividendos pueden quedar completamente neutralizados vía exención o deducción para evitar la doble imposición, sino que el hecho que un Estado no reconozca el préstamo podría generar precisamente un escenario de doble imposición. Quizás, debido a esta reflexión, la mayoría de Estados que asumen el ajuste secundario en su regulación doméstica optan por calificar la operación secundaria como un dividendo o aportación, y de paso se ahorran el devengo de intereses que genera la calificación de la operación secundaria como préstamo presunto.

No obstante, la regulación española no está en esta tesitura, y es que cada pecado lleva su propia penitencia. Así pues, haber ido más lejos que cualquier otra legislación extranjera en la regulación del ajuste secundario, habiendo creado ficciones jurídicas difíciles de justificar, como la donación o las utilidades, hacen de la figura del préstamo, sin lugar a dudas, una mejor opción que puede no generar doble imposición, frente a la doble imposición que en todo caso sí crea la actual regulación de nuestro ajuste secundario respecto el exceso de renta que no se corresponde con el porcentaje de participación.

⁶³⁸ Recuérdese la reflexión de los autores norteamericanos como O'BRIEN, OATES, GIMBEL LEWIS, quien alertan del “efecto trampa” del préstamo, en tanto el mismo es opcional y por tanto no aplicable por la Administración, quien debería haber calificado la operación como aportación de capital frente al préstamo presunto.

Por último, y insisto de nuevo, si la legislación doméstica optara por entender que el préstamo presunto, en tanto consecuencia de otra operación vinculada, pudiera no generar carga financiera, se desterraría por completo el fantasma de la doble imposición.

b) Resolución del exceso de renta que pudiera aflorar en todas las operaciones vinculadas, no únicamente la relación socio-sociedad

Como se sabe la regulación española, únicamente ofrece calificaciones apriorísticas respecto las operaciones efectuadas entre socio y sociedad. Respecto el resto de supuestos de vinculación enumerados en el artículo 16.3 del TRLIS, el contribuyente sigue teniendo la obligación de calificar la operación secundaria según su naturaleza pero sin tener la obligación de ceñirse a unas reglas previas.

Por supuesto el hecho de ofrecer flexibilidad a las partes para calificar el exceso de fondos puede suponer una liberación si las opciones ofrecidas por el fisco español son tan especialmente gravosas como las actualmente vigentes. Sin embargo, otro análisis concluiría que el silencio normativo respecto el resto de operaciones vinculadas se traduce en una enorme inseguridad jurídica que pone a las partes en una situación compleja, sin tener nunca la certeza que la Administración aprobará la calificación propuesta.

La calificación de la operación secundaria como préstamo presunto sería capaz de resolver todas y cada una de las transacciones que pudieran darse entre partes vinculadas, sin necesidad alguna de acudir a la creación de ficciones jurídicas tan rocambolescas como gravosas. Se evitaría así tener que calificar operaciones entre sociedades hermanas como operaciones triangulares afectando al socio común. Ni qué decir respecto las operaciones entre sociedades abuelanietas o entre los familiares del socio o administrador respecto la sociedad, las cuales siempre acuden al nexo común, implicando a partes que no han intervenido en la operación. Todos estos supuestos se verían agravados si el socio común, o el administrador o socio, o la sociedad intermedia residieran en otro Estado, dado que podrían llegar a ser tres o más soberanías fiscales las implicadas en una operación vinculada.

La solución del préstamo evitaría estas situaciones tan absurdas como gravosas, siendo únicamente las dos partes intervinientes en la transacción las que serían parte activa del préstamo, cualquiera que fuera su relación de vinculación (socio-sociedad, sociedades hermanas, administrador-sociedad, familiares del administrador o socio con la sociedad, sociedades abuela-nieta, etc.). Simplemente se trataría de reponer la situación patrimonial a la que debería haber sido desde un inicio, sin necesidad de crear nuevos hechos imponibles totalmente ficticios que pueden escapar a la voluntad de las partes. Bien pudiera afirmarse que el préstamo en sí ya es una ficción jurídica; no lo niego, pero, ¿y no lo es el dividendo o la aportación?. En realidad se trataría de un reembolso del exceso de fondos que no presupone un *animus donandi* inexistente; sencillamente una parte devuelve a la otra el exceso de tesorería que obra en su poder, exactamente igual que harían dos partes independientes si una de ella, por error, hubiera pagado un precio superior al pactado.

c) No incongruencia con el Derecho Societario

La calificación de la operación secundaria como un préstamo evitaría la vulneración de principios tan básicos en el Derecho mercantil como el reparto no proporcional de dividendos; distribución de beneficios, por otra parte, no aprobada por la Junta General de Accionistas, máximo órgano de representación de la voluntad societaria. A su vez, también evitaría la absurda situación de aportar capital a una sociedad por parte de un solo socio sin que ello afecte su porcentaje de participación.

Al contrario, la concesión de un préstamo, salvo que se mencione expresamente, carece de un cauce específico en el que se requiera la voluntad del accionariado; su concesión es simplemente voluntad de quien ostente la gerencia de la entidad. Este hecho, hace del préstamo una solución acorde con el Derecho mercantil capaz de resolver cualquier operación vinculada.

d) No afecta a los otros socios no implicados en la operación

El hecho que pueda resolver todas y cada una de las situaciones de vinculación, hace del préstamo una solución jurídica que no necesita acudir al nexo común entre dos partes vinculadas buscando la relación directa con el socio común o la

sociedad intermedia. Precisamente por ello, la calificación de un préstamo presunto a la operación secundaria no supone ni una donación forzada por parte de los otros socios, ni ninguna alteración de valor sobre la participación, como sí sucede en el ajuste secundario español, entre otros.

La cuestión a resolver sería la siguiente; exactamente, ¿cuál es el impacto que puede tener la calificación de préstamo presunto al exceso de fondos transferidos de una parte en favor de otra? La respuesta no se hace esperar. Respecto la devolución de capital el efecto es neutro en tanto se trata en exclusiva de reembolsar a la parte perjudicada los fondos que debería ostentar de haberse realizado la operación a valor de mercado. Sin embargo, respecto el devengo de intereses sí que existe un efecto tributario, aunque indirecto, en el sentido que el registro de un gasto o de un ingreso por supuesto que impacta en la cuenta de resultados de la sociedad, y por ende en el valor de los fondos propios de la misma. Aún así, no puede compararse este impacto indirecto con el que supone el registro contable de una operación híbrida, como pretende nuestra NRV 21ª del PGC, pues como se ha argumentado, el registro de una distribución de dividendos supone una disminución de reservas con un impacto directo sobre el valor de la participación que también pueden ostentar otros socios.

e) Se eliminaría la fragmentación en la calificación del exceso de renta según el porcentaje de participación y su posible vulneración del principio constitucional de capacidad contributiva

Como ya se ha reiterado a lo largo del presente trabajo, desde la entrada en vigor del actual regulación del ajuste secundario en nuestra legislación, si algún aspecto ha sido blanco de críticas constantes ha sido el empeño del legislador español es fragmentar la calificación del exceso de renta en función del porcentaje de participación.

Si se optase por la calificación de la operación secundaria como préstamo presunto, el porcentaje de participación no sería en modo alguno un dato relevante, dado que lo único importante sería el reembolso del exceso de fondos percibidos, esto es el capital del préstamo, cantidad que coincidiría con el importe del ajuste primario y bilateral, amén de la posibilidad de la generación de intereses. Pero en cualquier caso no concibo la idea de que exista préstamo

únicamente sobre el porcentaje de participación y donación sobre el resto, lo cual sería atentar contra la esencia de la figura del préstamo, pues como se sabe, los préstamos intersocietarios no únicamente se conceden si el porcentaje de participación entre socio y sociedad es del 100%. Además, ¿cómo solventar entonces un préstamo entre sociedades hermanas? La incongruencia sería tan básica que no merece la pena ahondar en esta idea.

Una de las principales ventajas de calificar como préstamo el exceso de fondos eliminando la actual dualidad de calificaciones, es la no vulneración del principio constitucional de capacidad contributiva, que también ha sido ampliamente abordado por la doctrina. Ya no sería necesario crear *animus donandi* en ficciones jurídicas inexistentes, entendiendo que el préstamo sí respeta la voluntad de las partes en la medida en que simplemente se trata de repatriar los fondos “desviados” a la otra parte como consecuencia de una valoración errónea. Nadie dona nada ni recibe donaciones, simplemente se devuelve lo que no es de uno.

En este sentido pues, la no fragmentación en la calificación de la renta presunta, tal y como lo regula en la actualidad el artículo 21 bis del RIS, concede dos ventajas claras: por un lado, se evitaría la existencia de situaciones de doble imposición que con toda seguridad genera calificar una renta como donación o como utilidad percibida por la condición de socio, y por el otro, ya no podría predicarse la posible vulneración constitucional del principio de capacidad contributiva.

A modo de resumen, si la derogación de la actual fragmentación de la calificación del exceso de renta elimina dos riesgos latentes, a la par que se estaría en línea con las recomendaciones de la OCDE, todavía quedan más patentes los motivos que impulsaron al legislador a su regulación, que no puede ser otro que el afán de recaudación. En este caso creo que el legislador podría haber hecho suya la frase atribuida a Maquiavelo, en la que el fin justifica los medios.

f) Eliminación de la dualidad normativa contable y fiscal y de sus contradicciones

La opción por la calificación del exceso de fondos como préstamo presunto, o si se quiere y no hay intereses, repatriación de rentas, eliminaría la actual

controversia que genera la regulación contable frente a la fiscal, cuyos puntos de fricción ya han sido profundamente analizados.

Es decir, repatriar el exceso de renta supone registrar contablemente una cuenta a cobrar y otra a pagar con base al ajuste extracontable realizado. Dicha afirmación podría suponer asumir que la regla de valoración puede ser exclusivamente fiscal, mientras que la regla de calificación podría ser exclusivamente contable.

Cierto es que si el préstamo generara intereses, los mismos podrían ser registrados contablemente, no generando ajuste alguno en las bases imponibles de las partes implicados, o bien, consignando el gasto e ingreso financiero a través de ajustes extracontables en la base imponible de las correspondientes sociedades. Sea como fuere, en cualquier caso, se trata de un gasto y un ingreso contable y fiscal.

Siendo ello así, y tomando en consideración que la devolución del principal no puede registrarse extracontablemente por afectar a cuentas de balance, lo más sensato es pensar que la repatriación de fondos vía préstamo presunto debe contabilizarse en los libros de la sociedad, así como también los eventuales intereses que pudiera generar. En esta tesitura, la regla de calificación sería única para todos los supuestos, sin necesidad de regulación de una regla específica en el ámbito fiscal. En otras palabras, con una sola regla de calificación contable sería suficiente para calificar el exceso de fondos de todas las operaciones, sin tener dos normas que, a pesar de pretender regular lo mismo, difieren en la forma de llevar a cabo este cometido. Eso sí, sería necesario aunar también esfuerzos en el perímetro de vinculación entre ambas normativas, dado que mientras el grupo contable difiera del concepto de partes vinculadas del artículo 16.3 del TRLIS, siempre existirá una absurda e incoherente dualidad normativa. Huelga decir que mi crítica a la dualidad normativa no es gratuita, no produciendo efectos negativos su simple existencia, sino el hecho que ambas normas no coinciden en aspectos concretos, lo cual favorece la generación de conflictos que serían evitables ante una mayor destreza del legislador. ¿Qué necesidad había de regular lo mismo desde dos regulaciones distintas pero no de igual forma? A mi modo de ver, ninguna. Por ello, la opción del préstamo como forma de devolución ágil de los fondos tal y como propone la solución

norteamericana eliminaría también estos potenciales conflictos normativos. Eso sí, a diferencia de la regulación estadounidense mi propuesta pasaría por asumir el préstamo presunto como la regla general y no como una opción del contribuyente, aspecto éste que se desarrollará en el siguiente y último epígrafe del presente trabajo, previo a las conclusiones generales.

4.- Propuesta concreta de regulación del ajuste secundario: devolución del exceso de fondos

4.1.- Propuestas efectuadas por la doctrina

Antes de proceder a la explicación de la propuesta de regulación, cabe señalar que a pesar de que la doctrina ha sido relativamente proclive en realizar acertadas críticas al actual artículo 16.8 del TRLIS, pocos han sido los autores que se han manifestado a favor de una u otra opción, y los pocos que lo han hecho, ha sido de una forma muy breve.

Entre aquellos autores que sí han propuesto una alternativa, encontramos al profesor CENCERRADO MILLÁN, quien afirma que “la técnica de recalificación de rentas dispuesta en el artículo 16.8 del TRLIS debería reducirse a aquellos casos en los que pueda apreciarse con claridad la existencia de una operación encubierta y cuyas consecuencias tributarias no impliquen el gravamen de rentas ficticias”⁶³⁹. De hecho, el citado autor va más allá optando por una delimitación más precisa sobre las operaciones vinculadas a las que debe aplicarse la regla de calificación, así como las consecuencias tributarias precisas que genera dicha calificación de rentas. En la misma línea también se ha pronunciado el profesor CALVO VÉRGEZ, quien considera que “sería deseable que el ajuste secundario se aplicase única y exclusivamente en aquellas operaciones caracterizadas por la existencia de una manifiesta finalidad elusoria”⁶⁴⁰. También los profesores CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ

⁶³⁹ CENCERRADO MILLÁN, “Los efectos de ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, 2007, p. 83. *Vid.* también nota 13 de la p. 57.

⁶⁴⁰ El profesor CALVO VÉRGEZ opta por la aplicación subjetiva del ajuste secundario, tal y como puede apreciarse en el párrafo transcrito (*Operaciones Vinculadas y Subcapitalización*, 2011, p. 235). Sin embargo, en la misma obra (pp. 302-303) se pregunta si no hubiese sido deseable evitar la práctica del ajuste secundario y sustituirla por la restitución al pagador de aquellos importes considerados como exceso sobre el valor de mercado. Justo en ese mismo párrafo vuelve a cuestionarse si no sería buena idea optar por calificar la operación secundaria como un préstamo

abogan por una solución más parecida a la de la normativa holandesa, en la que no todas las operaciones vinculadas llevan aparejadas el ajuste secundario, sino únicamente aquéllas en la que se pueda probar la existencia de abuso o fraude⁶⁴¹.

Más en la línea de mi posicionamiento personal, encontramos a CAAMAÑO ANIDO, quien de forma muy breve y concisa, y por tanto sin desarrollo concreto de su afirmación, apunta literalmente que le “hubiera gustado una fórmula semejante a la norteamericana, que ha establecido un cauce para evitar el ajuste secundario: la restitución al pagador de los importes considerados como exceso sobre el valor de mercado”⁶⁴².

Afortunadamente encontramos otros autores que también se han mostrado claramente favorables a la solución del préstamo presunto, como es LÓPEZ ALBERTS⁶⁴³, quien de forma muy gráfica a través del recurso de la pregunta retórica, se cuestiona si no podría sostenerse que el diferencial desfavorable a la vendedora es en realidad un préstamo o, en general, una fórmula de financiación entre ambos sujetos pasivos. Con un ejemplo más concreto, se cuestiona de nuevo, “por qué si la empresa P vende a Q un activo, cuyo valor razonable es de 100 por un precio de 450, ¿no podría ser ello considerado como un préstamo de Q a P que ésta retornará mediante, por ejemplo, prestaciones de servicios u otras operaciones en la que la desviación de precios tenga sentido opuesto”? Obsérvese como, a pesar de no haber un detalle más exhaustivo de la propuesta planteada más allá de los párrafos reproducidos, parece que el autor apuesta claramente por la solución del préstamo así como la del *setoff*, compensando operaciones de signo contrario.

retribuido, aunque en la p. 242 deja apuntados los problemas en cuanto a la generación de intereses que conllevaría la calificación del exceso de fondos como un préstamo.

⁶⁴¹ Vid. CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, *Los precios de transferencia en la encrucijada del siglo XXI*, 2012, p. 44

⁶⁴² CAAMAÑO ANIDO, “Comentarios al nuevo régimen de documentación de las operaciones vinculadas”, núm. 311, 12/2009, p. 59.

⁶⁴³ LÓPEZ ALBERTS, “El ajuste secundario y la contabilización de las operaciones vinculadas”, 2009, p. 166 y 176.

Tampoco puede pasarnos por alto el posicionamiento claro y conciso de la AEDAF⁶⁴⁴, quien, como asociación especialista en la materia, proponen facultar a los contribuyentes afectados por un ajuste secundario, la posibilidad de solicitar el reintegro de las diferencias puestas de manifiesto tras la consignación de un ajuste primario (y bilateral). En este sentido, me parece oportuno resaltar que esta propuesta no sólo está en línea con las Directrices de la OCDE, tal y como la propia AEDAF reconoce, sino que a su vez está claramente inspirada en la normativa estadounidense.

En resumen, podían dividirse las propuestas en dos grandes grupos, partiendo de la base que la doctrina, en su inmensa mayoría, está en desacuerdo con el actual redactado del artículo 16.8 del TRLIS.

- a) Restringir la aplicación del actual ajuste secundario a operaciones en las que efectivamente exista una verdadera voluntad de fraude. En palabras de la AEDAF, “subjektivizar y limitar el automatismo de la aplicación del ajuste secundario”. Se trataría de limitar las nefastas consecuencias tributarias que provoca el ajuste secundario únicamente en aquellos casos en los que la actitud del contribuyente lo merece.
- b) Optar por repatriar el exceso de fondos. En este aspecto es menester indicar que mientras algunos autores, como LÓPEZ ALBERTS mencionan el término préstamo, y otros como la AEDAF citan exclusivamente la posibilidad de “repatriar los fondos”, pues hasta la fecha no hay un posicionamiento claro respecto la remuneración de dicho préstamo. En cualquier caso, y en línea con las Directrices de la OCDE, una repatriación de fondos puede asimilarse a un préstamo presunto.

4.2.- Posicionamiento personal

Ahora sí, después de repasar las breves propuestas ofrecidas por la doctrina entorno al ajuste secundario, y tras un largo e intenso estudio sobre la materia, ha llegado el momento de proponer cuál creo que sería, bajo mi punto de vista, la

⁶⁴⁴ AEDAF, “Reconsideración y modificación del régimen fiscal de las operaciones vinculadas. La urgente necesidad de modificación del régimen actual”, 25 de febrero de 2010, p. 18.

opción más óptima para resolver tan polémica cuestión. Vaya por delante que la independencia de la soberanía fiscal, que por supuesto ostenta cada Estado, hace complicada la implementación de cualquier solución jurídica que pueda trascender al ámbito internacional, como lo es una transacción vinculada acaecida entre dos partes residentes en distintos Estados. Sin embargo, y a pesar de las dificultades que supone alcanzar un acuerdo inclusive en el seno de un procedimiento amistoso, pero además, tomando en consideración que también en el ámbito doméstico se producen operaciones vinculadas, considero importante que cada Estado reflexione sobre cómo tratar el exceso de renta que con toda seguridad se produce tras un ajuste primario.

Precisamente mi primera reflexión parte de la necesidad de cuestionarse si merece la pena o no regular este exceso de fondos, o si podría simplemente obviarse, tal y como en realidad hacen la mayoría de Estados, como por ejemplo Italia, pues todavía son una minoría aquéllos que sí han creído que la existencia de una operación secundaria necesitaba de una regulación específica.

Tras un estudio completo sobre los efectos que producen los ajustes primario y bilateral en una operación vinculada, no me cabe la menor duda de la existencia de una operación secundaria, la cual, gustará más o menos, pero nace como consecuencia del ajuste primario, quedando al descubierto una diferencia de importes entre la base imponible y la contabilidad de la sociedad. En otras palabras, tras el ajuste primario se pone de manifiesto una verdad incontestable: una de las partes implicadas en la operación vinculada ostenta un exceso de fondos, mientras que en la otra se detecta un defecto de los mismos, que no existiría si el precio convenido hubiese respetado el principio de *arm's length*.

Siendo así las cosas, y a pesar de ser conscientes que la complejidad de muchas soluciones jurídicas han hecho desistir a muchos Estados de su regulación, creo que negar la realidad no ayudará a que la misma se desvanezca. Hay una parte implicada en la transacción vinculada que ha salido perjudicada en beneficio de otra, ya sea por desconocimiento del precio de mercado o bien por deseo expreso de transferir fondos transgrediendo los cauces legalmente establecidos, pero sea como fuere, esta situación merece la atención del legislador, y de ahí la necesidad de regularla. El cómo no es tarea sencilla pero aún así, procuraré ofrecer la

solución jurídica que a mi modo de ver puede ser la más óptima, o quizás, la que es susceptible de generar un menor grado de conflictividad.

Así, la propuesta de calificación jurídica que creo que ofrecería más garantías de éxito y eliminaría en su gran mayoría, los defectos del actual ajuste secundario, pasaría por defender un devolución ágil y rápida de los fondos indebidamente satisfechos o cobrados cuyo importe coincidirá exactamente con el ajuste primario; es decir, calificar la operación secundaria como un préstamo presunto, estando esta propuesta en línea no sólo con las Directrices de la OCDE (párrafo 4.72-4.75), sino también con el EU JTPF. Cuestión distinta será si, a voluntad del legislador, este préstamo, aún siendo otra operación vinculada, podría no generar intereses.

Antes de entrar directamente en la definición más concreta de la propuesta, creo que el análisis no sería completo si no se enmarca dicha solución jurídica tomando en consideración los demás elementos que entran en juego cuando aflora una operación secundaria, tales como el ajuste primario, el ajuste bilateral, la necesidad o no de voluntad de fraude, o inclusive el ámbito de aplicación geográfica de las normas de precios de transferencia.

A continuación se relacionan los aspectos concretos de la propuesta de regulación, ofreciendo un muy breve resumen del por qué de mi posicionamiento, en aras a evitar reiteraciones innecesarias de lo que ya ha sido analizado y argumentado con anterioridad.

a) Aplicación de la regulación de precios de transferencia, tanto a operaciones domésticas como operaciones internacionales

Abogo por un modelo objetivo cuya finalidad última sea el reparto equilibrado de bases tributables entre las sociedades, ya sean residentes en la misma soberanía fiscal o en dos distintas. Todo ello pasa por aplicar correctamente el principio de plena competencia en *todas* las transacciones, nacionales e internacionales. Sin embargo, sí considero deseable una flexibilización de las obligaciones de documentación respecto las transacciones nacionales.

En consecuencia, cualquiera que sea la regla de calificación debería aplicarse tanto en operaciones internacionales, como nacionales.

b) El PGC debería aplicar el valor de adquisición también en las operaciones intragrupo y dejar en manos de la fiscalidad la valoración a mercado de las transacciones vinculadas

Tal y como ya he insistido en repetidas ocasiones a lo largo del presente estudio, la NRV 21ª del PGC, en mi opinión, genera más conflicto que el que pretende dirimir. Por ello, aunque debe apreciarse la buena voluntad de registrar el valor razonable en las transacciones vinculadas, teniendo en cuenta que el mismo puede no coincidir con el valor de mercado, como tampoco convergen el concepto contable y fiscal de “partes vinculadas”, considero más oportuno seguir la regla general del precio de adquisición, también en las operaciones acaecidas en el seno de un grupo.

En consecuencia, la regla de valoración quedaría en manos de la norma fiscal, siendo la norma tributaria la encargada de valorar a mercado las transacciones vinculadas, a través de los ajustes extracontables (ajuste primario y ajuste bilateral). De hecho, esta situación es la que se produce con más frecuencia, pues como se sabe, existe una multitud de operaciones a las que se les aplica el mandato fiscal del artículo 16 del TRLIS pero son registradas a valor de adquisición por no tener la consideración de grupo contable. Si esta situación es más común de lo que los creadores de la NRV 21ª del PGC podrían predecir, ¿qué impide adaptarnos a la realidad?

Con ello, se evitaría la posible divergencia entre el valor razonable y del valor de mercado, así como la confusión que propicia el hecho de registrar algunas transacciones vinculadas según el artículo 16.3 del TRLIS a valor razonable, mientras que otras lo son a valor de adquisición.

c) Los sujetos pasivos deberían poder efectuar ajustes extracontables (positivos y negativos) en su declaración del IS

Teniendo en cuenta que el mandato fiscal de valoración del artículo 16 del TRLIS va dirigido también al sujeto pasivo, y que se ha eliminado la supeditación de la regla de valoración a la existencia de diferimiento o menor tributación, me decanto por entender que efectivamente, el contribuyente español, debería poder practicar un ajuste extracontable, tanto positivo como negativo, exactamente igual que pueden hacerlo en Estados Unidos o Alemania.

Siendo ello así, considero correcta nuestra regulación en este aspecto concreto, por cuanto aboga por una concepción objetiva de la regla de valoración. Lástima que no propugne lo mismo respecto la regla de calificación. De hecho, en atención a este aspecto puntual, y a pesar de necesitar de una aclaración por parte de la Administración, podría llegar a afirmarse que el propio texto legal vigente parece que avala la realización de ajustes extracontables.

d) Apuesta por la devolución del exceso de fondos: repatriación

Habiendo visto todas las posibles soluciones que nos ofrecen tres de las regulaciones extranjeras que más preocupación han demostrado por la existencia de una operación secundaria, sin lugar a dudas, y a sabiendas que no hay solución perfecta, me decanto por la devolución ágil y rápida del exceso de los fondos que propone la norma estadounidense, y que en determinadas ocasiones también la jurisprudencia alemana ha avalado.

En este sentido, creo que de alguna manera la solución de la repatriación del exceso de fondos podría considerarse más respetuosa con el principio de *arm's length*. Me explico. Cualquiera que sea la calificación jurídica otorgada al exceso de rentas es una mera ficción jurídica, ya sea en forma de dividendo o aportación presunta, ni qué decir de las donaciones. *A sensu contrario*, la repatriación de los fondos cobrados de más no es sino una mera devolución de aquello que nunca debería haber sido de la parte beneficiada a raíz de la operación vinculada. Podría llegar a defenderse que no se está ante una ficción jurídica que presume voluntades sino una vuelta al punto de partida reconociendo que la transacción

debería haberse convenido a precio de mercado, y por ende, el excedente deberá ser repatriado a su legítimo dueño.

Entenderé a los detractores de esta solución jurídica, tildando la repatriación de un verdadero préstamo encubierto entre dos partes vinculadas, y como tal, generador de intereses⁶⁴⁵. Como he afirmado en anteriores ocasiones, el nombre no hace la cosa. Llámese repatriación de fondos o préstamo presunto sin intereses, el caso es que la solución jurídica que más me ha convencido es optar por la devolución del exceso de beneficios cobrado indebidamente. Si ello, como operación vinculada independiente debe llevar aparejado un interés de mercado, me parece el mal menor en comparación con los despropósitos a los que recurre nuestra actual regulación del ajuste secundario. Aún así, si se elimina la carga financiera del préstamo, estaríamos eliminando los inconvenientes que el mismo pudiera generar, luego estaríamos ante una repatriación del exceso de fondos que resultaría neutra fiscalmente.

d.1) Motivos por los que considero esta opción la más válida posible

A menudo es inevitable optar por una u otra opción por un mero ejercicio de comparativa. Así, en comparación con la solución actualmente vigente, la solución propuesta elimina los defectos que provoca el ajuste secundario tal y como lo concibe nuestro artículo 16.8 del TRLIS. En concreto, y como resumen de lo ya expuesto, considero que optar por esta vía resuelve los siguientes aspectos conflictivos que sí genera la actual redacción del ajuste secundario.

- Se minimiza el riesgo de crear situaciones de doble imposición que en todo caso sí genera la creación de situaciones ficticias como una donación o una utilidad percibida por la condición de socio.
- Puede dar respuesta a todas las operaciones vinculadas cualquiera que sea la relación de vinculación que una a las dos partes implicadas,

⁶⁴⁵ Sin llegar a pronunciarse explícitamente, el profesor CALVO VÉRGEZ, expresa sus reservas respecto el reembolso del exceso de fondos por cuanto podría ser calificado como una nueva operación sujeta a gravamen. No ofrece más detalles pero por lo que se deja entrever, parece que el autor podría presumir que el reembolso es una suerte de préstamo presunto y como tal podría generar intereses. A decir verdad lo que el profesor realmente pone de manifiesto es la problemática que esta solución podría ocasionar en el plano internacional. *Operaciones Vinculadas y Subcapitalización*, 2011, p. 244.

estando por tanto cubiertos todos los supuestos contemplados en el artículo 16.3 del TRLIS, no sólo la relación socio-sociedad; y no generando inseguridad jurídica respecto el resto de supuestos, como sucede en la actualidad.

- No genera ninguna incongruencia flagrante respecto el Derecho mercantil como sí la propicia el reparto de un dividendo no proporcional o una aportación efectuada por un único socio sin alterar ni el valor ni el porcentaje de la participación.
- No afectaría al resto de socios, los cuales en la actualidad sí pueden ver alterado el valor de su participación sin haber participado en la misma. Ello sucede cuando se aplica la NRV 21ª del PGC en virtud de la cual si se registra contablemente una disminución de reservas o un aumento el capital como consecuencia de la norma de calificación actualmente vigente, el resto de los socios sufren innecesarias modificaciones sobre el valor de su participación a nivel contable.
- No hay vulneración del principio de capacidad contributiva, pues al fin y al cabo se reintegra todo el capital satisfecho en exceso.
- No habría dualidad normativa fiscal y contable, lo cual supondría un alivio eliminando las actuales tensiones normativas.

d.2) ¿Cómo llevar a cabo esta devolución? Detalle de la solución propuesta

En aras a clarificar la exposición y el desarrollo más concreto de la propuesta, la misma se divide en varios apartados, cada uno de ellos, clarificador de un aspecto específico de la solución jurídica que se proyecta.

- Obligatoriedad *versus* opcionalidad

La primera cuestión a plantearse versa sobre la opcionalidad u obligatoriedad de aplicación de esta solución jurídica.

A diferencia de solución planteada por la regulación norteamericana, considero que la devolución ágil y rápida de los fondos debería ser de obligado cumplimiento, alejándonos por tanto de la opcionalidad que sí permite la regulación de Estados Unidos. Las razones que me han llevado a sostener esta tesis es un simple ejercicio de comparativa respecto las ventajas que ofrece el préstamo respecto el ajuste secundario actual; o dicho de otro modo, la no creación de conflictos e incongruencias que sin lugar a dudas sí genera el ajuste secundario tal y como está regulado en nuestro texto legal.

- Ámbito subjetivo de aplicación

Siendo ello así, y en coherencia con la totalidad de supuestos de vinculación regulados en el artículo 16.3 del TRLIS, entiendo que también debería ser aplicable cuando una de las partes implicadas sea una persona física, y no limitarlo en exclusiva a operaciones entre entidades, tal y como lo configura la normativa norteamericana.

- Contabilización. Recalificaciones

En sintonía con lo propuesto por el *Rev. Proced. 99-32* americano, debería registrarse una cuenta a cobrar y una a pagar en las respectivas entidades, salvo cuando una de las partes sea una persona física que no realiza ninguna actividad económica, en cuyo caso sí tendría la obligación de proceder al pago o al cobro del exceso de fondos pero sin contabilizar cuenta alguna.

Una de las posibilidades contempladas por la normativa estadounidense e inclusive aceptada por las Directrices de la OCDE, así como por el EU JTPF, es satisfacer el pago de la deuda mediante la recalificación del flujo de rentas, tal y como ya ha sido explicado en más de una ocasión durante el presente trabajo. En opinión de quien escribe estas líneas, me parece un tanto compleja la implementación de esta técnica por cuanto será complicado cuadrar importes, alternando en la práctica la repatriación de fondos por vía ordinaria con una recalificación de rentas. Así pues, considero que la normativa, *a priori*, no debería aceptar esta posibilidad como regla general pero sí ofrecer la opción al contribuyente para que mediante una petición formal a la Administración, la

recalificación de flujo de rentas fuese posible, o bien consensuada en el curso de un procedimiento amistoso en el marco de un CDI.

- No generación de intereses

Tal y como ya se ha mencionado con anterioridad, el principal defecto de esta solución es la generación de intereses. Llámese como más se prefiera, devolución, repatriación o préstamo pero si realmente se están “devolviendo” unos fondos cobrados indebidamente, quiere decir que durante un periodo de tiempo se ha disfrutado de ellos, luego lo coherente es que generen intereses, los cuales, huelga decir, deben ser de mercado. Difícilmente los más escépticos respecto la solución del préstamo, aceptarán que, al tratarse de una simple repatriación, la misma es una mera devolución de capital y por ende, al no ser préstamo no hay devengo de intereses. Sea como fuere, está en manos de nuestro legislador flexibilizar el nacimiento de la carga financiera asociada a un préstamo.

En este sentido, entiendo perfectamente que el legislador, de optar por la devolución de los fondos, lo configure como préstamo sujeto a intereses. No obstante, a mi modo de ver, respecto los intereses, lo que de facto está haciendo el fisco norteamericano es lo que la Administración Tributaria española quizás debería plantearse. Me refiero a la no exigencia de intereses en relación a una entidad que reside en un Estado respecto el cual España tenga suscrito un CDI. Inclusive, la propia OCDE en el párrafo 4.74 de sus Directrices, entiende que *“algunos países pueden renunciar a gravar los intereses devengados por estas cuentas como parte de un acuerdo entre Autoridades competentes”*.

Recuérdese también el párrafo 4.6 de las MEMAP de la OCDE, el cual señala textualmente que *“lo normal es que los términos acordados permitan al contribuyente hacer la repatriación en un plazo razonable mutuamente acordado y sin sometimiento a retención por parte del país desde el que se realiza la repatriación ni otro gravamen adicional en el país que la recibe”*. Aunque por supuesto, esta repatriación puede estar sujeta a comprobación.

A mayor abundamiento, no debe olvidarse que, tal y como lo recuerda las Directrices de la OCDE en su párrafo 4.70, la mayoría de los países no utiliza los préstamos presuntos, siendo esta circunstancia un argumento que refuerza

todavía más la necesidad de alcanzar acuerdos que sean lo más satisfactorios posibles para ambas partes en el cauce de un procedimiento amistoso. El sentido común indica que es mejor cobrar el capital sin intereses que retener un asunto en vía muerta perdiendo cualquier opción de recuperar el importe cobrado de menos en una transacción vinculada. Así lo expresa también el artículo 4.6 del MEMAP en su tercer párrafo añadiendo una reflexión muy interesante sobre esta cuestión, de suerte que *“cuando el país receptor de la repatriación exija que el pago incluya un elemento de interés para compensar a su contribuyente residente por la utilización de sus fondos por parte de la empresa asociada extranjera desde el momento de la operación inicial hasta la repatriación, las autoridades competentes pueden acordar permitir que se realice la repatriación sin intereses a fin de minimizar las complicaciones que esta entrañe”*.

También podría plantearse la no generación de intereses en las operaciones internas en aras a simplificar la devolución del exceso de fondos, sabiendo que el ingreso tributable en una parte sería gasto fiscalmente deducible en la otra.

En suma, creo que el éxito de la repatriación dependerá en gran medida de la capacidad de adaptación que tengan los Estados, decantándome por la no generación de intereses ni en operaciones internacionales, fruto de un acuerdo en un procedimiento amistoso, ni tampoco en operaciones internas. Entonces sí se estaría ante un mecanismo de restitución del que podría predicarse su neutralidad fiscal. Ello sin perjuicio de la posibilidad de una posterior comprobación por parte de la Administración.

- Plazo de devolución

A estos efectos, también me parece adecuada la política de Estados Unidos en cuanto a flexibilizar el período de cobro. Su texto normativo fija un plazo de 90 días, el cual ha sido en ocasiones prorrogado por la Hacienda americana en aras a asegurarse el cobro del importe pendiente. De nuevo, el sentido común es nuestro mejor aliado, pues será en el seno de un procedimiento amistoso en el que las Autoridades deberán valorar hasta qué punto merece la pena ampliar el plazo de pago si se tienen garantías reales de cobro.

- ¿Quién y cuándo se puede iniciar el procedimiento de repatriación o restitución del exceso de fondos?

Teniendo en cuenta que el mandato fiscal de valoración exigido en el artículo 16 del TRLIS va dirigido indistintamente al contribuyente y a la Administración Tributaria, entiendo que, si se concibe la repatriación del exceso de renta como una regla imperativa y general, la misma puede ser aplicada directamente por el sujeto pasivo tras la presentación de la autoliquidación del Impuesto sobre Sociedades en la cual se haya consignado un ajuste primario (o bilateral) o bien, por la propia Administración Tributaria en el devenir de un procedimiento de comprobación.

La diferencia radicará en el momento de registrar las cuentas a pagar y a cobrar, pues en el caso de ser el propio contribuyente quien registre las cuentas, lo lógico y coherente sería que lo registrase el mismo ejercicio en el que ha transcurrido la operación vinculada y se ha efectuado el preceptivo ajustes de valoración (primario o bilateral). En cambio, en caso de ser la Administración quien estuviese comprobando un periodo anterior al ejercicio corriente, los ajustes de valoración irán referenciados en el Acta al ejercicio en el que tuvo efectivamente lugar la transacción, no sucediendo lo mismo respecto al regla de calificación. Teniendo en cuenta que la regla de calificación que se propone no es fiscal, es la contabilidad la encargada de registrar las cuentas a pagar o a cobrar, en cuyo caso, y ante la imposibilidad de modificar cuentas contables de los ejercicios cerrados, lo deseable sería que la Administración obligase a efectuar la devolución del exceso de fondos y por tanto a reflejar esta circunstancia en la contabilidad del sujeto pasivo en el año en el que se produce el procedimiento de comprobación.

Ahora bien, téngase en cuenta que la repatriación de exceso de fondos no es incompatible con una futura comprobación de esa repatriación por parte de la Administración Tributaria, de suerte que el importe de la misma dependerá del acuerdo existente respecto la cuantía de los ajustes de valoración⁶⁴⁶.

⁶⁴⁶ Así mismo lo aclara el artículo 4.6 de la MEMAP, en el que se señala, en mi opinión, acertadamente, que *“un acuerdo de repatriación suscrito en la fase de inspección no debe impedir que el contribuyente presente ante las autoridades competentes una solicitud de asistencia, ni implica participación ni acuerdo con el ajuste realizado por la inspección. Cuando un contribuyente solicite*

- Concepción objetiva y sancionabilidad

Me parece razonable que esta solución pudiera ser criticable por su falta de atención respecto la voluntad elusiva que sí existe en determinados supuestos. Es más, podría pensarse que la solución actual prevista en nuestro artículo 16.8 del TRLS peca de exceso de punibilidad, presumiendo en todo caso una voluntad elusiva, de ahí la doble imposición que su aplicación genera, mientras que optar por una devolución ágil de los fondos adolecería del defecto contrario, no discriminando aquellos supuestos en los que verdaderamente sí se ha manifestado una voluntad de fraude.

A mi modo de ver, aplicar el ajuste secundario con sus desafortunadas repercusiones tributarias únicamente en los supuestos en los que existe voluntad de fraude implica un riesgo de error notablemente elevado. Y es que constatar que las partes han convenido un precio que difiere del valor de mercado con la firme convicción de eludir o diferir el pago de tributos no es algo fácil de detectar, se puede presumir pero sin lugar a dudas no es difícil que se cometan errores graves de percepción. A mayor abundamiento, en múltiples ocasiones la disparidad en la valoración de la operación puede deberse a una discrepancia de criterio o simplemente a la singularidad del producto o servicio en cuestión.

Precisamente por esa falta de concreción en la voluntad de las partes, quizás lo más oportuno sea de nuevo basarse en la regulación norteamericana e imponer una sanción cuando la disparidad del precio supere un umbral considerable, como por ejemplo el 200%. De esta forma, la concepción de la aplicación de las reglas de precios de transferencia sería eminentemente objetiva, esto es, si el valor pactado no es de mercado se ajusta y en tanto el ajuste fiscal provocará una disociación con el registro contable, nace la obligación de repatriar los fondos cobrados en exceso. ¿Cómo medir la voluntad de fraude? Ciertamente es el hecho de constatar una discrepancia de precio elevado no es sinónimo indudable

asistencia a la autoridad competente una vez concluido un acuerdo de repatriación, lo procedente es que la autoridad competente modifique el acuerdo de repatriación siguiendo los cambios habidos en el importe del ajuste como resultando de un procedimiento amistoso y que renuncie al requisito de que la repatriación incluya intereses. Cuando un contribuyente solicite asistencia a las autoridades competentes sin haber concluido el acuerdo de repatriación en la fase de inspección, la autoridad competente podrá acordar los términos de esta con la autoridad competente del país co-signatario del convenio”.

de una voluntad de fraude real pero en cualquier caso es una buena manera de justificar una sanción; y por supuesto mayor es el riesgo de sancionar cualquier discrepancia en el precio, como sucede con la regulación actualmente vigente.

En resumen, ante cualquier discrepancia de precio, de manera objetiva y sin exigir una voluntad elusiva, soy partidaria de aplicar tanto la regla de valoración como la de calificación, pues al fin y al cabo se trata de reflejar contable y fiscalmente el precio de mercado sin mayores consecuencias fiscales, salvo el de la eventual generación de un interés; aunque en mi opinión éste debería ser inexistente. Debemos facilitar la restitución de capitales y no complicarlo con cargas financieras que impacten en la cuota tributaria del contribuyente. Creo que así se cumpliría el mandato de la OCDE en cuanto habría una distribución real de la renta que corresponde cada sociedad, residentes en el mismo o en distintos Estados. A su vez, la voluntad elusiva se presumirá si la discrepancia de precio alcanza unos umbrales preocupantes, en cuyo caso debería ser aplicable un régimen sancionador.

e) Modificación de la NRV 21ª del PGC y de los artículos 16.8 del TRLIS y 21 bis del RIS

Obsérvese que proponer que la regla de valoración sea estrictamente fiscal a través de la consignación de ajustes extracontables en la declaración del Impuesto sobre Sociedades, que tanto puede efectuar el sujeto pasivo como la Administración en el marco de un procedimiento de comprobación, es contrario al actual planteamiento de la NRV 21ª del PGC, de cuyo texto emana la obligación de contabilizar las operaciones vinculadas a valor razonable. Esta propuesta es tanto como dejar vacío de contenido el apartado 1 de la citada norma. Es más, el registro contable, también de las operaciones vinculadas, a valor de adquisición, simplemente supondría la no excepción para las operaciones intragrupo, integrándolas bajo la regla general, lo que a la práctica, como digo, significaría la supresión del apartado 1 de la NRV 21 del PGC.

A su vez, en mi opinión, tampoco le correspondería al PGC obligar al sujeto pasivo a registrar contablemente la operación híbrida según su realidad económica, de suerte que contablemente no existiría una diferencia de renta, en

tanto el valor de registro de la transacción sea el de adquisición y no el valor razonable.

Dicho esto, uno podría pensar que la devolución del exceso de fondos, mediante la apertura de una cuenta a pagar y a cobrar es otra manera de calificar la operación secundaria como préstamo presunto y por tanto, sí tendría sentido su regulación. No le faltaría razón a este razonamiento, al que, más allá de concebir la devolución del exceso de renta como otra operación vinculada, lo cierto es que, en caso de ser ésta la regla general, la misma debería regularse en una disposición especial, como bien hace la regulación americana.

En suma, siendo fiel y coherente a mi razonamiento, entiendo que la regla de calificación entendida como repatriación del exceso de tesorería, no deja de ser un préstamo presunto (sin intereses) que debería registrarse en la contabilidad de las partes implicadas, y como tal la normativa contable debería recoger el detalle de su funcionamiento (cuentas a utilizar, plazo de pago, moneda, etc., extremos todos ellos susceptibles de pacto en un procedimiento amistoso). A su vez, la normativa fiscal, en su artículo 16.8 del TRLIS, debería remitir tanto al sujeto pasivo como a la Administración a dicha disposición contable, siendo ambos los destinatarios de este mandato legal, lo cual equivaldría a derogar por completo el actual redactado del artículo 16.8 del TRLIS así como su correspondiente desarrollo reglamentario previsto en el artículo 21 bis del RIS. Piénsese que la repatriación del excedente de fondos pasa por alterar la contabilidad, no así la base imponible, luego debería ser una norma contable la que estableciera los detalles específicos de este reembolso.

f) Modificación del término “ajuste secundario”

Por último, tomando en consideración que el término “ajuste secundario” se utiliza, tanto por las legislaciones domésticas, como por la OCDE y el EU JTPF como sinónimo de calificación como dividendos o aportación de capital, debería plantearse la posibilidad de suprimir el vocablo “ajuste secundario” de nuestro artículo 16.8 del TRLIS. De hecho, ni la regulación estadounidense ni el *soft law* internacional entienden como calificación el préstamo, aunque a mi modo de ver, realmente es manera de calificar un exceso de beneficios. Sin embargo, cierto es que si se concibe el préstamo como una mera repatriación de capitales, sin

intereses, podría entenderse como una vuelta al punto de partida de la operación si la misma hubiese respetado el principio de *arm's length*. En otras palabras, restituir a cada parte lo que legítimamente es suyo, lo cual nada tiene que ver con una presunción de voluntad de creación de un nuevo hecho imponible como un reparto de dividendo, una aportación de capitales ni qué decir de una donación.

Por tanto, quizás lo más acertado sería que el artículo 16.8 del TRLIS simplemente se limitase a remitir al contribuyente a una disposición especial del PGC que estableciese cómo debe materializarse la devolución del exceso de fondos, suprimiendo el término de ajuste secundario evitando así confusiones terminológicas y a la vez estando en línea con lo mencionado en las Directrices de la OCDE y por el EU JTPF.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Los ajustes de corrección valorativa (primario y bilateral) practicados en una operación vinculada no solventan el exceso de fondos que se traslada de una parte vinculada a la otra.

En línea con las Directrices de la OCDE sobre precios de transferencia, los ajustes primario y bilateral alteran la atribución de beneficios modificando así la base imponible de cada parte interviniente en una transacción vinculada. Ahora bien, la sola aplicación de los ajustes de valoración no es equiparable a la situación financiera que tendrían las sociedades si se hubiese convenido un valor de mercado. De hecho, tras la consignación de los ajustes de valoración se pone de manifiesto una discrepancia entre la situación patrimonial (registro contable de la transacción) y la situación fiscal (base imponible), de tal suerte que una parte posee un excedente de fondos en detrimento de la otra.

Precisamente por ello, creo que es importante prever una regulación específica para esta situación, de lo contrario, se caería en el error de considerar que la aplicación de los ajustes valorativos ya resuelve la vulneración del principio de *arm's length*. Ciertamente, las bases imponibles necesitan de los ajustes primario y bilateral para adecuar su tributación al valor de mercado, pero ello no desvirtúa el hecho que una de las partes mantiene en sus registros contables un exceso de tesorería que no le corresponde, siendo necesario conciliar la base contable y fiscal.

A mi modo de ver, creo que lo que debería esperarse de una regulación sobre precios de transferencia es que la misma sea completa, en la medida en que posicione a las partes a la situación tributaria y contable que hubiesen tenido se si hubiese respetado el principio de plena competencia. Ello por tanto incluye, no sólo prever reglas de valoración que modifiquen la base imponible, sino también una normativa específica que más que crear ficciones jurídicas, “devuelva” a las partes a la posición contable que hubieran registrado de valorar a mercado la operación.

SEGUNDA: La existencia de una dualidad normativa (contable y fiscal) que regula las operaciones vinculadas, tanto en su regla de valoración como de calificación, genera muchísimos más conflictos que los que pretende resolver.

A pesar de haber regulado desde sus inicios la regla de valoración a través, únicamente, de ajustes extracontables, el legislador español en la actualidad, ha efectuado una doble regulación de las operaciones vinculadas, de suerte que tanto la normativa contable como la fiscal contienen en sus textos legales normas específicas de valoración así como de calificación para transacciones realizadas entre partes vinculadas. A pesar de basarse ambas normativas en los dos mismos principios: necesidad de valorar las transacciones por su valor de mercado y prevalencia del fondo sobre la forma, la realidad nos indica que existen multitud de aspectos controvertidos que hacen de esta regulación dual una fuente inagotable de generación de situaciones conflictivas y de inseguridad jurídica.

Así, las normas contable y fiscal a pesar de su aparente uniformidad de criterio, divergen en tres aspectos fundamentales como son:

- i. La no idéntica coincidencia entre el valor de mercado y el valor razonable, aunque en la mayoría de ocasiones coincidirá por tener ambos el mismo mercado de referencia.
- ii. Distinta norma de calificación. Mientras la regulación contable deja a la subjetividad del sujeto pasivo el registro contable de aquellas cuentas que reflejen mejor la realidad económica de la operación, la norma fiscal apuesta por exigir calificaciones apriorísticas en supuestos de vinculación socio y sociedad y exigir para el resto de supuestos el tratamiento fiscal según la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto.
- iii. No coincidencia en el perímetro de vinculación, siendo el concepto de partes vinculadas más amplio en la norma fiscal que en la regulación contable; luego existen operaciones a las que se les debe aplicar el mandato fiscal de valoración y calificación del artículo 16 del TRLIS y 21bis del RIS pero no la NRV 21^a del PGC.

El hecho de regular cada parcela como si fuese independiente de la otra se aleja de aquello que se le presupone al legislador, que no es más que una visión de conjunto respecto las soluciones jurídicas propuestas.

TERCERA: La no coincidencia entre las normativas contable y fiscal avala la realización de ajustes extracontables por parte del contribuyente.

Únicamente en los supuestos de coincidencia absoluta en cuanto al valor de mercado (razonable), calificación y perímetro de vinculación de una transacción, el cumplimiento de la normativa contable implica el cumplimiento de la normativa fiscal. En estos supuestos idílicos y escasos, la norma contable excluye la fiscal. *A sensu contrario*, si existen divergencias en cuanto a los valores (razonable o de mercado), a las reglas de calificación o por supuesto, respecto el concepto de grupo contable y fiscal, entiendo que la única manera de poder cumplir con ambas normativas es mediante la realización de ajustes extracontables. De hecho, la propia Administración ya admitió esta posibilidad a través de una conocida circular interna de fecha 24 de abril de 2008 pero curiosamente sólo se refiere a los escasos supuestos en los que el valor de mercado no coincida con el valor razonable. Pero nada menciona acerca de las otras divergencias que pueden existir entre ambas normativas, como la no coincidencia en el perímetro de vinculación.

A estos efectos, me uno a la petición formulada por la mayoría de la doctrina, la cual solicita un pronunciamiento claro por parte del legislador sobre la procedencia o no de efectuar ajustes extracontables por parte del contribuyente en la autoliquidación del impuesto cuando el registro contable de la operación no se adecue al principio de plena competencia.

En este sentido, simplemente indicar que la polémica no únicamente se centra en la posibilidad de efectuar ajustes extracontables sino también en el sentido de los mismos. En mi opinión, y tomando en consideración que el artículo 16.1 del TRLIS es un mandato objetivo dirigido tanto al sujeto pasivo como a la Administración y que el mismo no depende del efecto tributario que pudiera ocasionarse (pues no se exige con la actual normativa un diferimiento o ahorro

tributario), debería permitirse la realización de ajustes extracontables negativos en la autoliquidación del IS por parte del contribuyente, como a su vez, lo aceptan otras legislaciones extranjeras, tales como la estadounidense y la alemana.

Habida cuenta pues de los conflictos que genera la confusión del texto legal, deviene urgente una regulación más expresa en la materia que clarifique no únicamente si el sujeto pasivo puede o no efectuar ajustes extracontables, sino también si éstos pueden ser sólo de signo positivo o también se admite el ajuste extracontable negativo.

CUARTA: La aplicación de la NRV 21ª afecta a los otros socios que no han intervenido en la operación vinculada. Teoría de la protección de los terceros de buena fe.

El hecho de registrar contablemente la operación secundaria, como lo es un reparto presunto de dividendos, supone el registro de una disminución de reservas, lo cual implica una reducción de los fondos propios de la participada que incidirá directamente en el valor de la inversión; de modo que todos los socios, también aquellos que nada han tenido que ver con la transacción, verán alterado el valor de su participación. En mi opinión, únicamente aquellas partes que han sido parte activa en la transacción, deben sufrir las consecuencias de no haber pactado un precio amparado por el principio de *arm's length*; no así el resto de accionistas.

QUINTA: La norma contable que regula las transacciones entre empresas del mismo grupo debería basarse en el valor de adquisición (no razonable)

La regla general idealmente concebida por los defensores de la regulación contable, pasa a ser excepcional, en tanto existen multitud de escenarios en los que dos partes son vinculadas a nivel fiscal en virtud del artículo 16.3 del TRLIS, pero no son grupo a nivel contable, en cuyo caso, se registra la operación a valor convenido y a su vez, se cumple el mandato fiscal de valoración y de calificación mediante ajustes extracontables. Siendo ello así en

un porcentaje elevado de operaciones, sólo hay dos opciones: o se adapta el concepto fiscal de “partes vinculadas” y se asimila al concepto de grupo contable, o bien se opta por el criterio de valoración general que el PGC aplica al resto de operaciones, esto es, el valor de adquisición, en lugar de alterar el criterio en el caso de transacciones vinculadas. A mi entender, la norma contable podría haberse limitado a reflejar contablemente el coste real de la operación y dejar en manos de la regulación fiscal el mandato de valoración a través de ajustes extracontables (ajuste primario y bilateral). Con ello, se evitaría la actual confusión que supone otorgar el mismo tratamiento tributario a transacciones con distinto registro contable.

SEXTA: El mandato de neutralidad fiscal afecta en exclusiva al ajuste de valoración, no al de calificación.

El mandato de neutralidad fiscal que emana del artículo 16.1.2º del TRLIS, en virtud del cual no se permite que la valoración administrativa determine una tributación por el IS, IRPF o IRNR de una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de personas o entidades que las hubieran realizado, avala la existencia del ajuste bilateral, y en mi opinión no afecta al ajuste secundario, sino exclusivamente a la regla de valoración.

Entiendo que ello es así, no sólo porqué dicha disposición está ubicada en el texto legal justo en el párrafo en el que da entrada al ajuste bilateral, sino especialmente porqué la propia esencia del ajuste secundario, en tanto regla de calificación, genera situaciones que inevitablemente producirán una situación de doble imposición, respecto las cuales puede decirse lo que se estime oportuno salvo que producen neutralidad fiscal. A su vez, inclusive la aplicación de la propia regla de valoración a través de los ajustes primario y bilateral no alcanza siempre el ansiado mandato de neutralidad fiscal, por cuanto los tipos de gravamen entre el IRPF e IS difieren, o aún no siendo así, por tratarse de un activo cuyo mayor o menor gasto se diferirá en el tiempo a través de las oportunas amortizaciones o en el momento de su transmisión.

SÉPTIMA: El ajuste secundario depende de la aplicación del ajuste primario, por lo que puede predicarse la compatibilidad absoluta entre los ajustes de valoración (primario y bilateral) y el ajuste secundario.

El ajuste primario, bilateral y secundario, según el texto legal vigente, pueden y deben aplicarse conjuntamente, aunque la conjunción de sendos ajustes podrá dar lugar a situaciones de lo más variadas; desde la doble imposición final, hasta inclusive la desimposición, pasando también por situaciones en las que el efecto impositivo del ajuste secundario quedaría eliminado por los propios mecanismos previstos en nuestra legislación doméstica que evitan la doble imposición interna e internacional.

OCTAVA: El ajuste secundario es un mandato legal, imperativo y de aplicación automática que entra en contradicción con los postulados de la OCDE.

Con todos los defectos de los que adolece el actual ajuste secundario, el mismo se configura como un mandato legal, automático y obligatorio, que se aplica bajo el cumplimiento de dos premisas básicas: a) que se efectúe una transacción entre dos partes vinculadas según dispone la enumeración del artículo 16.3 del TRLIS, y b) que se haya pactado un precio que difiera del valor de mercado, sin tener en cuenta la existencia de una voluntad elusiva. El cumplimiento de estas dos condiciones supondrá la corrección valorativa de la operación a través de un ajuste primario, luego también la obligación de practicar el ajuste secundario.

El hecho que se configure el ajuste secundario como una consecuencia del ajuste primario es contrario a los postulados de la OCDE, quien ha expresado su deseo de que, en caso de regulación doméstica por parte de los Estados, se procure minimizar los riesgos de doble imposición, así como enlazarlo a comportamientos que denoten voluntad de elusión fiscal. A la vista está que la regulación de nuestro ajuste secundario no sigue las recomendaciones internacionales.

NOVENA: El ajuste secundario no siempre alcanza un impacto recaudatorio.

El impacto real del ajuste secundario dependerá de los mecanismos internos que disponga la regulación doméstica para neutralizar o minimizar su impacto en la cuota tributaria. En términos generales, y sin entrar en casos particulares, se adjunta un breve resumen:

- i. Supuestos en los que la aplicación del ajuste secundario no supone una tributación adicional:
 - a. Si el socio es una persona jurídica, tanto si la filial es residente o no residente, la obtención de una distribución presunta de dividendos no alcanzaría a producir una tributación adicional, en la medida en que se apliquen mecanismos que pueden llegar a neutralizar por completo el efecto impositivo del dividendo, ya sea de fuente interna (artículo 30.2 del TRLIS), como de fuente extranjera (artículo 21 del TRLIS como mecanismo de exención o los artículos 31 y 32 del TRLIS como mecanismo de imputación).
 - b. En el sentido inverso de la operación, es decir, cuando favorece a la participada, la calificación de la operación secundaria como una aportación encubierta de fondos tampoco supone tributación alguna. En cualquier caso, la posible aplicación de la deducción prevista en el artículo 30.5 del TRLIS ante una eventual transmisión de la participación, podría suponer dejar la cuota tributaria exactamente igual que si no se hubiese incrementado el valor fiscal de la participación.
- ii. Supuestos en los que la aplicación del ajuste secundario supone una tributación adicional:
 - a. Únicamente si es persona física (residente o no residente) la calificación como dividendos supondrá un incremento de su base de ahorro a partir de 1.500 euros. Aún así, si el ajuste bilateral

practicado supone una disminución de la base general, teniendo en cuenta los distintos tipos impositivos que gravan ambas bases, pudiera ocurrir que el efecto global de la aplicación de los ajustes de valoración y calificación fuese negativo.

- b. La parte calificada como “utilidad percibida por la condición de socio” o “liberalidad”, supondrán siempre un incremento de tributación al carecer las mismas de mecanismos que alivien la doble imposición que han sufrido.
- c. En caso de operaciones internacionales, pudiera ocurrir que un Estado reconozca la distribución de dividendos y por ende practique la oportuna retención, pero el Estado receptor de los mismos no admita la posibilidad de aplicar el método de exención o imputación, simplemente por no reconocer el dividendo presunto.

A estos efectos, más bien pareciera que el legislador, consciente de estar aplicando la calificación estándar igual que otras soberanías fiscales respecto el exceso de renta como “dividendo o aportación encubierta”, y a sabiendas de la falta de incremento recaudatorio que supondría la aplicación de los mecanismos que nuestra legislación prevé para evitar la doble imposición, se hubiera afanado en crear otras ficciones jurídicas (utilidades o liberalidad) con el único propósito de obligar al contribuyente a asumir un sobre coste por el hecho de no haber pactado precios de mercado, con o sin voluntad de elusión fiscal.

DÉCIMA: El ajuste secundario en su regulación vigente adolece de numerosos y severos defectos.

a) Inexistencia de un procedimiento específico que regule su aplicación:

Se carece de un cauce procedimental expresamente definido para la aplicación del ajuste secundario, a diferencia de la aplicación del ajuste primario y bilateral que sí gozan de un detalle procedimental en el artículo 16.9 del TRLIS y el artículo 21 del RIS.

b) Inseguridad jurídica acerca de cuándo efectuar el ajuste secundario

ante un procedimiento de comprobación: Como consecuencia del silencio procedimental sobre la cuestión, ante un procedimiento de comprobación, no se sabe cuándo debería el ajuste secundario desplegar sus efectos. Teniendo en cuenta que su razón de ser parte de la existencia del ajuste primario, y en aras a evitar una posible prescripción del ejercicio, abogo por entender que el ajuste secundario debería quedar condicionado a la firmeza alcanzada por el ajuste primario, exactamente igual que sucede con el ajuste bilateral.

c) Inseguridad jurídica respecto la posibilidad de sancionar la falta de aplicación o la aplicación incorrecta del ajuste secundario:

El silencio normativo deja sin resolver si ante la no aplicación del ajuste secundario o aplicación incorrecta del mismo, la Administración debe recurrir al régimen sancionador específico para operaciones vinculadas previsto en el artículo 16.10 del TRLIS o bien al régimen sancionador general previsto en la LGT. A mi modo de ver, el artículo 16.10 del TRLIS no define como tipo infractor la aplicación incorrecta del ajuste secundario (únicamente se basa en el incumplimiento de las obligaciones de documentación y en la utilización de valores que no se deriven de esta documentación) por lo que el régimen sancionador del artículo 16.10 del TRLIS no debería ser aplicable al ajuste secundario. Afirmar lo contrario, sería tanto como vulnerar el principio de tipicidad previsto en el artículo 25.1 de la CE.

d) Inseguridad jurídica respecto el destinatario final del mandato fiscal:

El silencio normativo invita a la doctrina a elucubrar si el artículo 16.8 del TRLIS se dirige sólo a la Administración o también al sujeto pasivo. En cualquier caso, el texto legal debería clarificar uno de los aspectos más importantes de cualquier norma jurídica, esto es, a quién va dirigida. Piénsese que la confusión sobre esta cuestión no permite saber si el contribuyente puede aplicar el ajuste secundario una vez la Administración haya efectuado los preceptivos ajustes de valoración en el marco de un procedimiento de comprobación, o bien, directamente es la Administración, con audiencia previa a obligado tributario, quien calcula y aplica el ajuste secundario.

Obsérvese cuán necesario es que se especifique quién es el receptor del mandato fiscal derivado del ajuste secundario, pues de ser únicamente la Administración, no procedería sanción por aplicación incorrecta. Precisamente por ello, y en línea con la corriente de opinión mayoritaria, concibo el ajuste secundario como una obligación tributaria dirigida tanto a la Administración como a contribuyente.

e) Excesiva automaticidad del ajuste secundario: Poco importa la voluntad elusiva de las partes en la concreción de un precio, el ajuste secundario se aplicará siempre que objetivamente se produzcan los prepuestos exigidos por la normativa (operación vinculada y precio convenido que no coincida con el valor de mercado). Existe, por tanto, una presunción *iuris tantum* de voluntad de fraude. En concreto, la presunción deviene *iuris tantum* debido al apartado 3º del artículo 21bis del RIS, el cual permite al contribuyente probar una causa distinta que las expresamente establecidas por la ley.

f) Posible inconstitucionalidad del ajuste secundario: El artículo 21bis del RIS podría vulnerar dos principios constitucionales básicos, a saber, el principio de capacidad económica y el principio de reserva de ley. A mi entender, el principio de capacidad económica podría quedar “rescatado” por el artículo 21bis.3 del RIS que flexibiliza la rigidez de las calificaciones apriorísticas que emanan del texto legal. No así el principio de reserva de ley, que sufre una clara vulneración al regular vía reglamentaria nuevos hechos imposables.

Cabe señalar que, a fecha de finalización del presente trabajo, el TS está pendiente de dictar sentencia sobre la declaración de nulidad del artículo 21bis del RIS, entre otros.

g) El ajuste secundario implica la compleja existencia de fondos propios contables y fondos propios “fiscales”: La actual redacción del artículo 16.8 del TRLIS propicia la existencia, no sólo de un valor contable de la participación del socio que difiere del valor fiscal, sino también la existencia de fondos propios contables y fondos propios fiscales, los

cuales, en un ejercicio de coherencia, deberían tenerse en cuenta para todos aquellos cálculos respecto los cuales la normativa fiscal los toma como punto de partida (ej. corrección monetaria del artículo 15.9 del TRLIS). Ello supondría una complejidad en los cálculos carente de todo sentido; más si cabe, teniendo en cuenta que esta “aportación al capital fiscal” no podría ser distribuida al socio como beneficio, en tanto no se trata de reservas.

h) Silencio normativo acerca de la posible incompatibilidad entre el ajuste secundario y su relación con otros regímenes especiales.

Inseguridad jurídica: La entrada en vigor del ajuste secundario podría suponer, en teoría, el desplazamiento de otros regímenes especiales cuya esfera de regulación podría ser coincidente (régimen de valoración del artículo 15 del TRLIS, régimen de retribución en especie o TFI). Sería deseable que el legislador se pronunciara acerca de la incompatibilidad entre ellos o de la primacía de uno sobre el otro.

i) Manifiesto incumplimiento del Derecho Mercantil: Existen tres incumplimientos flagrantes de la regulación mercantil, a saber:

- i. El Derecho Mercantil no concibe un reparto de dividendos que no sea proporcional a la participación que ostenta cada socio. El hecho que únicamente se distribuya beneficio a un único socio, es decir, aquél que ha efectuado la operación vinculada, es justamente lo que sirve de fundamento para afirmar que se transgrede la normativa mercantil y su principio básico de proporcionalidad, cuestión ésta que ya fue alertada por la OCDE en sus *Guidelines* sobre TP.
- ii. También en el caso de trasvase de fondos del socio a favor de la filial existe de nuevo incumplimiento de la normativa mercantil, dado que la aportación de un solo socio debería incrementar su porcentaje de participación a la vez que disminuiría el del resto de los socios, hecho éste no contemplado en el artículo 16.8 del TRLIS, ni tan siquiera en la NRV 21ª de PGC.

iii. Por último, reiterar que también en operaciones vinculadas entre la sociedad y el administrador, la calificación del exceso de renta como rendimiento del trabajo podría suponer una nueva infracción del Derecho mercantil, al no respetar los límites cuantitativos que en determinados supuestos exige la LSC cuando la remuneración del administrador tenga como base la participación en beneficios (artículo 218 LSC).

j) El ajuste secundario como generador de situaciones de doble imposición: El hecho de calificar al exceso de renta que no se corresponde con el porcentaje de participación como “utilidad percibida por la condición de socio” o bien como “liberalidad”, genera claramente una situación de doble imposición, contraria a las directrices de la OCDE. Además, no existe en nuestro Derecho comparado un antecedente similar, de suerte que el legislador español ha sido pionero en fragmentar la calificación del exceso de renta en función del porcentaje de participación.

En este sentido, si tuviera que identificar el aspecto más negativo de la regulación del ajuste secundario sería sin lugar a dudas, la existencia de una doble calificación de las rentas en función del porcentaje de participación. La creación de ficciones jurídicas es siempre un terreno complicado pero si la misma tiene como fundamento la manipulación artificiosa de la realidad hasta unos límites carentes de todo sentido, se convierte en un auténtico despropósito.

k) Afectación de terceros accionistas que no han participado en la operación: Como ya se ha indicado a la largo del trabajo, considero imprescindible que únicamente las partes que han participado directamente en la operación, y que por ende, han convenido el precio, sean las que estén afectadas por las consecuencias de la calificación del ajuste secundario. Tal y como está vigente la regulación actual, la incidencia en terceros sobre la calificación del exceso difiere en función de si se ha registrado contablemente la operación híbrida, o si por el contrario, se ha aplicado directamente la regulación fiscal vía ajuste extracontable, en cuyo caso el impacto será menor.

1) Imposibilidad de dar solución a la casuística de operaciones vinculadas. Regulación insuficiente. Inseguridad jurídica: Como última crítica, no puede dejar de mencionarse el hecho que el ajuste secundario es de obligada aplicación ante una operación efectuada entre partes vinculadas, entendiendo como vinculadas, las señaladas en el apartado 3º del artículo 16 del TRLIS, pero en cambio únicamente establece calificaciones apriorísticas respecto de la relación socio-sociedad. La gran variedad de transferencias que pueden originarse entre partes vinculadas no estando directamente participadas, enciende el debate acerca de la necesidad de crear una multiplicidad de ficciones jurídicas carentes de todo sentido.

UNDÉCIMA: Falta de homogenización fiscal en la regulación del ajuste secundario. Dispersión normativa.

Pocos han sido los Estados que han visto la necesidad de regular la tributación de la operación secundaria que se “oculta” tras una transacción vinculada. Curiosamente, y con importantes matices, la mayoría de los Estados que regulan el ajuste secundario han optado por la calificación del excedente de fondos como distribución de dividendos o aportación de capital, siendo una minoría aquéllos que se atreven a abordar la figura del préstamo. Sin embargo, tanto la OCDE como el EU JTPF contemplan la repatriación del exceso de tesorería como una de las opciones más válidas (o préstamo sin intereses). En este sentido, indicar que entre las legislaciones extranjeras estudiadas, únicamente la estadounidense cuenta con una regulación expresa que contempla un procedimiento específico de calificación como préstamo, concebido como una vía de escape a la aplicación del ajuste secundario.

DUODÉCIMA: Propuesta concreta de regulación: devolución del exceso de fondos

Mi propuesta de regulación parte de una concepción objetiva, tanto de la regla de valoración como de la regla de calificación, en consonancia con el mandato de la OCDE respecto la finalidad última de la normativa de operaciones

vinculadas, que no es otro que el de la distribución real de renta. Siendo ello así, a mi entender, no puede predicarse una norma de calificación con tintes penalizadores que presuma una voluntad elusiva, más teniendo en cuenta que en frecuentes ocasiones la diferencia en el valor convenido puede deberse simplemente a discrepancias en los criterios de valoración.

Por tanto, en mi opinión, la solución que ofrecería más garantías de éxito y eliminaría la gran mayoría de defectos de los que adolece nuestro actual ajuste secundario, sería apostar por una devolución ágil y rápida de los fondos, es decir, repatriar el exceso de renta indebidamente satisfecho a una parte vinculada en detrimento de la otra. En este sentido, podría equiparse la devolución del exceso de fondos a un préstamo sin intereses, luego siendo “otra” operación vinculada podría pensarse en la necesidad de generar unos intereses acorde con el principio de *arm’s length*. Sin embargo, si el legislador es flexible en cuanto a la necesidad de carga financiera y simplemente se concibe esta solución como una repatriación o restitución del excedente de renta, no debería tener la consideración de un ajuste de calificación, sino simplemente de una mera devolución de aquellos flujos monetarios que una parte vinculada no hubiese recibido de haber convenido un precio acorde al valor de mercado.

a) Motivos que avalan la propuesta. Me parece la solución más óptima al resolver los siguientes aspectos conflictivos que sí genera la actual redacción del ajuste secundario:

- i. No generaría situaciones de doble imposición.
- ii. Podría dar respuesta a todas las operaciones vinculadas, no únicamente la que parte de la relación socio-sociedad.
- iii. No generaría incongruencias con el Derecho mercantil.
- iv. El resto de socios que no han participado en la transacción vinculada no verían alterado el valor de su inversión, como sí sucede actualmente cuando se aplica la NRV 21^a del PGC.
- v. Si se optara por una devolución del exceso de fondos en sustitución del ajuste secundario y la NRV 21^a del PGC aplicara el principio general de

valor de adquisición también para las transacciones vinculadas, no habría la actual tensión normativa entre la NRV 21ª del PGC y el artículo 16.8 del TRLIS.

- vi. No se vulneraría ningún principio constitucional en la medida en que se trata de restituir un excedente de fondos a su legítimo propietario.

b) ¿Cómo implementar esta medida? A mi modo de ver, tomando como base la esencia de la regulación estadounidense pero con matices sustanciales.

- i. Esta devolución no debería conceptualizarse como un préstamo ordinario sino como una devolución, restitución o repatriación del exceso de fondos. Siendo así, no debería generar intereses ni en operaciones internas (que en mi opinión, sí deben cumplir la regla de valoración) ni en internacionales.
- ii. El desarrollo reglamentario de esta disposición debería especificar los detalles de esta devolución (cuentas a registrar, plazo, moneda, etc.).
- iii. A diferencia de la solución americana, la restitución del exceso de fondos debería ser obligatoria, pues si la opcionalidad pasa por calificar el excedente de renta como dividendo o aportación, sabiendo los conflictos jurídicos que su aplicación genera, no creo que merezca la pena asumir el riesgo. La aplicación del ajuste secundario no debería ser una opción.
- iv. Salvo solicitud formal por parte del contribuyente, considero más acertado y menos compleja la satisfacción de la deuda mediante una devolución ordinaria de tesorería, que no a través de recalificaciones de flujo de rentas.
- v. La repatriación del exceso de fondos debería ser un mandato dirigido indistintamente a la Administración como al contribuyente (ya sea persona física o jurídica, y no únicamente a las entidades como así lo prevé la normativa americana).

DECIMTERCERA: Eliminación de los artículos 16.8 del TRLIS y 21bis del RIS y modificación de la NRV 21ª del PGC.

Optar por una regla de valoración fiscal y no contable, en la medida en que la operación vinculada debería, a mi juicio, estar registrada contablemente a valor de adquisición y que se consigne el valor de mercado a la base imponible a través de ajustes extracontables, implicaría una modificación radical del actual redactado de la NRV 21ª del PGC. Además, al registrar la operación por su valor convenido, ya no habría necesidad de registrar contablemente la operación híbrida por no aflorar contablemente ninguna diferencia de valores.

A su vez, debería existir una disposición en la normativa contable que especificara cómo proceder a la restitución de exceso de fondos, a la que podría remitirse el propio artículo 16 del TRLIS. Ello significaría eliminar por completo los artículos 16.8 del TRLIS y 21bis del RIS.

DECIMOCUARTA: Sustitución del término “ajuste secundario” por el de “devolución o repatriación del exceso de fondos”

Al no concebir la devolución del exceso de fondos como un préstamo ordinario, sino como una mera repatriación de capitales que devuelve a las partes a la situación financiera que hubiesen tenido desde el inicio si se hubiese convenido un precio de mercado, entiendo que no se está ante una verdadera regla de calificación en la medida en que no nace un nuevo hecho imponible. En consecuencia, considero oportuno suprimir el concepto de “ajuste secundario” y que el texto legal haga referencia a un nuevo concepto de “devolución o repatriación de fondos”, estando así en línea con la terminología utilizada por la OCDE o el EU JTPF.

CONCLUSIONS (English)

FIRST: The valuation adjustments (primary and bilateral) applied to a related-party transaction do not settle the funds excess, which is transferred from a related-party to the other.

In line with the OECD guidelines on transfer pricing, the primary and bilateral adjustments after the attribution of profits, thus modifying the tax base of each participating party to a related-party transaction. However, the single application of the impairment loss adjustments is not comparable to the financial position that companies would have if a market value had been agreed. In fact, after the provision of valuation adjustments reveals a discrepancy between the sheet positions (accounting for the transaction) and the tax status (tax base) in such a way that a part has a surplus of funds to the detriment of the other.

Precisely for this reason, I think it is important to provide specific regulations for this situation, otherwise, considering the application of impairment loss adjustments is enough to resolve the violation of the arm's length principle would be a mistake. Indeed, the tax bases need the primary and bilateral adjustments to adapt their taxation at the market value, but this fact does not detract from the fact that one party maintains in its accounting records an excess of liquid assets that does not correspond to it, being necessary to reconcile the accounting and tax bases.

From my point of view, I believe what should be expected from a regulation on transfer pricing is that such one is complete, to the extent that it positions the parties to the tax and accounting situation that they would have had if the arm's length principle had been respected. This includes, therefore, not only providing valuation rules that modify the tax base, but also more specific regulations that apart from creating fictions legal, "return" to the parties to the accounting position they would have registered if they had valued the operation at mark-to-market.

SECOND: The existence of a dual regulation (accounting and tax) governing the related-party transactions, both in its valuation and in its qualification, generates many more conflicts than those which seeks to solve.

Despite having regulated from its beginnings the valuation rule solely through off-balance sheet adjustments, the current Spanish law has made a double regulation of the related-party transactions, so that both the tax and accounting rules contain, in their corresponding legal texts, specific valuation and qualifying regulations for transactions between related-parties. Although both regulations are based on the same two principles: the need to value transactions by their market value and the prevalence of their substance over their form, reality tells us that there are many controversial aspects that make this dual regulation an inexhaustible source of generation of conflict situations and legal uncertainty.

Thus, accounting and tax rules, despite their apparent uniformity of criteria, differ in three fundamental aspects such as:

- i. The non-identical match between the market value and fair value, although in most cases it will coincide by having both the same reference market.
- ii. Different qualifying standard. While the accounting regulation leaves to the taxpayer's subjectivity the accounting records for those accounts better reflecting the economic reality of the transaction, the tax rules are committed to require priori valuations in case of partner and society link (secondary adjustments) and to demand for all other cases the tax treatment according to the nature of the incomes disclosed.
- iii. No match at the perimeter entail, being the related-parties concept broader in the tax law than in the accounting regulation; thus there are operations that should be applied the valuation and qualification tax mandate of Article 16 of the Corporate Income Tax Law (from now on, CITL) and 21bis of the Corporate Income Tax Regulation (from now on,

CITR) but not the Accountability and Measurement Rules 21st of the General Accounting Program (from now on, AMR 21st of the GAP)

The fact of regulating each plot as if it was independent of the other, is the result of a limited vision that goes away from what is assumed to the legislator, which is just an overview regarding the proposed juridical solutions.

THIRD: The mismatch between the accounting and tax legislation justifies undertaking the off-balance sheet adjustments by the taxpayer.

Only in cases of absolute agreement as to the market value (fair value), the qualification and entail perimeter of a transaction, the compliance with the accounting regulations involves the compliance with the tax legislation. In these idyllic and few cases, the accounting standard excludes the tax one. *A sensu contrario*, if differences exist in terms of values (fair value or market value), the qualifying regulations or, of course, concerning to the concept of accounting and tax group, I understand that the only way to meet both regulations is through conducting off-balance sheet adjustments. In fact, the Administration already admitted this possibility through a known internal circular from the 24th of April 2008, but curiously it only refers to the few cases in which the market value does not match the fair value. But it mentions nothing about the other differences that may exist between both regulations, as the mismatch on the entail perimeter.

To this end, I join the request defended by the majority of the doctrine, which calls for a clear statement by the legislator on the suitability or not of carrying out off-balance sheet adjustments by the taxpayer in the tax self-assessment when the accounting register of the operation does not fit the arm's length principle.

In this regard, I simply want to indicate that controversy not only focuses on the possibility of carrying out off-balance sheet adjustments, but also in their sense. In my opinion, and considering that Article 16.1 of the CITL is an objective mandate aimed at both the taxpayer and the Administration, and which does not depend on the tax effects that may arise (as deferral or tax savings are not required under the current regulation), the taxpayer should be

allowed to apply negative off-balance sheet adjustments in the Corporate Income Tax (from now on, CIT) self-assessment, and in turn, other foreign laws accept it, such as the U.S. and Germany laws.

Thus, taking into account the conflicts generated by the confusion of the legal text, a more explicit regulation on the subject becomes urgent in order to clarify not only where the taxpayer may or may not apply off-balance sheet adjustments, but also whether these ones can only be only positive or a negative off-balance sheet adjustment can also be supported.

FOURTH: The implementation of the AMR 21st affects other shareholders who were not involved in the related-parties transaction. Theory of the protection of third parties in good faith.

The fact of accounting for the secondary operation, such as an alleged dividends distribution, involves registering a decrease in reserves, implying a reduction in the funds of the investee that will directly affect the value of the investment; in such a way that all shareholders, even those that had nothing to do with the transaction will suffer an alteration of the value of their share.

In my opinion, only those parts that have been actively involved in the transaction must suffer the consequences of not having agreed a price covered by the principle of arm's length; without affecting the other shareholders.

FIFTH: The accounting regulation governing transactions between companies of the same group should be based on the purchase price (not reasonable)

The general regulation ideally conceived by proponents of the accounting regulation, becomes exceptional, as there are many scenarios in which two parts are linked to tax level under Article 16.3 of the CITL, but they are not a group at an accounting level, in which case, the operation is registered at the agreed value and in turn, the valuation and qualification tax mandate is met by means of off-balance sheet adjustments. Being so in a high percentage of operations, there are only two options: either the tax concept of "related parties" is adapted and assimilated to the concept of accounting group, or we

opt for the general valuation criteria applied by the GAP to other operations, that is to say, the purchase price, instead of altering the criteria in the case of related-parties transactions. In my view, the accounting regulation could have simply been limited to accountably reflecting the real cost of the operation and leave the valuation mandate to the tax regulations through off-balance sheet adjustments (primary and bilateral adjustments). In such way, the current confusion, which means executing the same tax treatment to different accounting transactions with a different accounting register, would be avoided.

SIXTH: The order of fiscal neutrality exclusively affects the valuation adjustment, not the qualifying one.

The order of fiscal neutrality emanating from Article 16.1.2° of the CITL, whereby the administrative valuation is not allowed to determine by the taxation by the CIT, the Personal Income Tax (from now on, PIT) or the Non-Resident Personal Income Tax (from now on, NRPIT) of a higher income to that actually derived from the operation for all the people or entities that had made it, supports the existence of a bilateral adjustment, and in my opinion it does not affect the second adjustment, but only the valuation regulation.

I understand that this is so, not only because that provision is located in the legal text right in the paragraph leading into the bilateral adjustment, but especially because the very essence of why secondary adjustment, as a qualifying regulation, creates situations that will inevitably produce a situation of double taxation, regarding which can be said what is considered appropriate except that they produce fiscal neutrality. In turn, including the application of the valuation regulation itself through the primary and bilateral adjustments, it does not always reach the coveted neutrality tax order, by means of which the types of tax rates between the PIT and the CIT are different, or even not being so, because it is an asset whose major or minor spending will differ in over time through the convenient depreciations or at the moment of its transmission.

SEVENTH: The secondary adjustment depends on the application of the primary adjustment, and consequently there can be an absolute compatibility between the (primary and bilateral) valuation adjustments and the secondary adjustment.

The primary adjustment, bilateral and secondary, according to the legal text in force, can and must be applied together, despite the combination of such adjustments may result in the most varied situations; from the final double taxation to the lack of taxation, as well as in situations in which the tax effect of the secondary adjustment would be removed by the same internal mechanisms that prevent the double domestic and international taxation.

EIGHTH: The secondary adjustment is a legal mandate, imperative and with an automatic application, that contradicts the principles of the OECD.

With all the defects vitiating the current secondary adjustment, it is set as a legal mandate, automatic and binding, applied under the fulfilment of two basic premises: a) a transaction between two related-parties according to the dispositions set in the enumeration of Article 16.3 of the CITL, and b) the agreement of a price that differs from the market value, regardless of the existence of an elusive wish. The fulfilment of these conditions will mean the correction of valuation of the operation through a primary adjustment and then, an obligation to apply the secondary adjustment as well.

The fact that the secondary adjustment is configured as a consequence of the primary adjustment is contrary to the principles set by the OECD, which has expressed its hope that, in case of a domestic regulation by the States, the risk of double taxation should be minimized, and besides that, it must be linked it to behaviours denoting the wish of tax avoidance. It is clear that the regulation of our secondary adjustment does not follow international recommendations.

NINTH: The secondary adjustment does not always achieve a revenue impact.

The real impact of the secondary adjustment will depend on the internal mechanisms set by the domestic regulation to neutralize or minimize its impact on the tax rate. In general terms, without going into specific cases, I attach here behind a brief summary:

i. Cases in which the application of the secondary adjustment means no additional taxation:

a. If the shareholder is a legal person, whether the subsidiary is resident or non-resident, the obtaining of an alleged distribution of dividends fails to produce an additional taxation, to which mechanisms that may get to completely neutralize the tax effect of the dividend can be applied, both from an internal source (Article 30.2 of CITL), and a foreign source (Article 21 of the CITL as a mechanism for exemption or the articles 31 and 32 of the CITL as a levy mechanism.

b. In the opposite sense of the operation, that is to say, when it is favourable to the investee, the qualification of the secondary adjustment providing undercover funds does not imply any taxation. In any case, the possible application of the levy referred to in Article 30.5 of the CITL to a possible transfer of the shares, could mean leaving the tax rate just as if the tax value of the shares had not been increased.

ii. Cases in which the application of the secondary adjustment is an additional taxation:

a. Only if it is an individual (resident or non-resident) the qualification as dividends will mean an increase of his savings base from 1.500 euros. Notwithstanding, if the bilateral adjustment applied involves a decrease in the overall basis, taking into account the different tax rates on both bases, it may be that the overall effect of the application of qualification and valuation adjustments was negative.

b. The qualified party as a "perceived usefulness for being a shareholder" or "liberality" will always represent an additional tax since they lack of the mechanisms to alleviate the double taxation they have suffered.

c. For international transaction, a State could recognize the dividends distribution and therefore could practice the corresponding withholding tax, but that the receiver State of the same state does not admit the possibility of applying the exemption method or complaint, simply for not recognizing the alleged dividend.

For this purpose, it rather seems that the legislator, aware of applying the standard qualification like other fiscal sovereignties regarding income excess as "uncovered dividend or contribution", and knowing the lack of a tax collection increase that would mean the application of our legislation, it provides mechanisms to avoid the double taxation, he would have made an effort to create other legal fictions (utilities or liberalities) for the sole purpose of forcing the taxpayer to take an extra cost for the fact of having failed to agree market prices.

TENTH: The secondary adjustment in its current regulation has numerous and severe defects.

a) Lack of a specific procedure governing its application: There is a lack of a procedural context specifically defined for the application of the secondary adjustment, unlike the application of primary and bilateral adjustments that do enjoy a procedural specification in Article 16.9 of the CITL and the Article 21 of the CITR.

b) Legal uncertainty about when a verification procedure must be applied to the secondary adjustment: Due to the procedural silence on the issue, with a verification procedure, it cannot be known when the secondary adjustment should apply its effects. Given that the reason for being part of the existence of the primary adjustment, and in order to avoid a possible exercise prescription, I understand that the secondary adjustment should be

conditional on the strength achieved by the primary adjustment, just as happens with the bilateral adjustment.

c) Legal uncertainty regarding the possibility of punishing the non-application or misapplication of the secondary adjustment: The regulatory silent leaves unresolved if in case of the non- application of the secondary adjustment or its misapplication, the Administration should apply the sanctioning regime specific for related-parties transactions under Article 16.10 of the CITL or the general system of penalties laid down in the General Tax Law (from now on, GTL). In my view, Article 16.10 of the CITL does not define as an offender type the misapplication of the secondary adjustment (only based on the unfulfilment of the obligations of documentation and the use of values that do not arise in this documentation) so the sanctioning regime of Article 16.10 of the CITL should not be applied to the secondary application. Asserting the contrary would be the same as violating the principle of authenticity under Article 25.1 of the Spanish Constitution.

d) Legal uncertainty regarding the final recipient of the fiscal mandate: The legislative silence invites the doctrine to consider whether Article 16.8 of the CITL is directed only to the Administration or the taxpayer as well. In any case, the legal text should clarify one of the most important aspects of any juridical rule, that is to say, to whom it is addressed. Consider the confusion on this issue does not reveal whether the taxpayer can apply the secondary adjustment once the Administration has made the mandatory valuation adjustments in the context of a verification procedure, or if it is the Administration, after previous hearing to the taxpayer, which calculates and applies the second adjustment.

Note how necessary it is to specify who is the recipient of the fiscal mandate derived from the second adjustment, because if it was only the Administration, no penalty for incorrect application would proceed. Precisely for this reason, and in line with the current majority opinion, I conceive the secondary adjustment as a tax obligation directed to both the Administration and the taxpayer.

e) Excessive automaticity of the secondary adjustment: The elusive will of the parties in the realization of a price is not important; since the secondary adjustment applies whenever the required budgets by the regulations are objectively produced (when the related-party transaction and the price agreed that does not match the market value). There is, therefore, a *iuris tantum* presumption of fraud will. Specifically, the presumption becomes *iuris tantum* due to paragraph 3 of Article 21bis of the CITR, which allows the taxpayer to prove a cause other than those expressly established by law.

f) Possible secondary adjustment unconstitutionality: Article 21bis of the CITR could violate two basic constitutional principles, namely the principle of economic capacity and the principle of legal reserve. In my view, the principle of economic capacity could be "rescued" by Article 21bis.3 of the CITR, which relaxes the rigidity of the a priori qualification emanating from the legal text. Not the same way occurs with the principle of legal reserve, which suffers a clear violation when regulating new chargeable events through a legal route according to the regulations.

Note that, on the completion date of this work, the Supreme Court is awaiting to sentence on the annulment of Article 21bis of the CITR, among others.

g) The secondary adjustment involves the complex existence of book equity and "tax" equity: The current wording of Article 16.8 of the CITL provides the existence of not only the accountable value of the holder's shares that differs from the taxable value, but also the existence of book equity and tax equity, which, in a consistency exercise, should be taken into account for all those calculations whose tax regulation takes them as starting point (i.e. restatement of Article 15.9 of CITL). This would imply a complexity in calculations devoid of all meaning; or even more, considering that this "contribution to tax capital" could not be distributed to the shareholder as a benefit, as it is not a reserve.

h) Regulation silence about the possible incompatibility between the secondary adjustment and its relationship with other special regimes.

Legal uncertainty: The entry into force of the secondary adjustment might suppose, in theory, the displacement of other special schemes whose sphere of

regulation could be coincidental (valuation regime of Article 15 of the CITL, regime of payment in kind or Controlled Foreign Corporations regime). It would be desirable for the legislator to rule on the incompatibility between them or the primacy of one over the other.

i) Unfulfilment of Commercial Law: There are three flagrant unfulfilments of the market regulations, namely:

- i. The Commercial Law does not conceive a distribution that is not proportional to the share held by each partner. The fact that the benefit is only distributed to a single partner, that is to say, the one who has made the related operation is precisely what serves as a basis to assert the violation of the corporate law and its basic principle of proportionality, a matter which was already alerted by the OECD in its Guidelines on Transfer Pricing.
- ii. Besides, in the case of a funds transfer from the shareholder on behalf of the investee, there is again an unfulfilment of the corporate law, since the contribution of one partner should increase its share percentage while diminishing the percentage of rest of the shareholders, a fact not referred to in Article 16.8 of the CITL, not even in the 21st AMR of the GAP.
- iii. Lastly, reiterating that also in related-party adjustments between the company and the operations manager, the valuation of the income excess as a performance of the work could mean a further violation of the commercial law, by not respecting the quantitative limits which in some cases requires the Corporate Law (from now on, CL) when the remuneration as administrator has as the profit sharing a basis (Article 218 CL).

j) The secondary adjustment as generator of double taxation situations:

The fact of qualifying income excess that does not correspond to the share percentage as "perceived usefulness for being a shareholder" or as "liberality", clearly generates a situation of double taxation contrary to the OECD guidelines. Moreover, in our comparative legislation there is not any similar

antecedent, so consequently, the Spanish legislator has been a pioneer when fragmenting the qualification income excess based on the share percentage.

In this sense, if I had to identify the most negative aspect of the regulation of the secondary adjustment, it would be without doubt the existence of a dual characterization of incomes based on the share percentage. The creation of legal fictions is always a difficult terrain but if it is founded on the artificial manipulation of reality to limits lacking of any sense, it becomes a real piece of nonsense.

k) Involvement of third party shareholders who have not participated in the operation: As already indicated all along this work, I consider imperative that only the parties that have been directly involved in the operation, and therefore that have agreed a price, are those which are affected by the consequences of the qualification of the secondary adjustment. According to the current regulation in force, the impact on third parties on the qualification of the excess differs depending on if a hybrid operation has been accountably registered, or if on the contrary, the fiscal regulation has directly been applied by an off-balance sheet adjustment, in which case the impact will be lesser.

l) Failure to provide a solution to the casuistry of related-party transactions. Insufficient regulation: As a last critique, I cannot fail to mention the fact that the secondary adjustment is a compulsory application to a transaction carried out between related parties, defined as related parties, those referred to in paragraph 3 of Article 16 of the CITL, but however it only establishes a priori adjustments regarding the shareholder-society relationship. The wide variety of transfers that can occur between related parties being directly affiliated turns on the debate about the need for a multiplicity of legal fictions lacking of any meaning.

ELEVENTH: Lack of tax homogenization in the regulation of the secondary adjustment. Regulatory dispersion.

Few have been the States that have seen the need to regulate the taxation of secondary operation that is "hidden" behind a related-party transaction.

Curiously, and with important nuances, most States which regulate the secondary adjustment have chosen a qualification of the funds excess as dividends distribution or capital contribution, being a minority those who dare to tackle the figure of the loan. However, both the OECD and the EU Joint Transfer Pricing Forum (from now on, EU JTPF) contemplate the repatriation of the funds excess as a more valid (or interest-free loan) options. In this sense, I want to indicate that among the studied foreign laws, only the U.S. one has an explicit provision that provides for a specific qualification procedure as a loan, conceived as a way to escape the application of the secondary adjustment.

TWELFTH: Specific regulation proposal: refund of the funds excess

My regulation proposal stands for an objective conception of both the valuation regulation and the qualification regulation, consistent with the mandate of the OECD regarding the ultimate purpose of the regulation of related-party transactions, which is none other than the real distribution of the income. This being so, in my opinion, a qualification regulation tinged with penalties that will presume an elusive will cannot be applied, especially considering that on frequent occasions the difference in the contracted value may simply be due to discrepancies in the valuation criteria.

Therefore, in my opinion, the solution would that offer more guarantees of success and that would eliminate the vast majority of defects vitiating our current secondary adjustment, would go for an agile and quick funds return, that is to say, refund the revenue excess unduly satisfied to a related party to the detriment of the other. In this sense, the refund the funds excess could be equipped to a free interest loan, thus being the "other" related-party transaction, one could think of the need to generate some interest in accordance with the arm's length principle. However, if the legislator is flexible as to the necessity of financial charge and this solution is simply conceived as a return or refund of the income excess, it should not be considered as a qualification adjustment, but simply as a mere refund of those cash flows that a related party would not have received a price had been agreed according to market value.

a) Reasons that support the proposal. I think the most optimal solution when solving the following conflict aspects that does generate the current wording of the secondary adjustment:

- i. It would not generate situations of double taxation.
- ii. It could answer all the related-party operations, not only the one originated from the shareholder-society relationship.
- iii. It would not generate inconsistencies with Commercial Law.
- iv. The other shareholders who have not participated in the related-party transaction would not see the value of their investment altered, as it currently happens when applying AMR 21st of the GAP.
- v. If we opted for a refund of the funds excess to replace the secondary adjustment and the AMR 21st of the GAP applies the general principle of acquisition value also to related-party transactions, there would not be the current normative tension between AMR 21st of the GAP and Article 16.8 of the CITL.
- vi. Not any constitutional principle would be violated, to the extent that the aim is restoring a funds surplus to its rightful owner.

b) How to implement this measure? In my view, taking as a basis the essence of U.S. regulation, but with substantial nuances.

- i. This refund should not be conceptualized as an ordinary loan but as a return, refund or repatriation of the funds excess. As such, it should not generate interest, neither internal operations (which in my opinion, must meet the valuation regulation) nor international.
- ii. The implementing regulations of this provision should specify the details of such refund (accounts to be registered, term, currency, etc.).

- iii. Unlike the American solution, the refund of the funds excess should be mandatory, because if the optionality requires the valuation of the income surplus as a dividend or contribution, knowing the legal conflicts that its application generates, I do not think it is worth taking the risk. The application of the secondary adjustment should not be an option.
- iv. Unless formal request by the taxpayer, I consider more accurate and less complex the satisfaction of a debt by an ordinary treasury refund, not through the redevelopment of income flows.
- v. The repatriation of the funds excess should be a mandate directed to both the Administration and the taxpayer (independently from if it is a natural or legal person, and not only to entities as provided by the American regulations).

THIRTEENTH: Elimination of Articles 16.8 of the CITL and 21bis of the CITR and modification of AMR 21st of the GAP.

Opt for a tax and not accounting valuation regulation, to the extent that the related-party operation, in my opinion, should be accountably registered to an acquisition value and the market value is appropriated to the tax base through off-balance sheet adjustments, implies a radical change to the current wording of the AMR 21st of the GAP. In addition, when registering the transaction for its agreed value, there would be no need of accountably register the hybrid operation since it would not bring out any difference in accounting values.

In turn, there should be a provision in the accounting regulations that specify how to proceed to the refund of the funds excess, which could be referred to Article 16 of the CITL itself. This would completely eliminate Articles 16.8 of the CITL and 21bis of the CITR.

FOURTEENTH: Replacement of the term "secondary adjustment" by "return or repatriation of funds excess "

By not conceiving the refund of the funds excess as a regular loan, but as a mere funds repatriation that returns the parties to the financial situation they would have had from the beginning if they had agreed a price market, I understand that we do not have a true regulation of the qualification to the extent that it does not originate a new taxable event. Therefore, I consider the concept of "secondary adjustment" should be abolished and that the legal text should refer to a new concept of "return or repatriation of the funds excess", thus being in line with the terminology used by the OECD or the EU JTPF.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *Guía del Impuesto sobre Sociedades (Ley 43/1995 de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades)* (Díaz Yanes, I., López-Santacruz Montes, J. A., Tomé Muguruza, B., Ucelay Sanz, I.), CISS, 1996.

AEDAF, “Reconsideración y modificación del régimen fiscal de las operaciones vinculadas. La urgente necesidad de modificación del régimen actual”, 25 de febrero de 2010, pp. 1-18.

AGULLÓ AGÜERO, A., “Operaciones vinculadas” en AA.VV. *Estudios sobre el Impuesto de Sociedades*, (coord. por Yebra Martul-Ortega, P., García Novoa, C. y López Díaz, A.). Ed. Comares, 1998, pp. 167-186.

ALMUDÍ CID, J. M., *Régimen jurídico de transparencia fiscal internacional*, IEF. Madrid, 2005.

ALONSO GONZÁLEZ, L. M., “Operaciones vinculadas, elusión y fraude fiscal”. *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 295, octubre 2007, pp. 69-92.

ANGUITA MORERA, A., *Comercio internacional y los precios de transferencia internacionales*, Ed. Marcial Pons, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 2012.

ARANA LANDÍN, S., *El tratamiento tributario de las operaciones vinculadas internacionalmente (un estudio de los precios de transferencia en el Impuesto sobre Sociedades español y en las legislaciones de Italia, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos)*, Universidad del País Vasco, Servicio Editorial, Bilbao, 2001.

ARRÁZOLA ARRÍEN, F., “Ajuste secundario en las operaciones vinculadas”, *Forum Fiscal de Álava, Financial & Tax ediciones*, núm. 074.154, Mayo de 2007, pp. 15-22.

BADÁS CEREZO, J., LAFUENTE MORENO, F., MARCO SANJUÁN, J.A., y RASÓN SILVÁN P., *Prácticas de Valoración y Documentación de Operaciones Vinculadas* Lex Nova, Septiembre 2010.

BADER W., LAISNEY S., LUQUET P., MUSGRAVE E., SPORKEN E. y VÖGELE A., “Transfer pricing in Europe: OECD versus local practice”. *International Tax Review*, núm. 12, Issue 46, October 2001, pp. 46-53.

BAENA SALAMANCA, J. F., “Las operaciones vinculadas y el ajuste secundario en el Impuesto sobre Sociedades”, *Carta Tributaria, Monografías*, 1ª quincena de enero 2009, pp. 1-14.

BARBOSA MARIÑO, J. D., *Análisis del régimen de precios de transferencia en Colombia*, tesis no publicada para la obtención del Grado en Doctor de Derecho por la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Javeriana, 2004.

BARRIL CARULLA, J., BERCHÉ MORENO, E. y PIEDRA ARJONA, S. en AA. VV. *Tratado sobre la Imposición Directa* (coord. por Berché Moreno, E.), Ed. JM Bosch, 2ª edición, Barcelona, 2013.

BELADIEZ ROJO, M., *Los principios jurídicos*, Ed. Civitas, Madrid, septiembre 2010.

BENHARDT y PRETER, “German transfer pricing: pioneering or isolated?”, *International Tax Review*, núm. 19, enero 2010, pp. 62-63.

BLASCO DELGADO, C. y URBANO, M., “Reflexiones sobre el actual régimen de las operaciones vinculadas, con particular atención a su proyección práctica”, *Revista de Información Fiscal*, núm. 97, pp. 11-71.

BLÁZQUEZ SANTANA, F., CONESA DUARTE, A. y DORTA VELÁZQUEZ, J.A., “El precio de adquisición contable y fiscal”, *Partida Doble*, núm. 132, abril 2002, pp. 28 – 37.

BORRÁS AMBLAR F. y MARTÍNEZ ALONSO A., “Registro contable y régimen fiscal de las operaciones vinculadas. Casos prácticos”, *Carta Tributaria. Monografía*. 2ª quincena de abril 2010, pp. 3-34.

BOUMA, H., “Overview of the U.S. Transfer Pricing Rules Pertaining to Additional Adjustments. House Country, United States” en AA. VV., *Additional Adjustments to be Made in the Wake of a Transfer Pricing Adjustment*, Tax Management International Forum, September 2006, pp. 64-74.

CAAMAÑO ANIDO, M. A., “Reflexiones sobre el nuevo régimen de operaciones entre partes vinculantes. Particular referencia a los ajustes secundarios”, *Reseña de actualidad fiscal, Economista*, núm. 45, enero 2008, pp. 14-15.

CAAMAÑO ANIDO, M. A., “Comentarios al nuevo régimen de documentación de las operaciones vinculadas”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 311, 12/2009, pp. 35-64.

CALDERÓN CARRERO, J. M., “La prestación de servicios intragrupo en la nueva regulación de operaciones vinculadas”, *Carta Tributaria*, núm. 8, 2008, pp. 3-24.

CALDERÓN CARRERO, J.M. y GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. “La doctrina del TJUE sobre el principio de plena competencia al hilo de la sentencia de la High Court Británica en el caso de Test Claimants in the Thin Cap: el Test Comunitario de los motivos comerciales y sus implicaciones”. *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 332, 2010, pp. 45-70

CALDERÓN CARRERO, J. M., “Precios de transferencia y reestructuraciones empresariales: el informe OCDE 2008”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 2/2009, pp. 51-84.

CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A., “Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas”. *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 316, 2009, pp. 37-63.

CALDERÓN CARRERO J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A., “Presupuestos y limitaciones del ajuste valorativo del artículo 16 TRLIS” en AA. VV. *Fiscalidad de las operaciones vinculadas* (coord. Carmona Fernández, N.). CISS, Madrid, 2009, pp. 73-99.

CALDERÓN CARRERO J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A., “El procedimiento de comprobación del valor normal de mercado de las operaciones vinculadas” en AA. VV. de *Fiscalidad de las operaciones vinculadas* (coord. Carmona Fernández, N.). CISS, Madrid, 2009, pp. 427-461.

CALDERÓN CARRERO J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A., “Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas” en AA. VV. de *Fiscalidad de las operaciones vinculadas* (coord. Carmona Fernández, N.). CISS, Madrid, 2009, pp. 489-518.

CALDERÓN CARRERO J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Los precios de transferencia en la encrucijada del siglo XXI. Estudio de las cuestiones actuales que plantea la regulación española de las operaciones vinculadas*, Ed. Netbiblo, 1ª ed., La Coruña, 2012.

CALVO VÉRGEZ J., “El régimen contable y fiscal de los negocios conjuntos. La aplicación de la norma de valoración 21ª del nuevo PGC como instrumento de planificación fiscal”, *La Gaceta fiscal*, núm. 292, diciembre de 2009, pp. 1-8.

CALVO VÉRGEZ, J., “La práctica del ajuste secundario en el marco de las operaciones vinculadas”, *Revista jurídica Actum*, núm. 44, octubre 2010, pp. 44-56.

CALVO VÉRGEZ, J., “Precios de transferencia: regulación internacional vs ámbito interno. La necesidad de respetar el principio de libre competencia. Análisis de la STJUE de 21 de enero de 2010”, *La Ley, Nueva Época*, núm. 19, enero-Febrero 2011, pp. 45-56.

CALVO VÉRGEZ, J., *Operaciones Vinculadas y Subcapitalización. Cuestiones conflictivas y supuestos prácticos*. Ed. Aranzadi, Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

CARPIO GARCÍA, M. y DERQUI POOLE, L., “La Transparencia Fiscal Internacional: situación actual y perspectivas”. *ICE, Revista de Economía, Ministerio de Economía y Hacienda*, núm. 777, marzo-abril 1999, pp. 69-85.

CENCERRADO MILLÁN, E., *El Tratamiento de las Entidades Vinculadas en la Imposición Directa Española*, Ed. Aranzadi, 2000.

CENCERRADO MILLÁN, E., “¿Pueden los socios efectuar en sus respectivas declaraciones un ajuste bilateral con objeto de declarar voluntariamente el valor de mercado de una operación vinculada?”, *Canarias Fiscal*, núm. 18 mayo 2001, pp. 53-58.

CENCERRADO MILLÁN, E., “Los efectos de ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, *Revista española de Derecho Financiero* núm. 133, 2007, pp. 45-82.

CENCERRADO MILLÁN, E., “Ajuste secundario” en AA. VV., *Casos prácticos de operaciones vinculadas a la empresa familiar (precios de transferencia)*, (coord. Cordón Ezquerro, T.), CEF, Madrid, 2010, pp. 559-612.

CLAVIJO HERNÁNDEZ, F., FERREIRO LAPATZA, J. J., MARTÍN QUERALT, J., TEJERIZO LÓPEZ, J. M., PÉREZ ROYO, F., *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial. Sistema tributario: los tributos en particular*. Ed. Marcial Pons, 19ª ed., Madrid 2003.

COMBARROS VILLANUEVA, V. E., “Precios de transferencia y ajustes extracontables (comentarios a las resoluciones del TEAC de 10 de septiembre de 1986 y 3 de febrero de 1987), *CISS Comunicación*, núm. 58, mayo 1988, pp. 58-67.

COMBARROS VILLANUEVA, V. E., *Régimen tributario de las operaciones entre sociedades vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988.

COPPA, D., *La prescrizione del credito tributario*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2006.

CORDÓN EZQUERRO, T. “El artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades: análisis crítico y alternativas de reforma”. *Cuadernos de Formación, IEF*, núm. 1/2006, pp. 7-22.

CORDÓN EZQUERRO, T., “Valor de mercado y ajuste secundario en las operaciones vinculadas”. *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 312, 2009, pp. 137-196.

CORDÓN EZQUERRO, T., *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, Ediciones CEF, Madrid, 2010, pp. 729-730.

COSÍN OCHAITA, R., “La nueva normativa sobre precios de transferencia”, *Carta Tributaria. Monografías*, núm. 1/2008, pp. 3-26.

CUATRESCASAS, *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. Thomson Aranzadi, 2003 (Coord. Calaf Aixala, X., Plaza Cano, A., Ragué Santos de Lamadrid, J.).

CUATRESCASAS, “Resolución de la DGT sobre condonación de créditos entre sociedades de un grupo fiscal”, *Reseña informativa*, número 713, diciembre 2009, pp. 1-41.

DE PABLO VARONA, C., *Las operaciones vinculadas en el IRPF*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

DE PABLO VARONA, C., *La tributación del socio en el IRPF*, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., 2002, p. 172.

DEL CAMPO AZPIAZU, C., “Procedimiento Amistoso y Convenio de Arbitraje” de, en AA. VV., *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, CEF, 2010 (coord. Cordón Ezquerro, T.), pp. 807-845.

DELGADO GÓMEZ, A., “Comentarios de los artículos 35 al 66 del RD 2631/1982 por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades”, en AA. VV., *Impuesto sobre Sociedades: Comentarios al Reglamento* (coord. Mantero Sáenz, A.), Escuela de Inspección Financiera y Tributaria, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1984, pp. 48-99

DELGADO GONZÁLEZ, A. F., “La regulación de las operaciones vinculadas. Cuestión de inconstitucionalidad e ilegalidades reglamentarias. Auto del TS de 8-2-2011”, *Quincena Fiscal*, núm. 15-16, 2012, pp. 85-103.

DELGADO PACHECO, A., “Algunas cuestiones de procedimiento en los ajustes por precios de transferencia en el Ordenamiento tributario español”, *Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, Año núm. 14, Núm. 2, 1998, pp. 332-370.

DEROHANESIAN, J., “USA: additional directive on Section 965 repatriations / TP adjustments”, *Transfer Pricing International Journal*, september 2009, p. 1-5.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ed. Ariel, 1999

EDEN, L., “The Arm’s Length Standard in North America”, *Tax Notes International*, 7 de febrero 2.000, pp. 673-681.

ESCUADERO GUTIÉRREZ E. y GUTIÉRREZ LOUSA, M., “Algunas consideraciones sobre la regulación de los precios de transferencia. Especial consideración de los métodos de valoración”, *IEF, Cuadernos de Formación. Colaboración 30/10*, vol. 11/2010, pp. 89-132.

ESTEVE PARDO, M. L., *Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

FALCÓN y TELLA, R., “Comentario general de jurisprudencia. El carácter unilateral o bilateral de los ajustes fiscales en las operaciones vinculadas”, *Civitas Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 54, abril-junio 1987, pp. 290-294.

FALCÓN y TELLA, R., *La prescripción en materia tributaria*, Ed. La Ley, Madrid, 1992.

FALCÓN y TELLA, R., “El régimen de operaciones vinculadas: análisis del artículo 16 de la Ley 43/1995 y de su desarrollo reglamentario”, *Impuestos*, II/1998, pp. 534-554.

FALCÓN y TELLA, R., “El nuevo tratamiento de las operaciones vinculadas en el IS y en el IVA”, *Quincena Fiscal*, núm. 22, 2006, pp. 5-10

FALCÓN y TELLA, R., “Las sociedades profesionales (I): aplicación del régimen de operaciones vinculadas”, *Quincena fiscal*, núm. 18, 2009, pp.7-11.

FERNÁNDEZ DE SOTO BLASS, M. L., “Los precios de transferencia y el ajuste secundario. Propuesta de nuevos artículos en la legislación del Impuesto sobre Sociedades español”, comunicación en la VI Jornada Metodológica de Derecho Financiero y Tributario Jaime García Añoveros. La calidad jurídica de la producción normativa en España. *IEF*, Doc. núm. 30/09, pp. 405-420.

FERRANTI, G., “Il transfer pricing tra società residenti in Italia”, *Corriere tributario*, núm. 13/2011, pp. 1.036-1.043.

FUSTER GÓMEZ, M., “¿Es constitucional el ajuste secundario del artículo 21 bis del RIS? Recordando la STC 194/2000”, *Tribuna Fiscal*, número 228, octubre 2009, pp. 73-79.

GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, Ministerio de Hacienda, IEF, Madrid, 2001.

GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., “Aspectos procedimentales de las operaciones vinculadas del Impuesto sobre Sociedades del Impuesto sobre Sociedades: Análisis del artículo 15 del Reglamento”, *Crónica Tributaria*, núm. 101, 2001, pp. 73-85.

GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., “Algunas reflexiones sobre la nueva regulación de las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades. Particular referencia a las obligaciones formales”, *Quincena fiscal*, núm. 7, abril 2007, pp. 37-46.

GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., “El régimen de documentación en las operaciones vinculadas”, *Revista Técnica Tributaria*, núm. 87, 2009, pp. 31-53.

GARCÍA NOVOA, C., “El ajuste secundario en las operaciones vinculadas”, *Quincena Fiscal*, núm. 12, 2008, p. 57-60.

GARCÍA NOVOA, C., “La necesaria modificación de la regulación de las operaciones vinculadas”, *Quincena Fiscal*, núm. 1-2, enero 2010, pp. 99-110.

GARCÍA PRATS, F. A., “Los precios de transferencia: su tratamiento tributario desde una perspectiva europea”, *Crónica Tributaria*, núm. 117-2005, pp. 33-82.

GARCÍA-ROZADO GONZÁLEZ, B., DEL CAMPO AZPIAZU C. y GARDE GARDE, M. J., *Las claves de la reforma en el Impuesto sobre Sociedades*, CISS, Valencia, 2007.

GELIN, S. y FLORENT, R., “Overview of the French Transfer Pricing Rules Pertaining to Additional Adjustments. House Country, France” en AA. VV., “*Additional Adjustments to be Made in the Wake of a Transfer Pricing Adjustment*”, *Tax Management International Forum*, September 2006. pp. 20-23.

GIMBEL LEWIS, P., “Now what? Collateral Consequences of Transfer Pricing Adjustments”, *Tax Executive*, vol. 47, Issue 277, July-August 1995, pp. 277-283

GIMBEL LEWIS, P. y BREEN, J., “Coming Full Circle? Secondary Adjustments and Repatriation in Transfer Pricing Cases”, *Transfer Pricing Report*, vol. 17, 2008, pp. 28-42.

GIMÉNEZ ROMEO, M., “Nuevo artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades”, Trabajo presentado al VII-B Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales del primer semestre del 2007, *IEF*, pp. 179-191.

GOLMAYO ALONSO, L., “El Foro de Precios de Transferencia de la Unión Europea. Trabajos en curso y expectativas. Posición española” Trabajo presentado al VII-B Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales en el primer semestre de 2007, *IEF, Cuadernos de Formación. Colaboración* 26/08, vol. 6/2008, pp. 193-201.

GONZÁLEZ GARCÍA A., “El ajuste secundario en operaciones entre empresas del grupo y partes vinculadas”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 323, 2010, pp. 187-202.

GOTA LOSADA, A., *Tratado del Impuesto sobre Sociedades*, Tomo II, Banco Exterior de España, Madrid, 1988.

GOUTHIERÈRE, B., “Transfer Pricing Rules and Practice in France”, en AA. VV., *Tax Management Foreign Income. Transfer Pricing: European Rules and Practice*, núm. 895, Washington, Ed. Bureau of National Affairs, 2010, pp. 1-66.

GUTIÉRREZ LOUSA, M. y RODRÍGUEZ ONDARZA, J. A., “La reforma de la fiscalidad de los precios de transferencia”, *Partida Doble*, núm. 186, marzo 2007, pp. 22-39.

HAMAEEKERS, H., “Principio de plena competencia - ¿Hasta cuándo?”, *Enfoque Internacional* núm. 6, *Análisis Tributario*, (Trad. Equipo de Análisis Tributario), noviembre 2009, pp. 6-15.

HERRERO MAYOL, C., *Precios de Transferencia. Estudio tributario y microeconómico*, Ed. Aranzandi, Pamplona, 2000.

IBÁÑEZ CASADO, J., “Análisis de la reforma del Impuesto sobre Sociedades”, *Anales de estudios económicos y empresariales*, núm. 11, 1996, pp. 259-279.

IFA, *Secondary Adjustments and related aspects of transfer pricing corrections. Proceedings of a Seminar held in Toronto, Canada, in 1994 during the 48th Congress of the International Fiscal Association*, Kluwer Law International, vol. 19b, Londres, 1997.

JENKS T. E., “Treasury Regulations Under Section 482”, *Tax Lawyer*, vol. 23, núm. 2, 1970, pp. 279-313

JENKS T. E., “Constructive Dividends Resulting from Section 482 Adjustments”. *Tax Law*, vol. 24, Issue 83, 1970-1971, pp. 83-99.

KAUDER L., “Taxation of Domestically Controlled Foreign Corporations. A Comparative Study of Subpart F and Section 482”, *Villanova Law Review*, vol. 14, 1969, pp. 260-277.

LAMOCA PÉREZ, C., “Aportaciones no dinerarias entre sociedades vinculadas”, *Gaceta Fiscal*, núm. 58, 1988, pp. 187-199.

LATORRE SEGURA, A., *Introducción al Derecho*. Ed. Ariel, septiembre 2012.

LONGARTE I., “Contabilidad y precios de transferencia: caminos que se cruzan pero no se enlazan”, *Revista Harvard-Deusto Finanzas & Contabilidad*, núm. 96, 2010, pp. 12-30.

LÓPEZ ALBERTS, H., “El ajuste secundario y la contabilización de las operaciones vinculadas” en AA. VV. *Las operaciones vinculadas. Análisis contable y fiscal* (coord. González González, J. M.). CISS, Madrid, 2009, pp. 153-180.

LÓPEZ-HERMOSO AGIUS, J. C., “El ajuste secundario” en AA. VV., *Fiscalidad de los precios de transferencia-operaciones vinculadas*, (coord. Cordón Ezquerro, T.), CEF, Madrid, 2010, pp. 715-740.

LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J. A., *Memento del Impuesto sobre Sociedades*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2013. (Esta obra ha sido realizada sobre la base de un estudio técnico cedido a la Editorial por su autor).

LÓPEZ-TELLO Y DÍAZ-AGUADO, L., “Operaciones vinculadas” en AA. VV., *Comentarios a las Leyes Tributarias* (coord. Miguel Cruz Amorós), Tomo I, vol. 1,

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Ed. Edersa, Madrid, 1998, pp. 69-76.

LOWEL, BURGE y BRIGER, *U.S. International Transfer Pricing*, Ed. Warren, Gorham & Lamont, 1995.

LUCHENA MOZO, G. M., *Retenciones e ingresos a cuenta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1997.

MÁLVAREZ PASCUAL, L. A., *La tributación de los rendimientos de trabajo percibidos en especie*. Marcial Pons, CEF, Madrid, 1998.

MAROTO SÁEZ, A. en “Medidas antiabuso en los convenios españoles”, *IEF*, pp. 146-147 como Trabajo presentado al VII-A Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales del segundo semestre de 2006, pp. 129-153.

MAROTO SÁEZ, A., “Estudio de las operaciones realizadas entre la Casa Central y Establecimientos Permanentes”, *Crónica Tributaria*, núm. 131/2009, pp. 79-105.

MARTÍN DOMÍNGUEZ, M. E., “Consideraciones de índole fiscal para el socio profesional tras la entrada en vigor de la Ley 2/2007, de Sociedades profesionales”, *Hacienda Canaria*, núm. 28, 2009, pp. 105-120.

MARTÍN FERNÁNDEZ J., RODRÍGUEZ MÁRQUEZ J. y BERDUD SEOANE J.M.; *Las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, Ed. Bosch, 1ª ed., 2010.

MARTÍN QUERALT, J., *El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Curso de Derecho Tributario*. Ed. Marcial Pons, 15ª ed., 1999.

MARTÍNEZ HORNERO, F. J., “Ajuste fiscal por operaciones vinculadas”, *Gaceta Fiscal*, núm. 111, junio 1993, pp. 185-203.

MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, J. M., “El ajuste secundario en la Ley y Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (a propósito del RD 1793/2008, de 3 de noviembre)”, *Quincena Fiscal*, núm. 12, 2009, pp. 75 -84.

MATEU RUANO, L. “Novedades en materia de precios de transferencia: operaciones vinculadas”, *Quincena Fiscal*, núm. 14, 2007, pp. 25 – 29.

MELLADO BENAVENTE, F., “Los ajustes por operaciones vinculadas y su aplicación”, conferencia en el seno de la LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero, publicado por la Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros, pp. 1-3.

MENÉNDEZ MORENO, A., *Derecho Tributario y financiero. Parte General. Lecciones de Cátedra.*, Ed. Lex Nova, 14^a ed., septiembre 2013.

MOLES PALLEJÁ, P., “El impacto de la vinculación fiscal en las relaciones establecimiento permanente-casa central; la acreditación de los gastos de la casa central imputados”, Ed. *IEF*, Trabajo presentado al X Curso de Alta Especialización en *Fiscalidad Financiera* celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales del segundo semestre de 2006, pp. 121-182.

MORENO FERNÁNDEZ, J. I., *La Tributación de las Operaciones Vinculadas*, Ed. Aranzadi, 2^a ed., Navarra, 2003.

MOSES M. en “Compensating Adjustments”, *Tax Management Transfer Pricing Report*, vol. 17, January 28, 2010, pp. 1.001 – 1.019

MUSSELLI, A. y MUSSELLI A. C., *Transfer pricing*, Ed. Il Sole 24 Ore, 8^a ed., octubre 2012.

MYERS, D., “Section 482 and Subpart F: An International Revenue Code Dilemma”, *American University International Law Review* 11, núm. 6, 1996, pp. 1073-1108.

NAVAS VÁZQUEZ, R., “La valoración de operaciones entre sociedades vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades”, *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 55, 1987, pp. 459-473.

NAVAS VÁZQUEZ, en AA. VV. *Manual del sistema tributario español*, (coord. García Añoveros, J.), Ed. Civitas Ediciones, Madrid, 1993.

NIETO MONTERO, J. J. y VILLAVÉRDE GÓMEZ, M. B., *La imputación de rentas en la transparencia fiscal internacional*. Cuadernos Fiscales. Editoriales de Derechos Reunidas, Madrid, 2007.

O'BRIEN, J. y OATES, M., “Calling for IRS for a Flagrant Foul: Imputing Interest As a Secondary Adjustment”, *Journal of Taxation of Global Transaction*, Winter 2006, pp. 37-42

O'BRIEN, J. y OATES, M., “Why Triangular Constructive Dividends/Capital Contributions Have No Place in Code Sec. 482 Cases”, *International Tax Journal*, November-December 2009, pp. 19-22

OCDE Manual on Effective Mutual Agreement Procedures (MEMAP), versión de febrero 2007.

OCDE Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, versión julio 2010.

PAGÈS i GALTÉS, J., “La interpretación en el procedimiento amistoso de los Tratados de doble imposición”, en la obra colectiva *Fiscalidad y globalización*, donde se recogen las Ponencias y comunicaciones presentadas a las XXVI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario celebradas en Santiago de Compostela, Ed. Aranzadi, 2012, pp. 843-879.

PÉREZ ROYO, F., “Sobre los ajustes por operaciones vinculadas (Resolución del TEAC de 10 de septiembre de 1986)”, *Crónica Tributaria*, núm. 56, 1986, pp. 267-275

PÉREZ ROYO, F., “Las operaciones vinculadas en el IRPF” en AA. VV. *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y a la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio. Homenaje a Luís Mateo Rodríguez.*, (coord. Simón Acosta, E.), Ed. Aranzadi, 1995, pp. 127-136.

PÉREZ ROYO, F., *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*. 23ª ed. Civitas Ediciones, Pamplona, 2013, p. 93

PISTONE, P., “La globalización tributaria y la necesidad de establecer un Tribunal Fiscal Internacional”, en *Revista Derecho Tributario Global-Revista Latinoamericana de Derecho Tributario*, Argentina, 1, 2010, pp. 129-145.

PITA GRANDAL, A., *La prueba en el procedimiento de gestión tributaria*. Ed. Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 1998.

PLAZA VILLASANA, L., “El ajuste de las operaciones vinculadas”, *Gaceta Fiscal*, núm. 56, junio 1988, pp. 245-258.

PORTNER, R., “Overview of the German Transfer Pricing Rules Pertaining to Additional Adjustments. House Country, Germany” en AA. VV. “*Additional Adjustments to be Made in the Wake of a Transfer Pricing Adjustment*”, *Tax Management International Forum*, September 2006, pp. 24-31.

PRADA LARREA, J. L., “Precios de transferencia y sentido de los ajustes en la fiscalidad interna e internacional”, *Carta Tributaria, Monografías*, núm. 230, 1 de agosto de 1995, pp. 1-12.

QUINTAS BERMÚDEZ, J., “Las relaciones intergrupo en el Impuesto sobre Sociedades”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núms. 166-167, 1983, pp. 995-1.020

RAINERI W., “Collateral Consequences of Intercompany Adjustments”, *Tax Management Transfer Pricing Report, Special Report*, vol. 3, núm. 12, Report 14, pp 1-33.

RASCH, S., “Germany: formal requirements for an adjustment”, *Transfer Pricing International Journal*, febrero 2009, p1-4.

RAVENTÓS CALVO, S., “Los precios de transferencia en el ámbito interno. Un disparate innecesario”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 320, 2009, pp. 41-46.

RAVENTÓS CALVO, S., “Precios de transferencia en el ámbito interno. La sentencia del TJCE”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 325, 2010, pp. 99-104.

REDONDO SÁNCHEZ J. F. y VIANA MIGUEL B. G. en “El procedimiento amistoso. Perspectivas de futuro”, *IEF*, Trabajo presentado al VI Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales en el primer semestre de 2006, pp. 187-204.

RODRÍGUEZ MÁRQUEZ J., y MARTÍN FERÁNDEZ, J., “Las sociedades profesionales y su régimen tributario”, *Quincena Fiscal*, núm. 1 y 2, año 2008, pp. 11-33

ROSEMBUJ ERUJIMOVICH, T. R., “Las operaciones vinculadas y la subcapitalización en el Impuesto sobre Sociedades”, *Revista de la economía social y de la empresa*, núm. 25, 1997, pp. 217-250.

ROSEMBUJ ERUJIMOVICH, T. R., “La tributación de los rendimientos del capital mobiliario en España. Una reconstrucción crítica”. *Quincena Fiscal*, núm. 1/2000, pp.11-24.

ROSENBLOOM D., H., “Self-Initiated Transfer Pricing Adjustments”, *Tax Notes International*, June 4, 2007, pp. 1019-1025.

RUIZ GARRÓS, S., “La contabilización y tributación del ajuste secundario en las operaciones vinculadas. Visión práctica. La identidad sustancial entre los criterios contable y fiscal.”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 334 2010, pp. 71-108.

SALA GALVAÑ, G., *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

SÁNCHEZ CUELLAR, M. y TALEGÓN VÁZQUEZ, J., “El desarrollo reglamentario del régimen fiscal de las operaciones vinculadas”. *Carta Tributaria* núm. 6, 2009, pp. 3-21.

SÁNCHEZ HUETE, M. A., “Operaciones vinculadas y sociedades profesionales. Desenfoque y efectos”, *Quincena Fiscal*, núm. 10, mayo II, pp. 41-64.

SANFRUTOS GAMBIN, E., “La Transparencia fiscal internacional en la Ley del IRPF”. *Crónica Tributaria*, núm. 89, 1999, pp.111-143.

SANMARTÍN MARIÑAS, J., *Tributación de las operaciones vinculadas y su documentación. Ejemplos prácticos*. Ed. El Derecho y Quantor, Madrid, abril 2009.

SANZ GADEA, E., “Operaciones entre sociedades vinculadas”, en *Impuesto sobre Sociedades, Comentarios y casos prácticos*, Tomo I, 3ª ed., septiembre 1991, pp. 291-405.

SANZ GADEA, E., *Transparencia fiscal internacional*, Ediciones CEF, Madrid, 1996.

SANZ GADEA, E., “Operaciones vinculadas (I)”, *IEF*, núm. 50/2.000, pp. 73-122.

SANZ GADEA, E., “Medidas antielusión fiscal”, *Documentos IEF*, núm. 22/01, 2001, pp. 1-136.

SANZ GADEA, “Implicaciones fiscales del nuevo Plan General de Contabilidad”, *Revista Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 61/2007, pp. 97-142.

SANZ GADEA, E., “Modificaciones introducidas en el Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 35/2006 y 36/2006”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 287, 2007, pp. 3-54.

SANZ GADEA, E., “Operaciones vinculadas. Perspectivas contable y fiscal. Primera parte”. *Las monografías de la ventana*, núm. 13, AEAT, Madrid, 2008, pp. 1-18.

SANZ GADEA, E., “Operaciones vinculadas. Perspectivas contable y fiscal. Segunda parte”. *Las monografías de la ventana*, núm. 14, AEAT, Madrid 2008, pp.1-18.

SENDÍN CIFUENTES, J. L., “El ajuste secundario en operaciones vinculadas. Incidencia en operaciones internacionales.”. Ed. *IEF*, Trabajo presentado al X Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales del segundo semestre de 2008, pp. 227-237.

SENDÍN CIFUENTES, J. L., “Operaciones vinculadas: aplicabilidad del ajuste secundario en operaciones internas”, en AA. VV., *Las operaciones vinculadas. Análisis contable y fiscal*, CISS, 2009 (coord. González González, J. M.), pp. 103-128.

SENDÍN CIFUENTES, J. L., “Operaciones vinculadas: el ajuste secundario en operaciones internacionales. Procedimiento y sancionabilidad”, en AA. VV., *Las operaciones vinculadas. Análisis contable y fiscal*, CISS, 2009 (coord. González González, J. M.), pp. 129-152.

SERRANO GUTIÉRREZ, A., “La aplicación del valor normal de mercado en las operaciones vinculadas. Criterios contables y fiscales”, *Actum*, núm. 1, marzo 2007, pp. 77-82.

SIEKER K., “Transfer Pricing Rules and Practice in Germany”, en AA. VV., *Tax Management Foreign Income. Transfer Pricing: European Rules and Practice*, núm. 895, Washington, Ed. Bureau of National Affairs, 2010, Chapter 23, pp. 1-23, 1-77.

SIMÓN ACOSTA, E., “Fraude de Ley y economías de opción”, en AA. VV., *Cuestiones tributarias prácticas*, Ed. La Ley, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 105-165.

SUÁREZ MOSQUERA, C., “La calificación jurídica de las operaciones vinculadas, en la imposición directa, según la modificación realizada por la Ley 36/2006, de prevención del fraude fiscal”, *Documentos IEF*, núm. 19/07, Madrid, 2007, pp. 1-90.

TAX AND ACCOUNTING CENTER (anónimo): “Collateral Adjustments” publicado en la base de datos *Foreign Income Portfolios: Transfer Pricing: Portfolio 887-1st: Transfer Pricing: the Code and the Regulations: Chapter 1: section 482 and the Regulations Thereunder; the 1994 regulations*, 2.000, pp. 1-13.

TAX AND ACCOUNTING CENTER (anónimo): “Section 482 Allocations: Specific Allocations Methods and Rules in the Code and Regulations” publicado en la base de datos *U.S. Income Portfolios*, 2.000, pp. 1-7.

TEIXEIRA, R., “Tax Treaty Consequences of Secondary Transfer Pricing Adjustments”, *Intertax*, Volume 37, Issue 8/9, Kluwer Law International BV, 2009, pp. 449-472.

TRAPÉ VILADOMAT, M., “El Foro sobre Precios de Transferencia en la Unión Europea”, *ICE, Revista de Economía*, núm. 825, 2005, pp. 161-172.

TRAPÉ VILADOMAT, M., “Ajustes valorativos y normas de contabilidad” en AA. VV., *Fiscalidad de las operaciones vinculadas* (coord. Carmona Fernández, N.). CISS, Madrid, 2009, pp. 101-122.

TRAPÉ VILADOMAT, M., “Ajustes correlativos. Procedimiento amistoso y arbitral” en AA. VV., *Fiscalidad de las operaciones vinculadas* (coord. Carmona Fernández, N.). CISS, Madrid, 2009, pp. 519-549.

URQUIZU CAVALLÉ, A. y ANGUITA MORERA, A., *Fiscalidad de las inversiones españolas en China*, Ed. Marcial Pons, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 2008.

VADILLO CASERO, C. C., “El ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas”, CEF, Trabajo presentado al X Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales del segundo semestre de 2008, pp. 251-281.

VADILLO CASERO, C. C., “Implicaciones fiscales del nuevo Plan General de Contabilidad”, *Revista Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 61/2007, p. 137.

VALENTE, P., *Manuale del transfer pricing*, Ed. Ipsoa, 2009.

VARO REINA, A., “Aportación de socios a fondos propios” en el portal *www.el derecho.com/tribuna/mercantil del Grupo Francis Lefebvre*, 21 de marzo de 2014.

VÁZQUEZ CANALES, C., “Comentarios de los artículos 88 al 125 del RD 2631/1982 por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades”, en AA. VV. *Impuesto sobre Sociedades: Comentarios al Reglamento* (coord. Mantero Sáenz, A.), Escuela de Inspección Financiera y Tributaria, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1984, pp. 121-153.

VEGA HERRERO, M., “Los rendimientos del trabajo en especie”, *Estudios del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Lex Nova, 2000, pp. 293-320.

VILLAVERDE GÓMEZ, M. B., “La declaración de nulidad de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Tasas y Precios Públicos por la STC 194/2000, de 19 de julio 2000”, *Jurisprudencia Tributaria Avanzada*, núm. 18/2000, pp. 1-23 (en westlaw on line).

VILLCA POZO, M., “Problemas que se determinan en la aplicación de los convenios de doble imposición”, *El Fisco*, núm. 162, 2010, pp. 18-34.

WARNER J., “Announcement 99-1: Rev. Proc. 65-17, More and Less”, *Tax Management International Journal*, May 12, 1999, pp. 128-140.

WARNER J., "Conforming and Secondary Adjustments under Section 482", *Tax Management International Journal*, Aug 7, 1998, pp. 394-405.

EPÍLOGO

Durante la última revisión formal del presente trabajo se ha tenido conocimiento de la aprobación del Anteproyecto de Ley del IS publicado en la web del Ministerio de Economía y Hacienda el pasado 23 de junio de 2014.

Uno de los múltiples artículos que será previsiblemente modificado es el artículo 16 del actual TRLIS, el cual pasará a ser el artículo 18 de la futura Ley del IS. Parece que dada la introducción de nuevos artículos habrá una nueva numeración de los mismos. A estos efectos, será el nuevo artículo 18 el encargado de la regulación de las operaciones vinculadas. De nuevo, se reenumeran los epígrafes que compondrán este artículo, de suerte que el epígrafe que regulará el ajuste secundario ya no será el artículo 16.8 del TRLIS sino el artículo 18.11 de la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades.

En particular, se introducen modificaciones relevantes en relación a la regla de calificación, posibilitando al sujeto pasivo evitar la aplicación del ajuste secundario si opta por la restitución patrimonial, lo cual equivale a una solución en línea con la propuesta en este trabajo.

Artículo 18.11 del Anteproyecto de Ley del IS: *“En aquellas operaciones en las que se determine que el valor convenido es distinto del valor de mercado, la diferencia entre ambos valores tendrá, para las personas o entidades vinculadas, el tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia. No se aplicará lo dispuesto en este apartado cuando se proceda a la restitución patrimonial entre las personas o entidades vinculadas en los términos que reglamentariamente se establezcan. Esta restitución no determinará la existencia de renta en las partes afectadas”*.

A su vez, y siempre con la cautela que merece un anteproyecto de ley, previsiblemente también se modificarán artículos que inciden en algunas de las cuestiones que han sido tratadas en este trabajo, algunas con impacto más directo respecto al ajuste secundario, y otras de manera más tangencial.

- a) Respecto las relaciones de vinculación, existen modificaciones, eliminaciones e introducción de nuevos supuestos. A saber;
- i. Se eleva el perímetro de vinculación en lo que se refiere a las relaciones socio-sociedad, considerando que existe vinculación a partir de una participación igual o superior al 25% no distinguiendo si se trata de una sociedad cotizada o no cotizada.
 - ii. No se consideran supuestos de vinculación la relación entre una entidad no residente en territorio español y su EP en el mencionado territorio ni tampoco dos entidades que formen parte de un grupo que tributa bajo el régimen de los grupos de sociedades cooperativas.
 - iii. Se añade un supuesto nuevo de vinculación de hecho referido a dos entidades cuando una de ellas ejerza el poder de decisión sobre la otra.
- b) Se elimina la jerarquía de métodos para la valoración a mercado de una operación vinculada prevista actualmente en el artículo 16.4 del TRLIS y se admite con carácter subsidiario la utilización de otros métodos y técnicas de valoración siempre que se respete el principio de *arm's length*.
- c) Se simplifican las obligaciones de documentación introduciendo un régimen simplificado de documentación para entidades o grupo cuyo importe neto de la cifra de negocios sea inferior a 45 millones de euros.
- d) Se modifica el régimen sancionador disminuyendo las sanciones por incumplimientos formales pero sobrevive el 15% de sanción sobre la corrección valorativa.
- e) Entre otras modificaciones sobre el régimen de TFI, cabe señalar que se endurece el régimen, ampliando los supuestos de rentas positivas

susceptibles de integración y se penaliza con la obligación de integrar todas las rentas obtenidas por la entidad no residente cuando la misma no disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales para la realización de sus operaciones (con la excepción de grupo o constitución y operativa por motivos económicos válidos). Es decir, se entrará con más intensidad a valorar la verdadera sustancia económica de la estructura.