

Revista
Técnica
Tributaria

E S T U D I O S

LA NUEVA REGULACION DE LAS OPERACIONES VINCULADAS EN EL IMPUESTO DE SOCIEDADES

Javier Martín Fernández

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Complutense de Madrid*

1- INTRODUCCION

El art. 16 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante LIS), establece las reglas de valoración de las operaciones vinculadas. Este precepto tiene su antecedente en el art. 16.3 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, que regulaba el tributo con anterioridad. El art. 16 debe verse completado con otros preceptos de la LIS —arts. 11.4 y 5; 12.2.e) y 3; 15.2.f); 18; 20; 23.2 y 28.4— y por el art. 8 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante LIR), a cuyo tenor la "valoración de las operaciones entre una sociedad y sus socios o consejeros o los de otra sociedad del mismo grupo, así como los cónyuges, ascendientes o descendientes de cualquiera de ellos, se realizará por su valor normal en el mercado"¹. Todas estas normas pretenden que parte del beneficio obtenido por los sujetos pasivos, no quede sin tributar en los Impuestos sobre la Renta o Sociedades por ser desviado hacia sus asociados, órganos de dirección, etc o se difiera a otros ejercicios.

Para el art. 10.3 de la LIS, la base imponible se calcula, en el régimen de estimación directa, corrigiendo el resultado contable determinado según las normas previstas en los arts. 25 y siguientes del Código de Comercio a través de los preceptos de la LIS².

¹El art. 44.3 del Reglamento del Impuesto, aprobado por Real Decreto 1841/1991, de 30 de diciembre, exige que, en las operaciones vinculadas, la retención o el ingreso a cuenta no pueda ser inferior al calculado sobre el rendimiento fijado conforme al art. 8 de la Ley.

²En palabras de QUINTAS BERMUDEZ -con relación al art. 16.1 de la Ley 61/1978- en esta regulación se palpa la relación existente entre contabilidad y fiscalidad en los impuestos de carácter empresarial y, especialmente, en el Impuesto sobre Sociedades. De esta relación no cabe concluir, por el contrario, que el resultado contable deba servir, sin modificación alguna, para constituir la base imponible, "sino que deberá pasar el tamiz de las normas expresas de carácter fiscal sobre la admisibilidad y límites de los principios contables de valoración" ("Artículo 16", en **Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras. Impuesto sobre Sociedades**, IV - 2º, EDESA, Madrid, 1986, p.p. 4-5).

E S T U D I O S

Por su parte, el art. 15.1 establece que los elementos patrimoniales se valoran por su precio de adquisición o coste de producción. Como excepción, a las operaciones vinculadas se les aplica una regla especial de valoración. Este carácter hace que se utilice una auténtica ficción tributaria, remitiéndose al valor de mercado y no al valor contable que es la regla general³, siempre que la contabilidad refleje en todo momento la verdadera situación patrimonial de la entidad. Esta regla no admite prueba en contrario, pues no estamos ante una presunción de onerosidad de las consignadas en el art. 5 de la LIS⁴, sino ante una regla para determinar la base imponible del tributo⁵.

2- LAS OPERACIONES VINCULADAS EN LA LEY 61/1978.

A. Planteamiento.

Según el art. 16.3 de la Ley 61/1978, cuando se trate de operaciones entre sociedades vinculadas, su valoración, a efectos del Impuesto sobre Sociedades, se realizará "de conformidad con los precios que serían acordados en condiciones normales de mercado entre partes independientes". A tenor de su núm. 4, esta norma de valoración se aplica, en todo caso, "a) A las sociedades vinculadas directa o indirectamente con otras no residentes en España y a las operaciones realizadas por una sociedad no residente con sus establecimientos permanentes en España o por una sociedad residente con sus establecimientos permanentes en el extranjero. b) A las operaciones entre una Sociedad —incluidas las cooperativas⁶— y sus socios o consejeros o los socios o consejeros de otra sociedad del mismo grupo, así como los cónyuges, ascendientes o descendientes de cualquiera de ellos. c) A las operaciones entre dos sociedades en las cuales los mis-

³Como pone de manifiesto la Exposición de Motivos de la LIS: "Determinar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades a partir del resultado contable, corregido por las excepciones legalmente tipificadas, constituye uno de los objetivos primordiales de la reforma del Impuesto sobre Sociedades, cuya consecución redundará en beneficio de la seguridad jurídica del contribuyente".

⁴"Las cesiones de bienes y derechos en sus distintas modalidades se presumirán retribuidas por su valor de mercado, salvo prueba en contrario".

⁵Cfr., CLAVIJO HERNANDEZ, F.: "Impuesto sobre Sociedades", en **Curso de Derecho Tributario**, (11 edic.), Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 285; ESEVERRI MARTINEZ, E.: **Presunciones legales y Derecho Tributario**, Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, Madrid, 1995, p.p. 90 y ss.; GOTA LOSADA, A.: **Tratado del Impuesto de Sociedades**, II, Banco Exterior de España, Madrid, 1989, p. 377 y MORENO CEREZO, F.: **El Impuesto sobre Sociedades**, (2ª edic.), Pirámide, Madrid, 1979, p. 178. En términos similares, las Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central de 3 de febrero de 1987, 29 de noviembre de 1988 y 29 de enero de 1992 (citadas por BUJIDOS GARAY, P.: "Las operaciones vinculadas a la luz de la doctrina de los Tribunales y de la Dirección General de Tributos", **Revista Técnica Tributaria**, núm. 29, 1995, p. 112).

⁶A tenor del art. 16.6 de la Ley 61/1978, la valoración "de las operaciones realizadas por las cooperativas con sus socios se regirá por lo dispuesto en su legislación específica y, en su defecto, se efectuará por su valor de mercado". En términos similares el art. 15 de la Ley 20/1990.

mos socios, sus cónyuges, descendientes, ascendientes o hermanos posean, al menos, el 25 por 100 de sus capitales, o cuando dichas personas ejerzan en ambas sociedades funciones que impliquen el ejercicio del poder de decisión". También se entenderá que existe vinculación entre las entidades que pertenezcan a un mismo grupo de sociedades en los términos previstos en la legislación mercantil (art. 16.5 de la Ley 61/1978).

Pensamos que el ajuste que contempla la norma sólo tenía virtualidad cuando la diferencia entre el valor contable y el de mercado presentaba cierta relevancia⁷. Aunque la Ley 61/1978 no dice nada al respecto, tal conclusión deriva de otros preceptos tributarios posteriores a aquélla. Así, el art. 79.5 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, establece unas reglas especiales de valoración existiendo vinculación entre las partes, cuando se convengan "precios notoriamente inferiores a los normales en el mercado". Por su parte, el art. 41.5 de la LIR, que se ocupa del rendimiento neto de las actividades empresariales y profesionales, señala que si la contraprestación obtenida "sea notoriamente inferior al valor normal en el mercado de los bienes y servicios, se atenderá a este último". Notoriedad que está ínsita en la propia expresión "valor de mercado" como concepto jurídico indeterminado.

En este sentido, cabe aplicar los criterios contenidos en otras disposiciones tributarias. De un lado, el art. 14.7 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales⁸, establece unas reglas especiales en el tributo, siempre que el valor comprobado por la Administración exceda en más del 20 por 100 del declarado por las partes y el exceso sea superior a 2.000.000 de pesetas⁹. De otro lado, el art. 52.2 de la Ley General Tributaria, respecto de la tasación pericial contradictoria promovida por el sujeto pasivo, determina que, si existe disconformidad de los peritos sobre el valor de los bienes y derechos, "y la tasación practicada por el de la Administración no excede en

⁷Vid., MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: *Las cooperativas y su régimen tributario*, La Ley, Madrid, 1994, p.p. 127-128.

⁸Nos dice el precepto: "Cuando en las transmisiones onerosas por actos **inter vivos** de bienes y derechos, el valor comprobado a efectos de la modalidad de "transmisiones patrimoniales onerosas" exceda del consignado por las partes en el correspondiente documento en más del 20 por 100 de éste y dicho exceso sea superior a 2.000.000 de pesetas, este último, sin perjuicio de la tributación que corresponda por la modalidad expresada, tendrá para el transmitente y para el adquirente las repercusiones tributarias de los incrementos patrimoniales derivados de transmisiones a título lucrativo".

⁹Como señala MORIÉS JIMÉNEZ -con referencia a la disposición adicional cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos que ha sido incorporada al art. 14.7 del texto refundido del tributo-, esta disposición puede ser significativa en el sentido de expresar un criterio, una cifra a partir de la cual se pueda hablar de diferencia. "Entendemos que entre este supuesto y el de las operaciones vinculadas, aunque no exista una total similitud, sí puede apreciarse una cierta identidad de razón, que hace posible nuestra idea **de proceder al ajuste sólo cuando la diferencias entre los precios de transferencia y el precio de mercado sea considerable**" ("Las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades", *Derecho de los Negocios*, núm. 3, 1990, p. 34. Cursiva en el original).

E S T U D I O S

más del 10 por 100 y no es superior en 20.000.000 de pesetas a la hecha por el sujeto pasivo, ésta última servirá de base para la liquidación"¹⁰. De la lectura de ambos preceptos podemos concluir que existe una notoria diferencia entre el valor satisfecho y el de mercado, cuando el primero supera entre un 10 y un 20 por 100 al segundo. Si es inferior no creemos que deba procederse al ajuste fiscal.

B. Reglas para determinar el valor de mercado.

El art. 169.1 del anterior Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre (en adelante RIS)¹¹, nos brinda los métodos para determinar el valor de mercado¹²:

a) Cotizaciones en mercados oficiales regulares a la fecha a que debe referirse la valoración.

b) Precios aplicados en operaciones similares en la misma época o aproximada, teniendo en cuenta la relación comercial entre empresas o personas no vinculadas.

c) Precios, tarifas o condiciones autorizadas administrativamente, publicadas en algún Boletín Oficial o dados a conocer a través de un medio de difusión.

d) Valor asignado a efectos de otro tributo.

e) Precios o condiciones expuestas por la entidad en algún expediente administrativo o en sus catálogos o listas de precios.

f) Valores consignados en el mismo contrato o en otros de características similares.

g) Margen comercial habitual en operaciones similares.

Para el Tribunal Económico-Administrativo Central¹³, el valor de mercado es la conjunción de las siguientes premisas:

— Hay que tomar como referencia el mismo mercado en términos geográficos, ya que en la fijación de los precios se tiene en cuenta no sólo el libre juego de la oferta y la demanda sino también otros factores de muy variada índole.

¹⁰Nueva redacción por la Ley 25/1995, de 20 de julio, de modificación parcial de la Ley General Tributaria.

¹¹Derogado expresamente por el punto 1.8 de la disposición derogatoria única de la LIS.

¹²Cfr., sobre todos ellos, los comentarios de SANZ CADEA, E.: **Impuesto sobre Sociedades**, I, (2ª edic.), Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1988, p.p. 230-235.

¹³Resolución de 10 de octubre de 1991 (R.G. 5.688/90. R.S. 73/91).

— Las operaciones que se comparan han de referirse a una mercancía igual o similar.

— Las transacciones comparadas tienen que tener un volumen equivalente.

— El tramo en el que se realicen las operaciones comparadas ha de ser el mismo, pues los precios varían según la transacción se haya efectuado entre fabricante y mayorista, mayorista y minorista o minorista y consumidor final.

— Por último, las operaciones comparadas han de ser realizadas en el mismo período de tiempo.

C. ¿Ajuste unilateral o bilateral?.

Una vez determinado el valor de mercado y comparado con el valor efectivo por el que la operación se ha realizado, la entidad —sin previo requerimiento— mediante ajuste extracontable o la Administración, tras la correspondiente comprobación, debían proceder a incrementar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, por la diferencia entre ambos valores. Ahora bien, ¿qué ocurre en la otra parte?.

No es esta la sede para exponer el debate surgido sobre el sentido unilateral o bilateral de tales ajustes¹⁴. El legislador intentó zanjar la polémica, dando nueva redacción al art. 16.3 de la Ley 61/1978, por la disposición adicional quinta de la LIR. Afirmaba el precepto: "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". Una interpretación literal del mismo podía llevarnos a la

¹⁴El Tribunal Económico-Administrativo Central en Resoluciones de 10 de septiembre de 1986 y 3 de febrero de 1987, defendió la bilateralidad de los ajustes. Posteriormente el Tribunal Supremo se decantó por este carácter en Sentencias de 23 de mayo y 30 de noviembre de 1989 (Aranzadi 8106). La doctrina no es unánime en este sentido. Se manifiestan en contra del carácter bilateral, entre otros, COMBARROS VILLANUEVA, V.E.: **Régimen tributario de las operaciones entre sociedades vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades**, Tecnos, Madrid, 1988; MIRACLE GOMEZ, J.: "Los ajustes por operaciones vinculadas", **Gaceta Fiscal**, núm. 42, 1987, p.p. 167-185; NAVAS VAZQUEZ, R.: "La valoración de operaciones entre sociedades vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades", **Civitas. Revista Española de Derecho Financiero**, núm. 55, 1987, p.p. 459-473; "Más de lo mismo (Apostilla sobre el régimen de las operaciones vinculadas)", en la misma revista, núm. 65, 1990, p.p. 39-143 y QUINTAS BERMUDEZ: **Comentarios al Reglamento del Impuesto sobre Sociedades**, Civitas, Madrid, 1984, p. 174.

Exponen una opinión favorable al mismo: FALCON y TELLA, R.: "La aplicación por los Tribunales Económico-Administrativos del Derecho Comunitario y las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades", **Noticias CEE**, núm. 28, 1987; GOTA LOSADA, A.: **Tratado del Impuesto de Sociedades**, II, **op. cit.**, p. 433; MORIES JIMENEZ, M. T.: "Las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades", **op. cit.**, p. 32; PEREZ ROYO, F.: "Sobre los ajustes fiscales por operaciones vinculadas", **Crónica Tributaria**, núm. 56, 1986, p.p. 267-275 y SANZ GADEA, E.: **Impuesto sobre Sociedades**, I, **op. cit.**, p.p. 251-263.

E S T U D I O S

conclusión de que consagra el ajuste unilateral¹⁵. Sin embargo, cabe realizar una interpretación contraria del siguiente modo¹⁶:

- a) Lo dispuesto en el art. 16.3 se aplica, tan sólo, cuando las partes son objeto de comprobación inspectora y ha finalizado el plazo voluntario para declarar.
- b) Se reconoce, de forma expresa, la admisión del ajuste bilateral, en la otra parte —socio o entidad— que no es objeto de comprobación inspectora.
- c) Se impide el ajuste si la Administración comprueba, de forma simultánea, a las dos partes.

3- REQUISITOS PARA PROCEDER AL AJUSTE POR OPERACIONES VINCULADAS.

Cuatro importantes novedades incorpora la nueva regulación de estas operaciones¹⁷. En primer lugar, a diferencia de la Ley 61/1978, ya no se trata de un mandato imperativo que exige que la Administración lleve a cabo el ajuste siempre que la diferencia con el valor de mercado sea notoria, sino que ésta última “podrá valorar por su valor normal de mercado”. Tal y como ha puesto de relieve el profesor Simón Acosta, la aplicación del régimen especial de valoración a precios de mercado deja de ser automática y general, para convertirse en lo que debe de ser: “un instrumento de utilización discrecional... en aquellos casos en que la desviación de beneficios mediante precios de

¹⁵Para el profesor NAVAS VAZQUEZ “si el ajuste se hace por iniciativa de la Inspección, no tiene efectos bilaterales sino unilaterales, con lo que si a la sociedad A le aumenta la Inspección su base imponible, aumentando el valor de uno de sus ingresos por la venta que efectuó a la sociedad B, con la que está vinculada, ésta no puede pretender que por ello sus gastos deban de aumentarse en la misma cuantía” (“El Impuesto sobre Sociedades”, en **Manual del Sistema Tributario Español**, (2ª edic.), Civitas, Madrid, 1994, p. 208). Según el profesor CLAVIJO HERNANDEZ. Si la “Administración tributaria debe proceder en el transcurso de una comprobación tributaria y, por tanto, fuera del plazo voluntario de declaración, a ajustar la valoración de la operación entre sociedades vinculadas, el ajuste que practique será de carácter unilateral y, por tanto, sólo lo realizará en aquella de las partes para la que el citado ajuste suponga un aumento de la base imponible” (“Impuesto sobre Sociedades”, **op. cit.**, p. 285). En términos similares MALVAREZ PASCUAL, L. A.: **La nueva regulación del Impuesto sobre Sociedades. Régimen general**, I, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1996, p. 68; RODRIGUEZ, C. y MARTIN, A.: **Comentarios de urgencia a la Ley del Impuesto sobre Sociedades**, Lex Nova, Valladolid, 1996, p. 64 y TOME MUGURUZA, B.: “Operaciones vinculadas y subcapitalización”, en **Guía del Impuesto sobre Sociedades**, Ciss, Valencia, 1996, p. 351.

¹⁶MARTIN FERNANDEZ, J.: **Las cooperativas y su régimen tributario**, **op. cit.**, p.p. 133-134.

¹⁷Para MALVAREZ PASCUAL, el art. 16 de la LIS “introduce importantes cambios en el régimen de las operaciones vinculadas, mejorando notablemente, desde nuestro punto de vista, la regulación anterior, pues se consigue una mejor adecuación de dicho régimen a los principios constitucionales (fundamentalmente en relación con el derecho a la prueba del artículo 24 y con el principio de capacidad económica)” (**La nueva regulación del Impuesto sobre Sociedades. Régimen general**, **op. cit.**, p. 62).

transferencia produzca en el conjunto de la operación una disminución de impuestos en España¹⁸.

En segundo lugar, los términos "Reglas de valoración: operaciones vinculadas", que titulan el art. 16 de la LIS, contemplan todo tipo de operaciones, tanto las ordinarias —ingresos y gastos—, como las extraordinarias de la entidad (compraventa de inmovilizado, valores, etc.). Ello difiere de la regulación anterior, pues el art. 16 de Ley 61/1978, se titulaba "Valoración de ingresos y gastos"¹⁹, aunque el régimen se aplicaba por igual a ambos tipos de operaciones.

En tercer lugar, el ajuste debe producirse siempre que "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 en el pago del tributo". En definitiva, que no produzca una doble imposición en España²⁰. Por tanto, se ha reducido considerablemente el ámbito objetivo de estos ajustes con la LIS, tal y como veremos más adelante.

En cuarto y último lugar, tales ajustes sólo pueden ser realizados por la Administración. Esta conclusión deriva de una interpretación conjunta de los arts. 15.2 y 16, apartados 1 y 6. El primero, exige que se valoren por parte de los sujetos pasivos determinadas operaciones por su valor de mercado²¹, entre las que no se mencionan las realizadas con personas o entidades vinculadas. El segundo, admite que la Administración —no el sujeto pasivo— pueda valorar tales operaciones por su valor de mercado —apartado 1— y sólo permite que éste pueda practicar el ajuste —apartado 2— cuando aquélla haya aprobado la propuesta por él planteada. Por tanto, si el sujeto procede al ajuste estaríamos ante revalorizaciones o minoraciones voluntarias que no se

¹⁸"El nuevo Impuesto sobre Sociedades", **Actualidad jurídica Aranzadi**, núm. 229, 1996, p. 4. En sentido contrario se manifiestan C. RODRIGUEZ y A. MARTIN, al afirmar que, pese a la redacción del precepto, "creemos que la Administración Tributaria no tiene una facultad discrecional en esta materia sino un mandato imperativo a la hora de realizar los ajustes" (**Comentarios de urgencia a la Ley del Impuesto sobre Sociedades**, *op. cit.*, p. 64).

¹⁹De igual modo, ALONSO MURILLO, F.: "Artículo 16", en **Comentarios a la Ley del Impuesto sobre Sociedades**, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p.p. 67-68.

²⁰De igual modo, TOME MUGURUZA, B.: "Operaciones vinculadas y subcapitalización", *op. cit.*, p. 347. BANACLOCHE PEREZ se muestra crítico con relación a la actual regulación en la LIS de las operaciones vinculadas, pues "no se corrige el precio, sino la tributación resultante" (**La reforma del Impuesto sobre Sociedades**, La Ley, Madrid, 1996, p. 110).

²¹Deben valorarse de este modo los siguientes elementos patrimoniales: los transmitidos o adquiridos a título lucrativo; los aportados a entidades y los valores recibidos en contraprestación; los transmitidos a los socios por causa de disolución, separación de los mismos, reducción del capital con devolución de aportaciones, reparto de la prima de emisión y distribución de beneficios; los transmitidos en virtud de fusión, absorción y escisión total o parcial, así como los adquiridos por permuta, canje o conversión.

E S T U D I O S

integran en la base imponible del tributo (art. 15.1 de la LIS). Cuando la operación vinculada se realiza entre una persona física y una sociedad, debido a la remisión expresa del art. 8 de la LIR al art. 16 de la LIS, tampoco cabe el ajuste por aquélla. Consecuencia de todo lo anterior, no debe existir reflejo contable de los ajustes. De este modo, cuando la Administración modifique el valor de adquisición de un elemento patrimonial, al incidir normalmente en el cálculo de la amortización de ejercicios que no son objeto de comprobación, el sujeto pasivo deberá proceder a practicar un ajuste extracontable positivo a la hora de formular su autodeclaración por el Impuesto sobre Sociedades²².

Todas estas novedades, tal y como se pone de manifiesto en el **Informe para la reforma del Impuesto sobre Sociedades**²³, deben producir una situación en la que, por una parte, la Administración disponga de unos métodos para la determinación del precio de mercado, legalmente definidos, en orden a evitar la elusión o el diferimiento del tributo y, por otra, el contribuyente tenga mayores garantías de que la corrección de su situación tributaria no originará un exceso de imposición.

En definitiva para proceder al ajuste es necesaria la concurrencia de los siguientes elementos:

- A. Hemos de encontrarnos ante personas o sociedades vinculadas.
- B. El ajuste debe referirse a un ejercicio no prescrito en el momento de la liquidación o sobre el que no haya recaído una liquidación firme.
- C. Debe existir una divergencia entre el valor contable de la operación y el valor de mercado.
- D. Debe producirse una tributación inferior en nuestro país por los impuestos personales sobre la renta en el conjunto de sujetos vinculados que hayan utilizado en sus operaciones un valor distinto al de mercado. Ello ocurre, a título enunciativo y no limitativo, en los siguientes supuestos de vinculación:
 - a) Operaciones realizadas con una entidad no residente.
 - b) Operaciones entre una entidad jurídica y una persona física, siempre que ésta última tribute a un tipo de gravamen inferior al de aquélla o viceversa.
 - c) Operaciones entre personas jurídicas sometidas a un tipo de gravamen diverso.
 - d) Operaciones realizadas entre personas jurídicas en las que una de ellas cuente en ese ejercicio con beneficios fiscales o bien tenga derecho a compensar pérdidas.

²²Téngase en cuenta el art. 10.3 de la LIS, ya comentado.

²³Secretaría de Estado de Hacienda, Madrid, 1994, p. 113.

Javier Martín Fernández

e) Operaciones de venta de inmovilizado que, al realizarse por un importe superior al de mercado, puedan producir el diferimiento del tributo a través de una mayor cuantía de las amortizaciones.

E. Para poder llegar a la conclusión de la letra anterior es necesario que la inspección, dentro del período de prescripción del tributo, compruebe a todos los sujetos conjuntamente, salvo que la otra parte sea una entidad no residente. Ello se debe a que el art. 16.1 de la LIS exige que la práctica de los ajustes “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”. Al contemplarse la tributación global de los sujetos que intervienen, se hace necesaria la comprobación conjunta, ya que pueden concurrir múltiples circunstancias que sean desconocidas por la Administración y que no deriven de las declaraciones presentadas en un concreto ejercicio (ejemplo: imaginemos una sociedad que obtiene pérdidas, gracias a la presencia de unos gastos no deducibles, y que para compensarlas realiza operaciones por precio superior al de mercado con una entidad vinculada).

Como vemos la Ley opta de forma clara por el carácter bilateral de los ajustes, impidiendo que se tribute sobre un beneficio superior al obtenido efectivamente por las partes. Ahora bien, se deben realizar por la propia Administración, salvo que las partes soliciten la propuesta sobre valoración de operaciones y aquélla acceda, de conformidad con el art. 16.6 de la LIS²⁴.

F. La deuda tributaria resultante se imputará, “a todos los efectos, incluido el cálculo de los intereses de demora —tanto a favor como en contra de los sujetos pasivos— y el cómputo del plazo de prescripción²⁵, al período impositivo en el que se realizaron las operaciones con personas o entidades vinculadas”²⁶. Es decir, es irrelevante la fecha de comprobación, salvo para el cómputo del plazo de prescripción y del momento de finalización del cómputo de los intereses de demora, que coincidirá con la fecha del acta.

²⁴Para TOME MUGURUZA puede ocurrir que los ajustes negativos se refieran a períodos impositivos cuyo plazo voluntario de declaración haya concluido. “Entendemos que en estos casos cabría que los sujetos pasivos rectificasen sus declaraciones reclamando la devolución de las diferencias entre las dos liquidaciones conforme al Real Decreto 1.163/1990, de 21 de septiembre, que regula el procedimiento para la devolución de ingresos indebidos” (“Operaciones vinculadas y subcapitalización”, *op. cit.*, p. 353).

²⁵El plazo de cinco años comenzará a contarse en este supuesto desde el día en que finalice el plazo para presentar la correspondiente declaración (arts. 64.a) y 65 de la Ley General Tributaria).

²⁶Tal previsión no estaba contenida en el proyecto.

E S T U D I O S

4- PERSONAS O ENTIDADES VINCULADAS.

El art. 16.2 considera personas o entidades vinculadas²⁷ las siguientes²⁸:

A. Una sociedad y sus socios, ascendientes y descendientes de éstos.

B. Una sociedad y sus consejeros o administradores y los cónyuges, ascendientes o descendientes de éstos. Para determinar lo que se entiende por consejeros y administradores hemos de acudir a la normativa específica que regula cada tipo de entidad. En concreto, con relación a las sociedades mercantiles, a los arts. 123 y ss. del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 57 y ss. de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Sólo se consideran administradores de estas entidades las personas a que hacen referencia tales normas y con independencia de la denominación que figure en los estatutos sociales. Si la Ley hubiera querido referirse a otro tipo de personas —gerentes, apoderados, etc.— hubiera utilizado un término diverso o los hubiera definido expresamente. Por tanto, su ámbito subjetivo no viene delimitado por el contenido y alcance de las funciones a desempeñar, no estando ante este supuesto de vinculación cuando nos encontremos ante una persona que, sin ser administrador, ejerza de forma efectiva la gestión y lleve la dirección económica de la entidad²⁹.

La retribución del administrador es para la sociedad un gasto deducible. ¿Qué ocurre si se pacta una retribución muy superior a la que fuera habitual para esta clase de actividad? Como supera el valor de mercado, habría que comprobar a las dos partes y evaluar si se ha producido un perjuicio para el Tesoro o un diferimiento en el pago de los Impuestos sobre la Renta y Sociedades. La cuestión se complica si se considera que la diferencia entre lo satisfecho y el valor de mercado es una liberalidad, en cuyo caso no sería deducible, sin tener que practicar ajuste alguno. La Ley guarda silencio sobre este particular. En nuestra opinión la previsión expresa del art. 16.2.b), con relación a los administradores, no permite incluir la diferencia de retribución den-

²⁷Téngase en cuenta que el art. 16.3 de la Ley 61/1978 utilizaba erróneamente los términos "operaciones entre sociedades vinculadas", sin tener en cuenta que una de las partes podía ser una persona física.

²⁸El proyecto incorporaba un supuesto no previsto en la redacción definitiva de la LIS: "j) Dos sociedades que participan cada una de ellas, directa o indirectamente en al menos el 25 por 100 del capital social de una tercera".

²⁹Mantienen un opinión contraria las Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central de 22 de febrero de 1995 -que cita, en apoyo de su argumentación, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1985- y 29 de marzo de 1995 -que cita la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de marzo de 1985- (**Impuestos**, núm. 18, 1995, p.p. 84 y 88).

tro de la escueta referencia a los donativos y liberalidades del art. 14.1.e) de la LIS.

C. Dos sociedades que reúnan las circunstancias requeridas para formar parte de un mismo grupo de sociedades y formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados³⁰. Partiendo de la existencia del grupo se califican también como vinculadas las operaciones realizadas entre una de estas sociedades y los socios, consejeros o administradores de la otra sociedad, así como sus cónyuges, ascendientes o descendientes de todos ellos.

De las circunstancias para formar parte de un mismo grupo de sociedades se ocupa el art. 42 del Código de Comercio, así como la sección 1ª del capítulo primero de las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas, aprobadas por el Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre, a los que se remite el art. 16.2 de la LIS³¹. El primero de ellos exige que una sociedad siendo socia de otra sociedad, se encuentre en relación a ésta en alguno de los siguientes casos: posea la mayoría de los derechos de voto, tenga la facultad de nombrar o de destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración, pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto o haya nombrado exclusivamente con sus votos 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 inmediatos anteriores. Las letras d), e), f) y g) del art. 16.2 de la LIS establecen que no son de aplicación, a estos efectos, las causas de exclusión de la obligación de consolidar previstas en el art. 43 del Código de Comercio³².

³⁰El régimen especial de los grupos de sociedades se contempla en los arts. 78 a 96 de la LIS. En concreto los arts. 85 a 89, están dedicados, respectivamente, a la determinación de la base imponible, eliminaciones, incorporaciones, compensación de bases imponibles negativas y reinversión de beneficios extraordinarios.

³¹Referencia no contenida en el proyecto.

³²Estas causas se aplican salvo que algunas de las sociedades haya emitido valores admitidos a negociación en un mercado bursátil. A tenor del art. 1 son las siguientes: "1º Cuando en la fecha del cierre del ejercicio de la sociedad dominante el conjunto de las sociedades no sobrepase, en sus últimas cuentas anuales, dos de los límites señalados en la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas para la formulación de cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

2º. Cuando la sociedad dominante sometida a la legislación española sea al mismo tiempo dependiente de otra que se rija por la legislación de otro Estado miembro de la Comunidad Económica Europea, si esta última sociedad posee la totalidad de las participaciones sociales de aquélla o si, poseyendo el 90 por 100 o más de ellas, los socios minoritarios aprueban tal dispensa. En todo caso será preciso que se cumplan los requisitos siguientes:

a) Que la sociedad dispensada de formalizar la consolidación, así como todas sus filiales, se consoliden en las cuentas de un grupo mayor, cuya sociedad dominante esté sometida a la legislación de otro Estado miembro de la Comunidad Económica Europea.

b) Que la sociedad española dispensada de formalizar la consolidación indique en sus cuentas la mención de estar exenta de la obligación de establecer las cuentas consolidadas, el grupo al que pertenece, la razón social y el domicilio de la sociedad dominante extranjera.

E S T U D I O S

D. Una sociedad y otra sociedad participada por la primera indirectamente en, al menos, el 25 por 100 del capital social. Es decir, la participación directa debe ser inferior al 50 por 100, pues, en otro caso, habría obligación de consolidar y no se aplicaría este supuesto.

E. Dos sociedades en las que los mismos socios o sus cónyuges, ascendientes o descendientes participen, directa o indirectamente en, al menos, el 25 por 100 del capital social.

F. Una sociedad residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el extranjero y el supuesto contrario. El art. 9 del Convenio modelo de doble imposición sobre la renta y el patrimonio de la OCDE de 1992, prevé la existencia de ajustes en estos supuestos con carácter bilateral. Además habrá que tener presente la existencia de Convenios de doble imposición y, en el marco de la Unión Europea, el Convenio de 23 de julio de 1990 (90/436/CEE), relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios entre empresas asociadas³³.

G. Dos entidades que forman parte de un grupo que tribute en el régimen de los

c) Que las cuentas consolidadas de la sociedad dominante extranjera, así como el informe de gestión y el certificado de los auditores se depositen, traducidos al castellano, en el Registro Mercantil donde tenga su domicilio la sociedad española".

Por su parte, el núm 2 del precepto permite a la sociedad dominante excluir de las cuentas consolidadas: "a) A la sociedad del grupo que presente un interés poco significativo con respecto a la imagen fiel que deben expresar las cuentas consolidadas. Siendo varias las sociedades del grupo en estas circunstancias, no podrán ser excluidas de la consolidación más que si en su conjunto presentan un interés poco significativo respecto a la finalidad expresada.

b) Aquellas sociedades del grupo respecto de las cuales existan retriaciones importantes y permanentes que dificulten sustancialmente el ejercicio por la sociedad dominante de sus derechos sobre el patrimonio o la gestión de dichas sociedades.

c) Aquéllas en las que la información necesaria para establecer las cuentas consolidadas sólo pueda obtenerse incurriendo en gastos desproporcionados o mediante un retraso que imposibilite la formación de dichas cuentas anuales en el plazo legal establecido.

d) Aquéllas cuyas participaciones sociales se posean exclusivamente al objeto de su cesión posterior.

e) Las que tengan actividades tan diferentes que su inclusión resulte contraria a la obtención de la finalidad propia de las cuentas consolidadas. Este apartado no será aplicable por el solo hecho de que las sociedades incluidas en la consolidación sean parcialmente industriales, parcialmente comerciales y parcialmente dedicadas a la prestación de servicios o de que ejerzan actividades industriales o comerciales o realicen prestaciones de servicios diferentes".

³³BOE de 21 de diciembre de 1994. Este Convenio, que entró en vigor el día 1 de enero de 1995, prevé para el caso de que no se logre corregir la doble imposición por la vía amistosa en el plazo de dos años, que la cuestión se someta a una Comisión consultiva integrada por dos representantes de cada Administración implicada y personalidades independientes en número par. Esta elaborará un dictamen en base al cual las Administraciones tomarán una decisión de mutuo acuerdo en el plazo de seis meses. Si no existe acuerdo el dictamen tiene carácter vinculante.

grupos de sociedades cooperativas³⁴. Téngase en cuenta que el art. 15.2 de la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de las Cooperativas exige que en las operaciones entre una Cooperativa y sus socios se aplique el valor de mercado, salvo que se trate de cooperativas de consumidores y usuarios, vivienda, agrarias o de aquéllas “que, conforme a sus Estatutos, realicen servicios o suministros a sus socios”. En estos casos — num. 3 del precepto³⁵— “se computará como precio de las correspondientes operaciones aquel por el que efectivamente se hubieran realizado, siempre que no resulte inferior al coste de tales servicios y suministros, incluida la parte correspondiente de los gastos generales de la entidad. En caso contrario se aplicará éste último. En las cooperativas agrarias se aplicará este sistema tanto para los servicios y suministros que la cooperativa realice a sus socios como para los que los socios realicen o entreguen a la cooperativa”.

Interpretando conjuntamente el art. 16 y la disposición final segunda de la LIS, así como el art. 15 de la Ley 20/1990, llegamos a las siguientes conclusiones:

a) Las cooperativas se rigen por el régimen tributario previsto en la Ley 20/1990 (núm. 1 de la disposición final segunda de la LIS).

b) El régimen de las operaciones vinculadas de la LIS sólo se aplica a las entidades que tributen en el régimen de los grupos de sociedades cooperativas, por la referencia expresa que realiza el art. 16.2.l) de la LIS.

c) Las cooperativas, salvo aquéllas que contempla el art. 15.3 de la Ley 20/1990, deben practicar ajustes, que en todo caso tendrán carácter bilateral³⁶, en las operaciones que realicen con sus socios a un precio distinto del de mercado.

H. Dos sociedades, cuando una de ellas ejerce el poder de decisión sobre la otra³⁷. Como vemos, varios de los supuestos anteriores son reconducibles a éste último.

Cuando la vinculación se defina en función de la relación socio-sociedad, la participación debe ser igual o superior al 5 por 100 o al 1 por 100 si se trata de valores cotizados en un mercado secundario organizado. He aquí una innovación de la LIS frente a la Ley 61/1978. Recordemos que el art. 16.4.b) de ésta última, predicaba la vinculación respecto de todas las operaciones realizadas entre una sociedad y sus socios, sin referencia alguna al grado de participación en el capital.

³⁴Cfr., el Real Decreto 1345/1992, de 6 de noviembre, cuya vigencia declara, de forma expresa, el punto 3 de la disposición final segunda de la LIS.

³⁵Este apartado ha sido objeto de nueva redacción por la disposición final segunda de la LIS.

³⁶Vid., MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: *Las cooperativas y su régimen tributario*, op. cit., p.p. 127-128

³⁷Se ha suprimido la referencia, presente en el proyecto, “o ambas están sometidas al poder de decisión de una tercera”. ALONSO MURILLO pone de relieve los problemas que plantea la determinación de lo que debe entenderse por “poder de decisión” a estos efectos (“Artículo 16”, op. cit., p. 69).

E S T U D I O S

5- DETERMINACION DEL VALOR NORMAL DE MERCADO.

Para la determinación “del valor normal de mercado”³⁸ la Administración tributaria debe aplicar alguno de estos cuatro métodos³⁹, respondiendo todos ellos a la doctrina de la OCDE (los llamados *dealing at arms length*)⁴⁰: precio comparable de mercado, coste incrementado, precio de reventa y distribución del resultado de la operación en función de los riesgos asumidos por las partes. Los tres últimos presentan un carácter supletorio para el caso de que no pueda aplicarse el primero por la índole del producto, mercancía, servicio prestado o de la utilización de tecnología específica⁴¹.

A. Precio comparable de mercado.

El método general es el de aplicación del precio de mercado del bien o servicio de que se trate o de otros de características similares. Para ello deben efectuarse las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de la operación.

Estamos en presencia de un concepto jurídico indeterminado cuya delimitación es de una gran trascendencia. El art. 15.2 de la LIS considera como valor normal de mercado “el que hubiera sido acordado en condiciones normales de mercado entre partes independientes”. Como vemos son varios los elementos que se utilizan para delimitar el concepto.

a) Se nos habla de precio “normal”. Este nos remite a una situación de mercado donde no estén presentes circunstancias excepcionales —una fuerte tasa de inflación por ejemplo—, que desvirtuarían la transparencia de las relaciones comerciales. En

³⁸Como sabemos el art. 16.3 de la Ley 61/1978 hablaba “de conformidad con los precios que serían acordados en condiciones normales de mercado entre partes independientes”.

³⁹El proyecto contemplaba un cuarto no incorporado a la LIS. Nos decía el art. 16.3.b): “Precio de venta de bienes y servicios calculado mediante el incremento del valor de adquisición o coste de producción de los mismos en el margen que habitualmente obtiene el sujeto pasivo en operaciones equiparables concertadas con personas independientes o en el margen que habitualmente obtienen las empresas que operan en el mismo sector en operaciones equiparables concertadas con personas independientes”. Como se pone de relieve en el **Informe para la reforma del Impuesto sobre Sociedades**, “entre los métodos que se proponen, a los efectos de ajustar la base imponible, no se encuentran aquellos que como el de intervalo de beneficios comparables y el denominado método unitario basado en fórmulas de distribución de los beneficios entre las sociedades del grupo en función de reglas preestablecidas, han sido objeto de viva polémica y serios reparos en el seno de la OCDE” (**op. cit.**, p. 114).

⁴⁰Cfr., el art. 9 del Convenio modelo de doble imposición sobre la renta y el patrimonio de la OCDE de 1992.

⁴¹En este sentido, GOTA LOSADA comentando el Informe del Comité de Asuntos Fiscales de OCDE de 1979 sobre “precios de tranferencia: Ajustes correlativos y procedimiento amistoso” (**Tratado del Impuesto sobre Sociedades**, II, **op. cit.**, p. 499). Téngase en cuenta que el Comité ha hecho público un borrador de fecha 8 de julio de 1994, que revisa dicho Informe.

palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1991⁴², valor real — como equivalente a “normal”⁴³— “será, por lo tanto, la estimación económica o precio verdadero, no irrisorio... de una cosa”.

Tal y como ha puesto de manifiesto Moreno Cerezo, dentro de las condiciones normales de mercado deben aceptarse los descuentos y bonificaciones por cantidad, calidad, etc., siempre que respondan a criterios objetivos y resulten normales según los hábitos comerciales⁴⁴. Al igual, hay que tener presente el plazo en que se vaya a obtener la contraprestación de la entidad. No es lo mismo percibir su importe en el momento de realizar la entrega de bienes o prestación de servicios, que meses más tarde.

b) Partes independientes son aquellas que carecen de vinculación alguna. El valor superior o inferior que perciben las personas o entidades vinculadas, se deriva de su relación social. No se trata de analizar si las condiciones pactadas habrían sido las mismas con un tercero, sino que habrá que comparar las circunstancias concretas en que se ha realizado la operación, con la actuación, bajo las mismas circunstancias, de un “ordenado director del negocio”, tal y como se recoge en la doctrina y jurisprudencia alemana⁴⁵.

c) El art. 16.1 de la LIS remite al reglamento el procedimiento para practicar la valoración por el valor normal de mercado. Tal remisión debe cumplir con el mandato del art. 124.1.a) de la Ley General Tributaria. Este precepto exige que las liquidaciones tributarias se notifiquen a los sujetos pasivos con expresión de sus elementos esenciales y cuando “supongan un aumento de la base imponible respecto de la declarada por el interesado, la notificación deberá expresar de forma concreta los hechos y elementos que la motivan”.

B. Coste incrementado.

A través de este método, el precio de venta de bienes y servicios se calcula mediante el incremento del valor de adquisición o coste de producción de los mismos⁴⁶, en el margen que habitualmente obtiene el sujeto pasivo o empresas que operan en el

⁴²Aranzadi 4132.

⁴³En los mismos términos el **Informe para la reforma del Impuesto sobre Sociedades**, *op. cit.*, p. 111.

⁴⁴**El Impuesto sobre Sociedades**, *op. cit.*, p. 177.

⁴⁵**Vid.**, COMBARROS VILLANUEVA, V.E.: **Régimen tributario de las operaciones entre sociedades vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades**, *op. cit.*, p. 74.

⁴⁶Para TOME MUGURUZA “a los efectos de determinar cuáles son los costes en los que ha incurrido el vendedor y que se deben imputar al bien o servicio objeto de la transacción habrá que tener en cuenta todos los costes de la entidad, tanto los directamente imputables al producto como los indirectos, los fijos y los variables” (“Operaciones vinculadas y subcapitalización”, *op. cit.*, p. 364).

E S T U D I O S

mismo sector en operaciones equiparables concertadas con personas o entidades independientes.

C. Precio de reventa.

Este precio será el de reventa de bienes y servicios establecido por el comprador de los mismos o empresas que operan en el mismo sector, minorado en el margen que habitualmente obtienen estos últimos en operaciones equiparables concertadas con personas o entidades independientes. Para ello deben considerarse, en su caso, los costes en que hubiera incurrido el comprador para transformar los bienes y servicios.

D. Distribución del resultado de la operación en función de los riesgos asumidos por las partes.

Estamos ante un método residual, que se aplica en defecto de los tres anteriores. El precio será el derivado de la distribución del resultado conjunto de la operación de que se trate —profit split—, teniendo en cuenta los riesgos asumidos, los activos implicados y las funciones desempeñadas por las partes vinculadas.

6- REGLAS ESPECIALES.

A. Actividades de investigación y desarrollo.

Debido a que los gastos en concepto de contribuciones a actividades de investigación y desarrollo, activados como inmovilizado inmaterial, pueden amortizarse libremente (art. 11.2 de la LIS), se establecen determinadas cautelas sobre los mismos cuando se realicen por una entidad vinculada. Así deben cumplir una serie de requisitos previstos en el art. 16.4 de la LIS. Todos ellos tratan de evitar la transferencia de beneficios a través del desarrollo de alianzas estratégicas⁴⁷. Estos son:

a) Que sean exigibles en virtud de un contrato escrito, celebrado con carácter previo, en el que se identifiquen el proyecto o proyectos a realizar y que otorgue el derecho a utilizar los resultados de los mismos.

b) Que los criterios de distribución de los gastos soportados efectivamente por la entidad que efectúa la actividad de investigación y desarrollo se correspondan racionalmente con el contenido del derecho a utilizar los resultados del proyecto o proyectos por las entidades que realizan las contribuciones.

B. Servicios de apoyo a la gestión.

El carácter deducible de los gastos en concepto de servicios de apoyo a la gestión

⁴⁷ALONSO MURILLO, F.: "Artículo 16", *op. cit.*, p. 72.

prestados entre entidades vinculadas está condicionado a que su importe se establezca en base a un contrato escrito que debe reunir los siguientes requisitos (art. 16.5 de la LIS):

- a) El contrato debe celebrarse con carácter previo a la realización de los gastos.
- b) Debe especificar la naturaleza de los servicios a prestar.
- c) También debe establecer los métodos de distribución de los gastos atendiendo a criterios de continuidad y racionalidad.

C. Dotaciones para la amortización del fondo de comercio, marcas derechos de traspaso y otros elementos patrimoniales de inmovilizado inmaterial.

Con relación al fondo de comercio, marcas, derechos de traspaso y otros elementos patrimoniales de inmovilizado inmaterial sin fecha cierta de extinción, los núms. 4 y 5 del art. 11 de la LIS consideran deducibles las dotaciones para la amortización de todos ellos, con el límite anual máximo de la décima parte de su importe —salvo de los derechos de traspaso cuando el contrato tenga una duración inferior, en cuyo caso el límite se atenderá a la misma—, siempre que se hayan puesto de manifiesto en virtud de una adquisición a título oneroso y que la entidad adquirente no se encuentre, respecto de la transmitente, en alguno de los casos previstos en el art. 42 del Código de Comercio. En caso contrario sólo serán deducibles tales dotaciones cuando se pruebe que responden a una depreciación irreversible de los mismos.

D. Dotaciones para la cobertura de riesgo derivado de posibles insolvencias de deudores.

No son deducibles las dotaciones para la cobertura del riesgo derivado de las posibles insolvencias de personas o entidades vinculadas con el acreedor, ni las basadas en estimaciones globales del riesgo de insolvencias de clientes y deudores (art. 12.2 de la LIS). La existencia de vinculación impide la consideración de sus saldos recíprocos como de dudoso cobro, salvo casos de insolvencia definitiva judicialmente declarada.⁴⁸

E. Dotaciones por depreciación de los valores representativos de la participación en fondos propios de otras entidades.

La deducción en concepto de dotaciones por depreciación de los valores representativos de las participaciones en el capital de sociedades del grupo o asociadas en

⁴⁸Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de abril de 1993 y Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 25 de julio de 1989 (citadas por BUJIDOS GARAY, P.: "Las operaciones vinculadas a la luz de la doctrina de los Tribunales y de la Dirección General de Tributos", *op. cit.*, p. 118).

E S T U D I O S

los términos de la legislación mercantil no puede exceder de la diferencia entre el valor teórico contable al inicio y al cierre del ejercicio, debiendo tenerse en cuenta, tanto las aportaciones como las devoluciones practicadas en el mismo. Al objeto de calcular la diferencia es preciso partir de los valores al cierre del ejercicio, siempre que se recojan en los balances formulados o aprobados por el órgano competente (art. 12.3 de la LIS).

F. Subcapitalización.

En ocasiones la utilización de operaciones financieras entre empresas vinculadas puede significar una disminución de la carga tributaria en el Impuesto sobre Sociedades⁴⁹. Según el art. 20 de la LIS⁵⁰, cuando el endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto —la LIS no aclara tal diferencia⁵¹—, de una entidad que no sea financiera, con otra u otras personas o entidades no residentes en territorio español con las que esté vinculada, exceda del resultado de aplicar el coeficiente 3 a la cifra del capital fiscal —importe de los fondos propios sin incluir el resultado del ejercicio—, los intereses devengados que correspondan al exceso tendrán la consideración de dividendos⁵². Para ello, tanto el endeudamiento neto remunerado como el capital fiscal deben reducirse a su estado medio a lo largo del período impositivo.

El precepto, partiendo de la existencia de vinculación, contempla una excepción a la regla general del art. 16 de la LIS, ya que el ajuste por los intereses que pasan a tener la consideración de dividendos, debe ser practicado por el sujeto pasivo⁵³. Obsérvese que contiene una norma imperativa, que vincula tanto a la Administración como a los particulares. De forma que el ajuste debe realizarse, en todo caso, por estos últimos dentro del plazo voluntario de declaración o por aquélla, en caso contrario y sin que tenga que determinar valor de mercado alguno, salvo que se apruebe una propuesta en los términos del art. 20.3.

⁴⁹Cfr., sobre la subcapitalización en los países de nuestro entorno, REY, F. y COLLADO, A.: "Aspectos fiscales de la subcapitalización de sociedades: derecho comparado", *Impuestos*, núm. 1, 1993, p.p. 16 y ss.

⁵⁰Una previsión similar se encontraba en el art. 16.9 de la Ley 61/1978.

⁵¹En opinión de TOME MUGURUZA, cuando la LIS habla de endeudamiento indirecto se está refiriendo "a aquellos supuestos en los que, aún cuando la entidad que presta los fondos sea residente o no esté vinculada, quien, en última instancia, asume el riesgo derivado de la posible insolvencia del deudor es una entidad vinculada no residente" ("Operaciones vinculadas y subcapitalización", *op. cit.*, p. 373).

⁵²En parecidos términos el Informe del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, de 26 de noviembre de 1986.

⁵³Para ello el art. 18 de la LIS se ocupa de los efectos de la sustitución del valor contable por el valor normal de mercado.

Javier Martín Fernández

Con independencia de lo anterior y cuando la aplicación a la operación de un interés superior al de mercado⁵⁴ suponga una minoración de la carga tributaria en España, la Administración podrá proceder al ajuste, en los términos del art. 16 de la LIS.

G. Compensación de bases imponibles negativas.

El art. 23.1 de la LIS permite que las bases imponibles negativas se compensen con las rentas positivas de los siete ejercicios inmediatos siguientes. La Ley introduce una serie de cautelas para evitar la adquisición de sociedades con la única finalidad de compensar las pérdidas con beneficios de futuros ejercicios. Así su art. 23.2 exige que la base imponible negativa debe reducirse en el importe de la diferencia positiva entre el valor de las aportaciones de los socios, realizadas por cualquier título correspondientes a la participación adquirida, y su valor de adquisición, cuando concurren las siguientes circunstancias:

a) Que la mayoría de capital social o de los derechos a participar de los resultados de la entidad hubiese sido adquirida por una persona o entidad o por un conjunto de personas o entidades vinculadas, con posterioridad a la conclusión del período impositivo al que corresponde la base imponible negativa.

b) Las personas o entidades a que se refiere la letra anterior deben haber tenido una participación inferior al 25 por 100 en el momento de la conclusión del período impositivo al que corresponde la base imponible negativa.

c) Que, dentro de los seis meses anteriores a la adquisición de la participación que confiere la mayoría del capital social, la entidad no hubiera realizado explotaciones económicas.

H. Deducción para evitar la doble imposición interna.

Según el art. 28.4.b) de la LIS no podrá practicarse la deducción para evitar la doble imposición interna sobre las rentas derivadas del reparto de beneficios existentes en el momento de la adquisición de la participación, siempre que la misma se hubiere adquirido a personas o entidades no residentes en territorio español, o a personas físicas residentes en territorio español vinculadas con la entidad adquirente, o a una entidad vinculada cuando esta última, a su vez, adquirió la participación a las referidas per-

⁵⁴Para las Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central de 29 de marzo de 1990 y 9 de febrero de 1994, el tipo de interés a tener en cuenta es el que resulta de la información derivada de la censura de cuentas obrante en el expediente, correspondiente al coste medio ponderado o interés real de los créditos financieros, y no debe por tanto aplicarse el interés básico del Banco de España sino el tipo de interés pactado por la propia recurrente en los créditos recibidos de otras entidades y una vez promediado (citadas por BUJIDOS GARAY, P.: "Las operaciones vinculadas a la luz de la doctrina de los Tribunales y de la Dirección General de Tributos", *op. cit.*, p. 114).

E S T U D I O S

sonas o entidades. Lo anterior no se aplica cuando concorra alguna de estas circunstancias:

a) En el caso de una participación adquirida a personas o entidades no residentes en territorio español o a una entidad vinculada con la entidad adquirente que, a su vez, adquirió la participación de las referidas personas o entidades, cuando se pruebe que el importe de los beneficios no distribuidos ha tributado en España a través de cualquier transmisión de la participación.

b) Si la participación se adquiere a personas físicas residentes en territorio español vinculadas con la entidad adquirente o a una entidad vinculada con esta última, que, a su vez, adquirió la participación de las referidas personas físicas, cuando se pruebe que más del 50 por 100 del incremento de patrimonio obtenido por dichas personas físicas se ha integrado en la base imponible del Impuesto sobre la Renta.

c) Cuando la entidad participada cotice en alguno de los mercados secundarios oficiales de valores previstos en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y la participación se hubiese poseído de manera ininterrumpida durante el año anterior al día que sea exigible el beneficio que se distribuya.

d) Que la entidad participada no cotice en alguno de los mercados señalados en la letra anterior, cuando el importe de la participación sea inferior al 5 por 100 del capital social y la participación se hubiera poseído de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya.

e) La última de las circunstancias hace referencia a que el reparto de beneficios no determine una disminución del valor de la participación, considerando como tal el precio pagado por su adquisición, incluidos, en su caso, los dividendos acordados y no pagados en el momento de la adquisición.

Tampoco se podrá practicar la deducción por doble imposición interna sobre las rentas mencionadas al principio, cuando con anterioridad a su distribución se hubiera producido una reducción de capital para constituir reservas o compensar pérdidas, o el traspaso de la prima de emisión a reservas, o una aportación de los socios para reponer el patrimonio, hasta el importe de la reducción, traspaso o aportación (art. 28.4.c) de la LIS).

7- PROPUESTAS DE VALORACION DE OPERACIONES VINCULADAS

A. Régimen general.

Otra de las innovaciones más significativas que presenta el art. 16 de la LIS es la posibilidad que brinda su núm. 6 de someter a la Administración tributaria —según el procedimiento que se apruebe reglamentariamente— una propuesta para la valoración de las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas —incluidas las

Javier Martín Fernández

contribuciones a actividades de promoción y desarrollo y de servicios de apoyo a la gestión— con carácter previo a la realización de las mismas, que, en todo caso, debe fundamentarse en el valor normal de mercado. Es decir, en alguno de los métodos enumerados en el art. 16.3⁵⁵.

Esta previsión del legislador, que introduce en nuestro ordenamiento el “advance pricing agreement” americano, es habitual en las naciones de nuestro entorno económico, como es el caso, de Alemania, Canadá, Inglaterra, Japón y Países Bajos. Para la Exposición de Motivos de la LIS, es una exigencia del principio de transparencia que exige que las normas tributarias sean inteligibles y que de su aplicación derive una deuda tributaria cierta⁵⁶. Pese a la bondad de la previsión del legislador, es preciso vislumbrar el reverso de la moneda. No debe olvidarse, como pone de relieve el profesor Simón Acosta, el peligro de una utilización abusiva y contraria al principio de igualdad, “pues el carácter necesariamente confidencial que han de tener estos acuerdos hace prácticamente imposible el control de la discrecionalidad ejercida en beneficio del contribuyente”⁵⁷.

Aunque la Ley no lo dice expresamente, la propuesta debe formularse por la totalidad de las partes implicadas en la operación, así entendemos la referencia a los “sujetos pasivos podrán someter...”. La aprobación de la propuesta surte efectos sólo respecto de las operaciones que se inicien con posterioridad a la misma, siempre que se efectúen según los términos aprobados y tendrá validez durante tres períodos impositivos. Esta se entenderá desestimada una vez transcurrido el plazo de resolución que fije el reglamento. Cuando varíen significativamente las circunstancias económicas existentes en el momento de su aprobación, podrá ser modificada para adecuarla a las nuevas.

En palabras del profesor Falcón y Tella, no se trata de un procedimiento arbitral en sentido estricto, pero sí de una solución transaccional, “y no cabe descartar que el mecanismo, una vez establecido, evolucione —al igual que ha ocurrido en Estados

⁵⁵FERNANDEZ PEREZ, J.R.: “Reglas de valoración: operaciones vinculadas y otros supuestos especiales”, *El nuevo Impuesto sobre Sociedades*, III, Expansión, Madrid, 1996, p.p. 323-324.

⁵⁶El *Informe para la reforma del Impuesto sobre Sociedades* realiza una interpretación que es contraria, a nuestro modo de ver, con la redacción definitiva del art. 16.6 de la LIS, pues tales convenios se definen con vocación de generalidad, sin limitación alguna. Nos dice textualmente el citado Informe: “Teniendo en cuenta la novedad que supone enfocar de la forma descrita las relaciones entre la Administración Tributaria y los contribuyentes en una materia tan delicada como la relativa a los precios de transferencia, **el ámbito objetivo de los supuestos sobre los que puedan realizarse acuerdos previos debe delimitarse con criterios de acusada selectividad**” (op. cit., p. 116. La cursiva es nuestra).

⁵⁷“El nuevo Impuesto sobre Sociedades”, op. cit., p. 4.

E S T U D I O S

Unidos⁵⁸—hacia fórmulas arbitrales⁵⁹. Con la previsión del art. 16.6 no se vulnera el carácter indisponible de la obligación tributaria, pues hemos de tener en cuenta que este carácter lo único que excluye es “la libre disposición de su crédito por parte de la Administración cuando la Ley no lo prevé⁶⁰; o una habilitación en blanco al acreedor tributario, sin garantía alguna para el interés público”⁶¹. Estamos ante un precepto tendente a garantizar la seguridad jurídica del contribuyente⁶², que se enmarca dentro de la previsión sobre terminación convencional contenida en el art. 88.1 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común⁶³. A diferencia de las consultas a que se refiere el art. 107 de la Ley General Tributaria⁶⁴, la Administración se encuentra vinculada por la aprobación realizada a la propuesta del sujeto pasivo.

El art. 16.6 prevé que la Administración tributaria pueda establecer acuerdos con las Administraciones de otros Estados a los efectos de determinar el valor normal de mercado. Se acoge la recomendación del **Informe Ruding**, tendente a que la Comisión “emprenda una acción conjunta con los Estados miembros para establecer las normas o procedimientos apropiados en el campo de los ajustes de precios de transferencia por parte de los Estados miembros”⁶⁵.

⁵⁸Se refiere nuestro autor a la “rule 124” de la **Tax Court** de Estados Unidos, que permite a las partes solicitar que cualquier aspecto sobre los precios de transferencia, dada la complejidad de los mismos y con la finalidad de descargar a la Corte de este tipo de casos, sea resuelto a través del arbitraje que, una vez solicitado, resulta obligatorio (Voluntary Binding Arbitration, Tax Court Rules of Practices, Vol. 12, CCH, Standard Federal tax Reports, 71, 207).

⁵⁹“El arbitraje tributario”, **Quincena Fiscal**, núm. 2, 1995, p. 6.

⁶⁰Es el caso del art. 129.4 de la Ley General Tributaria -según nueva redacción de la Ley 25/1995- que admite que los órganos de recaudación puedan suscribir acuerdos o convenios concertados en el curso de los procesos concursales para lo que se requerirá únicamente autorización del órgano competente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

⁶¹FALCON y TELLA, R.: “El arbitraje tributario”, **op. cit.**, p. 7.

⁶²En los mismos términos MALVAREZ PASCUAL, L.A.: **La nueva regulación del Impuesto sobre Sociedades. El régimen general**, **op. cit.**, p. 79.

⁶³“Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, en el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin”.

⁶⁴Nueva redacción por la Ley 25/1995. Según este precepto, los sujetos pasivos y demás obligados tributarios podrán formular a la Administración tributaria consultas sobre el régimen tributario que les corresponda. La contestaciones a las mismas no tendrán carácter vinculante, salvo las previstas en sus núms. 4 y 5.

⁶⁵Puede consultarse en **Hacienda Pública Española**, núm. 2, 1992, p. 235.

B. Subcapitalización.

El art. 20.3 de la LIS permite que los sujetos pasivos puedan someter a la Administración, en los términos del art. 16.6, una propuesta en los supuestos de subcapitalización ya estudiados, para la aplicación de un coeficiente distinto del establecido con carácter general. Para ello se exige la presencia de dos requisitos: que medie un convenio para evitar la doble imposición⁶⁶ y que la propuesta se haga a condición de reciprocidad. Esta última tiene que fundamentarse en el endeudamiento que el sujeto pasivo hubiese podido obtener en condiciones normales de mercado de personas o entidades no vinculadas.

8- INFRACCIONES Y SANCIONES.

La LIS guarda silencio sobre la procedencia de la imposición de sanciones por infracción tributaria grave en los supuestos de ajustes por operaciones vinculadas, respecto de los que no se exige elemento subjetivo alguno de intencionalidad. Por nuestra parte pensamos que no cabe aplicar sanciones pues no estamos en presencia de una infracción tributaria⁶⁷. En primer lugar, y tal y como hemos reiterado, los sujetos que intervienen en la operación, ya sean personas físicas o jurídicas, no pueden proceder a la práctica de ajuste alguno, tanto dentro como fuera del plazo voluntario para declarar. Está facultad reside en la Administración. En segundo lugar, la práctica de los ajustes sólo es posible cuando la valoración convenida determine "una tributación en España inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del valor de mercado o un diferimiento de dicha tributación". Inciden múltiples circunstancias para la práctica de los ajustes, muchas ajenas a las propias partes vinculadas.

En tercer lugar, en estos casos es de plena aplicación lo dispuesto en el art. 77.4.d) de la Ley General Tributaria. Para este precepto las acciones y omisiones tipificadas en la leyes no darán lugar a responsabilidad por infracción tributaria, entre otros supuestos,

⁶⁶Del tema se ha ocupado **in extenso** el profesor PALAO TABOADA en "La subcapitalización y los convenios de doble imposición", **Revista de contabilidad y tributación**, Centro de Estudios Financieros, núms. 137-138, 1994, p.p. 77 y ss.

⁶⁷En los mismos términos y con relación a la legalidad anterior, FALCON y TELLA, R.: "Comentario general de jurisprudencia", **Civitas. Revista Española de Derecho Financiero**, núm. 54, 1991, p. 291 y GOTA LOSADA, A.: **Tratado del Impuesto sobre Sociedades**, II, **op. cit.**, p. 538. Para la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 26 de junio de 1993, la imputación de un ingreso presunto a consecuencia de un ajuste por una operación vinculada no constituye infracción tributaria grave. Por su parte, la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 9 de marzo de 1993, tampoco considera sancionables tales ajustes, salvo que exista prueba fehaciente de la intencionalidad defraudatoria por parte del sujeto pasivo (citadas por BUJIDOS GARAY, P.: "Las operaciones vinculadas a la luz de la doctrina de los Tribunales y de la Dirección General de Tributos", **op. cit.**, p. 120).

E S T U D I O S

cuando "se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios. En particular, se entenderá que se ha puesto la diligencia necesaria cuando el contribuyente haya presentado una declaración veraz y completa y haya practicado, en su caso, la correspondiente autoliquidación, amparándose en una interpretación razonable de la norma". Tal y como se ha puesto de relieve, la Administración debe tener presente las circunstancias concurrentes en las conductas de los sujetos a la hora de valorar en estos casos la existencia de una infracción tributaria. Lo cierto es que, en ocasiones, la aplicación de precios de transferencia distintos a los de mercado, puede responder a motivos comerciales, distintos del intento de minorar o diferir la deuda tributaria⁶⁸.



⁶⁸TOME MUGURUZA, B.: "Operaciones vinculadas y subcapitalización", **op. cit.**, p. 347. Según MALVAREZ PASCUAL, "para demostrar la finalidad fraudulenta de la operación, la Administración tendrá que instar el expediente de fraude de ley", en cuyo caso tampoco procede la imposición de sanciones, de conformidad con el art. 24.3 de la Ley General Tributaria (**La nueva regulación del Impuesto sobre Sociedades. El régimen general, op. cit.**, p.p. 81-82). No compartimos esta última opinión ya que la facultad del art. 16 de la LIS hace innecesario acudir a esta figura.

Para la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 10 de septiembre de 1986, los precios de transferencia no siempre tienen finalidad fraudulenta en lo tributario, sino que se caracterizan porque las empresas que los utilizan deben estar sometidas, sin perjuicio de su personalidad independiente, a una sola voluntad, es decir, a un solo poder de decisión (citada por BUJIDOS GARAY, P.: "Las operaciones vinculadas a la luz de la doctrina de los Tribunales y de la Dirección General de Tributos", **op. cit.**, p. 115).