

I. INTRODUCCIÓN.

Sabido es que la figura del ajuste secundario fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal. En efecto, dentro de las modificaciones normativas (tanto tributarias como no tributarias) introducidas por dicha Ley destacó el tratamiento de las operaciones vinculadas, otorgándose una nueva redacción al antiguo art. 16 del RDLeg. 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS). Más precisamente, entre las innovaciones más destacadas de dicha reforma se situó el establecimiento de una verdadera norma de valoración de aplicación obligatoria para los particulares, la clarificación de los métodos de valoración y la implantación de la obligación de documentar los valores, además de la previsión de las oportunas sanciones por no valorar o por no documentar.

Por su parte el Reglamento de desarrollo de la citada Ley Antifraude (que representa un instrumento esencial de cara a la aplicación del régimen fiscal de las operaciones vinculadas) fue publicado dos años después de la aparición de la Ley 36/2006. Y ello a pesar de que dentro del art. 16 del TRLIS eran varios los aspectos (no ya sólo formales sino también sustantivos) que quedaban pendientes de aplicación hasta que tuvo lugar el referido desarrollo reglamentario.

Finalmente fue el Real Decreto 1793/2008, de 3 de noviembre, por el que se modificó el anterior Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (aprobado, como es sabido, mediante Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio¹), el encargado

de completar la aplicación del régimen legal de las operaciones vinculadas y, más precisamente, de desarrollar la previsión legal respecto del ajuste secundario.

De este modo la regulación normativa del llamado ajuste secundario quedó recogida en el apartado 8 del art. 16 del TRLIS en su redacción otorgada por la citada Ley 36/2006, así como en el art. 21 bis del antiguo Reglamento del Impuesto sobre Sociedades de 2004, modificado mediante Real Decreto 1793/2008, de 3 de noviembre.

Como seguramente se recordará con anterioridad a la aprobación del citado Real Decreto, con fecha de 24 de abril de 2008, el Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la Agencia Tributaria emitió un Informe con el título de "Operaciones Vinculadas", que adolecía de valor normativo, y a través del cual se pretendía salir al paso de algunas consecuencias importantes planteadas por aquel entonces debido a la falta de aprobación del Decreto de desarrollo, defendiéndose la sancionabilidad de los incumplimientos de las obligaciones previstas en la Ley 36/2006 incluso con anterioridad a la aprobación del Reglamento. Y, a pesar de que los mandatos contenidos en la nueva redacción otorgada por aquel entonces al antiguo art. 16 del TRLIS resultaban plenamente aplicables desde la entrada en vigor de la Ley 36/2006 (esto es, desde el 1 de diciembre de 2006), del citado Informe se deducía la existencia de dos cuestiones en relación con las cuales la ausencia de Reglamento resultaba especialmente significativa. En primer lugar, la concreción del contenido de la obligación de documentación, directamente conectada con la sancionabilidad de los incum-

⁰ El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación "LA RESIDENCIA FISCAL COMO ELEMENTO VERTEBRADOR DE LOS DISTINTOS NIVELES DE IMPOSICIÓN EN EL ÁMBITO DE DERECHO COMÚN" (DER2015-

(*) *Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Extremadura.*

63533-C4-3-P) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y cuyo Investigador Principal es el Prof. Dr. D. Juan Calvo Vérguez.

¹ Como es sabido el vigente Reglamento del Impuesto sobre Sociedades fue aprobado mediante Real Decreto 634/2015, de 10 de julio.

plimientos existentes en materia de operaciones vinculadas. Y, en segundo término, la cuestión relativa a la práctica del ajuste secundario.

Tal y como se encargó de precisar GARCÍA NOVOA², la mera posibilidad de que se pudiera sancionar el no llevar la documentación que señalaba el art. 16.2 del TRLIS y su normativa de desarrollo, cuando dicha normativa de desarrollo no había sido aún aprobada, constituía una vulneración de las exigencias de tipicidad y de la regla de *lex certa* proclamada por el Tribunal Constitucional (TC), entre otras, en su Sentencia 194/2000, de 19 de julio. Téngase presente que, por aquel entonces, el tipo no estaba suficientemente descrito, circunstancia que no podía paliarse además a través de la normativa contable y, en concreto, mediante la Norma de Registro y Valoración 21ª contenida en el vigente Plan General de Contabilidad (PGC) aprobado mediante Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, ya que la valoración contable de las operaciones vinculadas a valor razonable no constituye, en sí misma, una disposición integrante del tipo. Y tampoco podía quedar amparada por la concreción de las obligaciones de documentación en reglas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) que, como es sabido, adquieren la consideración de *soft law*.

La obligación de realizar el ajuste secundario quedaba incluida así en sede del régimen aplicable a las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas, es decir, aquellas entre las que existiese alguno de los nexos o vínculos a los que se refería el art. 16.2 del RDLeg. 4/2004, teniendo como principal obligación la de ajustar el valor de las operaciones que realicen al valor normal de mercado, esto es, aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia.

A la hora de proceder a analizar la determinación de un valor de mercado diferente del convenido por las partes hemos de tomar como punto de partida aquél en el que dos sujetos vinculados realizan una operación en la que pactan un valor diferente al valor de mercado. En tal caso se pone de manifiesto la existencia de dos operaciones, en comparación con lo que hubiera resultado de operar en condiciones normales de mercado. De una parte, la operación principal, esto es, la operación realmente realizada (entrega de bienes o prestación de servicios). Y, de otra, la operación secundaria, es decir, el desplazamiento patrimonial que acompaña a la operación principal.

La principal consecuencia derivada de dicha disparidad en la determinación del valor de la operación realizada sería que el valor convenido habría de corregirse (bien por la Administración tributaria o por el propio obligado tributario) realizando dos ajustes: el ajuste primario para la operación principal y el ajuste secundario para la operación secundaria.

El llamado ajuste primario se articula a través del mecanismo de ajuste bilateral. Con carácter general el ajuste principal o primario responde a la operación que se ha efectuado realmente, entrega de bienes o prestación de servicios. Esta corrección valorativa que ha de ser llevada a cabo en sede de los intervinientes determina una mayor renta en la base imponible de una de las partes y otra menor en la base imponible de la otra parte vinculada en el mismo período impositivo o en otro posterior, si bien en muchas ocasiones el efecto de dicha corrección será neutral, salvo en el supuesto de que uno de los sujetos intervinientes no actúe como empresario o profesional.

Por su parte el ajuste secundario constituye un complemento adicional a la obligación de valoración efectuada conforme al valor normal de mercado. Dicho ajuste se concreta en el deber del socio y de la entidad, dada su condición de obligados tributarios, de calificar fiscalmente (de manera separada y conforme a unos criterios o reglas determinadas) aquella renta que resulte

² GARCÍA NOVOA, C., "La imposibilidad de sancionar el incumplimiento de obligaciones de documentación en operaciones vinculadas en tanto no exista desarrollo reglamentario", *Quincena Fiscal*, núm. 8, 2008, pág. 17.

de la diferencia que existiera entre el valor normal de mercado que hubiese sido calculado y el valor de la operación que las partes vinculadas hubieren convenido.

II. TRATAMIENTO DE LAS RENTAS QUE SE TRANSFIEREN COMO CONSECUENCIA DE LA DIFERENCIA ENTRE EL VALOR CONVENIDO Y EL DE MERCADO.

Al amparo de la llamada regla general, el tratamiento fiscal de la renta que se ponga de manifiesto por la disfunción existente entre el valor convenido y el valor normal de mercado será el que corresponda a su naturaleza. Esta regla general, que presenta un carácter obligatorio, ha sido objeto de regulación, hasta fechas relativamente recientes, en el art. 16.8 del TRLIS, de conformidad con el cual *"En aquellas operaciones en las cuales el valor convenido sea distinto del valor normal de mercado, la diferencia entre ambos valores tendrá para las personas o entidades vinculadas el tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia"*.

Adviértase que el citado precepto del RDLeg. 4/2004 trasladaba a las operaciones vinculadas el criterio de calificación contenido en el art. 13 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), en virtud del cual las obligaciones tributarias han de exigirse con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieren dado y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez.³

3 En efecto, en la medida en que el art. 16.8 del TRLIS se refería exclusivamente a las operaciones efectuadas exclusivamente entre socios o partícipes y la entidad, para el resto de supuestos, esto es, tratándose de aquellas operaciones realizadas entre una entidad y los parientes de los socios o partícipes, o bien de aquellas otras que afectan a una entidad con establecimientos permanentes en el extranjero, a entidades en las que se poseyeran participaciones importantes o a entidades del mismo grupo (ya fuese directamente, con socios, partícipes o administradores o con sus parientes), la clasificación habrá de realizarse de acuerdo con el principio general contenido en el art. 13 de la LGT, esto es, de acuerdo con la naturaleza de las rentas que se hubiesen puesto de manifiesto.

Concretamente en el presente caso, aun existiendo la obligación de llevar a cabo dos calificaciones (de una parte, la realizada por la entidad y, de otra, la llevada a cabo por el socio), el resultado de esas dos calificaciones no tiene que ser diferente, ya que se ha realizado la misma operación, esto es, el mismo negocio jurídico con una misma causa, pese a que se hayan efectuado dos valoraciones distintas.

Por lo que respecta a la denominada regla particular, la calificación fiscal de la renta aflorada por la divergencia resultante entre el valor convenido y el valor normal de mercado (existiendo una relación socio-sociedad) dependerá de si esa diferencia resulta a favor del socio-partícipe o a favor de la entidad. Ahora bien dicha calificación fiscal de la renta deberá efectuarse igualmente en función de si la diferencia entre el valor convenido y el valor de mercado no supera el porcentaje de participación en la entidad. De este modo, con el ajuste secundario introducido en nuestro ordenamiento tributario existirá una sola operación y dos rentas (la obtenida por la sociedad o por el socio) calificadas fiscalmente de modo distinto. La citada regla particular admite además prueba en contrario.

Refiriéndose a la aplicación de esta regla especial en el ajuste secundario disponía el art. 16.8 párrafo segundo del TRLIS que *"(...) En particular, en los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, la diferencia tendrá, en la proporción que corresponda al porcentaje de participación en la entidad, la consideración de participación en beneficios de entidades si dicha diferencia fuese a favor del socio o partícipe, o con carácter general, de aportaciones del socio o partícipe a los fondos propios si la diferencia fuese a favor de la entidad"*.

Dicha regulación de la figura del ajuste secundario, que no se hallaba prevista en la norma precedente, posibilitaba la recalificación de las rentas de acuerdo con su verdadera naturaleza, produciendo unos efectos claros para el conjun-

to de las empresas afectadas el ajuste al valor de mercado de las operaciones. Se recogía así de manera expresa la necesidad de realizar un ajuste bilateral, de manera que un mayor ingreso para una empresa habría de corresponderse necesariamente con un mayor gasto o coste de adquisición del bien o servicio de que se tratase para la otra entidad o persona vinculada que interviniese en la realización de la operación.

Adviértase, no obstante, que la regulación contenida en el art. 16.8 del TRLIS iba más allá en lo que respecta a la regulación de los precios de transferencia, obligando a efectuar la práctica de este ajuste secundario, en virtud de la cual tiene lugar una recalificación de las rentas. Concretamente, tratándose de aquellas operaciones cuyo valor convenido resultara distinto del valor normal de mercado, la diferencia resultante entre ambas cantidades adquiría el tratamiento fiscal que correspondiese con la naturaleza de las rentas que se pusieran de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia. Y dicha naturaleza resultaba especificada, exclusivamente, respecto de aquellos supuestos en los que la vinculación se define en función de la relación existente entre los socios-partícipes y la entidad.⁴

Refiriéndose la vinculación a la relación del socio con la sociedad, la diferencia que pudiera resultar habría de recalificarse atendiendo a la proporción que corresponda al porcentaje de participación de la entidad. De este modo se consideraría como participación en beneficios de entidades si dicha diferencia resultase ser a favor del socio o partícipe⁵, o bien como aportaciones del socio o partícipe a los fondos propios

4 Véanse, en este sentido, BAENA SALAMANCA, J. F., "Las operaciones vinculadas y el ajuste secundario en el Impuesto sobre Sociedades", *Carta Tributaria Monografías*, núm. 1, 2009, págs. 6 y ss. y SENDÍN FUENTES, J. L., "Operaciones vinculadas: aplicabilidad del ajuste secundario en operaciones internas", ob. cit., págs. 3 y ss.

5 Concretamente, tratándose de una persona física la diferencia resultante se integrará en la base imponible del ahorro del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF). Y, siendo una persona jurídica, la integración se producirá en la base imponible del IS, con imposibilidad de efectuar la deducción por doble imposición de dividendos.

en el supuesto de que la diferencia resultase ser a favor de la entidad, teniendo ello como consecuencia, no una modificación en el porcentaje de participación, sino un mayor valor de adquisición de dicha participación.⁶

Ni que decir tiene que el eventual desajuste que pudiera llegar a producirse entre el valor convenido por las partes vinculadas y el valor normal de mercado originaría unas consecuencias muy dispares según que la diferencia resultara a favor del socio-partícipe o a favor de la entidad, y según que esa diferencia se correspondiese o no con el porcentaje de participación en la entidad.

El antiguo art. 16.8 del TRLIS incorporaba un mandato legal de carácter imperativo y objetivo en virtud del cual todo ajuste primario o corrección valorativa debía conllevar necesariamente un ajuste secundario o calificación fiscal de la diferencia de valor, prescindiendo del elemento subjetivo o voluntad elusiva de las partes. Dicha configuración automática y objetiva del ajuste secundario imposibilitaba admitir que la diferencia entre el precio convenido entre las partes y el valor de mercado determinado por la Administración pudiera deberse a errores en la estimación del valor por parte del contribuyente, a diferencias de criterios en la determinación del valor de mercado o a cualquiera de los muchos factores de incertidumbre que planteaba la fijación del valor de plena competencia⁷.

6 Este mayor valor de adquisición de la participación quedará sujeto, además, a tributación en el Impuesto sobre Operaciones Societarias, de conformidad con lo establecido en la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual en el Impuesto sobre el Valor Añadido y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria.

7 Como seguramente se recordará el principio de plena competencia quedaba recogido en el art. 9 del Modelo de Convenio Tributario elaborado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, que recoge la posición expresada en las Directrices aplicables en materia de precios de transferencias a empresas multinacionales y Administraciones tributarias, sobre la base de considerar que los precios de transferencia son los precios acordados entre dos sociedades pertenecientes al mismo grupo cuando realizan transacciones, es decir, la valoración de la

Debe quedar claro desde un primer momento que, con carácter general (si bien con diversas matizaciones a las que posteriormente nos referiremos), la práctica del ajuste secundario resulta perfectamente admisible en el marco de las Directrices de la OCDE; de hecho, dichas Directrices incluyen un Capítulo titulado "Identificación de las operaciones realmente efectuadas". Y, por lo que respecta a la naturaleza de la previsión legal, nos hallamos en presencia de una norma de calificación que no debe excluir el ajuste bilateral. El primer ajuste debe ser bilateral y practicarse en ambos lados de la operación, adquiriendo el mismo naturaleza de norma de valoración y, por tanto, de cuantificación de la obligación tributaria. Por lo que respecta al segundo, esto es, al ajuste secundario, se trata de una regla de calificación que responde a la evidencia de que, al margen de la valoración, los flujos monetarios socio-sociedad se han producido, debiendo otorgárseles una calificación desde el punto de vista tributario.

Tal y como hemos apuntado con anterioridad, desde esta perspectiva la previsión del ajuste secundario en el régimen de operaciones vinculadas no representa otra cosa que una concreción de la regla de la calificación contenida en el art. 13 de la LGT que, por otra parte, impediría aplicar esta cláusula general. Al igual que sucede con esta regla de calificación, se trata de una regla atributiva de una potestad a favor de la Administración pero que, a diferencia de lo que se plantea en relación con el art. 13 de la Ley 58/2003, resulta de aplicación automática. En consecuencia procedería la práctica del ajuste secundario como recalificación realizada a las cantidades puestas de manifiesto cuando la Inspección corrigiese el valor convenido en una operación para situarlo en el valor de mercado.

transacción cuando existe vinculación. A resultados de lo anterior nuestra normativa interna obliga a valorar a precio de mercado todas las operaciones realizadas entre entidades o personas vinculadas, incluso en aquellas situaciones en las que no existe ningún tipo de estrategia de planificación fiscal. No obstante, tal y como tendremos ocasión de analizar, la Ley 27/2014 regula la posibilidad de no realizar dicho ajuste cuando exista una restitución patrimonial de la diferencia valorativa.

De este modo la práctica del ajuste tributario supondría una mayor tributación para algunas de las partes.

Tratándose de una regla específica de calificación, es la propia norma legal la que determina la naturaleza que ha de atribuirse a la transferencia económica puesta de manifiesto. Así se establece que, en aquellos casos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, la diferencia tendría, en la proporción que correspondiera al porcentaje de participación, la consideración de participación en beneficios de entidades si dicha diferencia fuese a favor del socio o partícipe. Y si la diferencia existente lo fuese a favor de la entidad, tendría la calificación de aportaciones del socio o partícipe a los fondos propios. Ésta es la única naturaleza que puede atribuirse a los flujos que son objeto de ajuste secundario; aportación de fondos con carácter general (esto es, en cualquier caso) en transferencias socio-sociedad y dividendo en el caso de flujos sociedad-socio, pero en la proporción que corresponda al porcentaje de participación en la entidad.

Dada estas consideraciones son dos las principales cuestiones que suscita la práctica del ajuste secundario. En primer lugar que, como regla de calificación que es, el ajuste secundario habría de ser aplicado por la Administración en vía de comprobación cuando correspondiese, con audiencia al obligado tributario y siempre que la verdadera naturaleza de la operación sea la de una aportación de fondos o la distribución encubierta de dividendos. Lo cierto es, sin embargo, que la Administración tributaria conectaba lo dispuesto por el art. 16 del TRLIS con la Norma 21 del vigente PGC, defendiendo así que toda eventual diferencia existente entre el valor aplicado a una transacción por parte del contribuyente y el valor razonable suponía automáticamente una recalificación de la renta resultante de dicha diferencia. En otras palabras, se estimaba que el ajuste secundario se iba a producir de forma habitual con ocasión de cualquier comprobación, a pesar de que las sociedades no tuviesen que realizar ningún ajuste en el supuesto de que hubieran contabilizado por valor

razonable, no pudiendo además contabilizar fiscalmente gasto alguno derivado de las reglas de ajuste secundario.

Como ya hemos indicado el legislador del RD-Leg. 4/2004 optó por estimar que, tratándose de flujos sociedad-socio, la renta existente habría de calificarse como dividendo, si bien en la proporción que correspondiera al porcentaje de participación en la entidad y sólo y exclusivamente en dicho porcentaje. Y en aquello que excediese de dicho porcentaje la ley no formulaba esta calificación como dividiendo. En cambio, de conformidad con lo dispuesto por el antiguo art. 21 bis.2.b) del RIS, la parte de renta que no se corresponda con el porcentaje de participación en la entidad, tendrá la consideración de renta para la entidad y de liberalidad para el socio o partícipe.

¿Hasta qué punto resultaba coherente y razonable que una parte de esos flujos adquiriese la naturaleza de dividendo y la otra de donación a favor del socio? Adviértase que nada se señalaba a este respecto en el TRLIS, introduciendo en cambio el Reglamento regulador del citado Impuesto una auténtica ficción normativa al determinar la existencia de una liberalidad y, por tanto, de una manifestación de capacidad contributiva donde la misma no existe.

El llamado ajuste secundario se produce en el ámbito de un ajuste primario efectuado con motivo de aquellas operaciones efectuadas entre dos personas o entidades vinculadas, a la luz del cual surge la necesidad de determinar el régimen fiscal al que han de quedar sujetas las diferencias resultantes entre la base imponible que es objeto de la práctica de un ajuste (de carácter valorativo) y el resultado o beneficio contable recogido en los libros a través de los cuales quedó registrada la realización de la operación así como su contabilización originaria. Así quedó recogido en el Parágrafo 4.67 de las Directrices de la OCDE en materia de Precios de Transferencia de 1995.⁸

Así las cosas, cuando hablamos de "ajuste secundario" estamos aludiendo a la calificación tributaria que ha de otorgarse al exceso de renta que figura en la contabilidad de una concreta entidad vinculada en comparación con aquella otra que se habría obtenido y satisfecho atendiendo a condiciones de plena competencia de acuerdo con el ajuste primario practicado por la Administración tributaria de un determinado Estado. Dicho ajuste secundario ha de practicarse pues sobre la persona o entidad vinculada que recibe un beneficio considerado como excesivo

menor gasto derivado de la realización de una determinada operación llevada a cabo con su matriz, se suscita la cuestión relativa a al tratamiento fiscal que ha de otorgarse a dicho exceso sobre el valor de mercado efectivamente percibido por esta última entidad (la matriz) con motivo de la realización de la operación originaria con el precio de transferencia. De este modo, habiéndose practicado por la Administración tributaria el correspondiente ajuste primario mediante la corrección de la base imponible de la filial, procedería igualmente recalificar desde un punto de vista tributario aquellos rendimientos transferidos que exceden del valor normal de mercado de la operación vinculada declarada por las partes. Y ello en aras de lograr una tributación ajustada a la situación patrimonial de la persona o entidad vinculada tras la configuración del precio de transferencia objeto del ajuste. Se afirmaba además en el Apartado 1.13 de las Directrices de la OCDE de Precios de Transferencia lo siguiente: *"Con frecuencia, tanto las Administraciones como los contribuyentes encuentran dificultades para obtener información precisa que permita aplicar el principio de plena competencia. Este principio puede exigir una cantidad importante de datos ya que, normalmente, requiere que los contribuyentes y las administraciones tributarias evalúen operaciones no vinculadas y actividades comerciales de empresas independientes, y las comparen con las operaciones y actividades de empresas asociadas. La información accesible puede resultar incompleta y difícil de interpretar; en caso de existir otra información, podría ser complicado obtenerla a causa de la localización geográfica tanto de esta como de ésta como de las partes que pueden procurarla. Además, puede suceder que, por razones de confidencialidad, resulta imposible conseguir información de empresas independientes. En otros casos, puede ser que simplemente no exista información relevante relativa a empresas independientes, o pueden no existir empresas independientes comprobables, por ejemplo, cuando el sector de actividad haya alcanzado un alto grado de integración vertical. Es importante no perder de vista el objetivo de llegar a una aproximación razonable de lo que sería un resultado de plena competencia basado en información fiable. En este punto, se debería recordar también que los precios de transferencia no son una ciencia exacta, sino que exigen juicios de valor tanto por parte de la administración tributaria como de los contribuyentes"*.

⁸ Así, por ejemplo, habiéndose incrementado a resultados de la práctica de un ajuste primario la base imponible de una filial español al estimarse que procede un

de acuerdo con lo obtenido tras la práctica del ajuste primario llevado a cabo por la Hacienda Pública de un determinado país.

Tradicionalmente la práctica generalidad de la doctrina ha venido estimando que la práctica del ajuste secundario exige necesariamente la concurrencia de una diferencia entre la base imponible atribuible a las personas vinculadas de acuerdo con un ajuste primario y el flujo de renta o de tesorería derivado de la realización de la operación vinculada.⁹

¿Significa ello que podría tener lugar la práctica del ajuste secundario en aquellos supuestos en los que se produjese una cesión de bienes, activos o servicios no mediando la existencia de remuneración alguna entre las personas o entidades vinculadas? Desde nuestro punto de vista así es. Así sucedería, por ejemplo, tratándose de un préstamo concedido sin intereses o de la celebración de un contrato de *leasing* que no resulte remunerado. Y ello debido a que también en estos supuestos se origina una diferencia entre la base imponible ajustada mediante la aplicación del denominado "principio de plena competencia" (con motivo de la realización del ajuste primario) y los resultados reflejados en los estados financieros o en la contabilidad de la entidad.¹⁰

⁹ Véanse, en el ámbito internacional, entre otros, los trabajos de SCHNORBERGER, "The application of Transfer Pricing rules and the definition of Associated Enterprises", *International Transfer Pricing Journal*, 1999, págs. 190 y ss y BRICKER, *German Tax Guide*, Kluwer, 2001, págs. 287 y 288. Dentro de nuestra doctrina, CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A., "Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas", *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 316, 2009, págs. 40 y ss.

¹⁰ En esta línea afirma la Dirección General de Tributos (DGT) en su contestación a Consulta de 7 de febrero de 2008 que resulta posible practicar el ajuste secundario tratándose de un préstamo sin intereses otorgado entre entidades que forman parte de un grupo fiscal o consolidado. Así las cosas, tratándose de grupos fiscales el ajuste primario resultaría eliminado al consolidar; en cambio la práctica del ajuste secundario no se eliminaría, debiendo calificarse en función de la posición societaria existente (madre-hija, sociedades hermanas, etc.)

Ciertamente tratándose de aquellas operaciones de carácter gratuito que adolecen de toda remuneración o en las que la remuneración fijada al efecto resulta inferior a la de mercado, esto es, produciéndose un ajuste primario al alza, no cabe aludir a la existencia de una transferencia efectiva de un exceso de utilidades o de una renta por parte de una persona vinculada hacia otra.

Ahora bien, ¿Significa ello que no procederá la práctica de un ajuste secundario? ¿No resultará necesario acudir a la ficción relativa a la realización de una operación secundaria que justifique el surgimiento de dicho exceso, sometiendo el mismo a tributación? A este respecto la OCDE, en el Parágrafo 4.67-68 de sus Directrices en materia de Precios de Transferencia se refiere a la práctica del ajuste secundario en aquellos supuestos en los que la realización de la operación primaria hubiese dado lugar a una transferencia excesiva de utilidades, produciéndose así un ajuste a la baja del precio de transferencia.

Por nuestra parte estimamos que, aun reconociendo que en esta clase de operaciones caracterizadas por la ausencia de remuneración o por la existencia de una remuneración inferior a la de mercado la tesorería de las entidades vinculadas intervinientes resulta distinta de aquella que existiría habiéndose efectuado la operación entre partes independientes, no puede dejar de reconocerse que la práctica del correspondiente ajuste secundario no viene a corregir dicha situación, esto es, la citada diferencia de tesorería. Lo que se origina es, como hemos tenido oportunidad de señalar, una transacción ficticia a través de la cual se trata de explicar la referida diferencia de tesorería, disponiendo el sometimiento a gravamen de la misma.¹¹

¹¹ Tal y como tendremos ocasión de precisar nuestro legislador, ante esta situación, optó, a través de lo dispuesto en el art. 16.8 del antiguo TRLIS, por la práctica del ajuste secundario tanto en aquellos supuestos de operaciones caracterizadas por la ausencia de remuneración o con una remuneración inferior a la de mercado, como en aquellos otros casos en los que tiene lugar una remuneración excesiva.

Sólo en aquellos casos en los que la práctica de los ajustes primario y correlativo haya contribuido a eliminar el beneficio o la ventaja fiscal derivado de la realización de la operación vinculada, no habiendo sido valorada esta última originariamente mediante la aplicación del principio de plena competencia, no resultará necesaria la práctica del ajuste secundario.

¿Y qué sucedería en aquellos supuestos en los que la Administración tributaria hubiese optado por la aplicación del llamado "principio de no reconocimiento" (o *disregard* en la terminología anglosajona)? ¿Habría de practicarse en este caso el ajuste secundario? Tal y como han puesto de manifiesto CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ la respuesta habría de ser negativa, ya que la práctica del ajuste secundario requiere la de un previo ajuste primario de conformidad con el cual se disponga que la valoración de las operaciones no se ajusta el principio de plena competencia, originándose con motivo del ajuste practicado en la base imponible una diferencia entre el resultado contable y el fiscal. En cambio, siendo de aplicación el principio de no reconocimiento, es decir, en aquellos casos de no reconocimiento de una determinada operación o estructura la Administración tributaria no procedería a la adopción de un enfoque de carácter valorativo, sino de un enfoque denominado de "sustancia versus forma", previo al enfoque valorativo.¹²

De cualquier manera el concepto de "ajuste secundario" surge a la luz de la calificación fiscal que ha de otorgarse al exceso de los beneficios o rendimientos efectivamente satisfechos y obtenidos en el marco de la realización de una operación en la que intervienen precios de transferencia en relación con los beneficios o rendimientos de mercado derivados de la práctica del ajuste primario practicado por la Administración.¹³

¹² CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A., "Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas", ob. cit., pág. 41. En palabras de estos autores "Allí donde la Administración recaracteriza la operación sería extraño que se llevara a cabo un ajuste secundario, dado que la propia recalificación de la operación debería pivotar sobre las operaciones y flujos de tesorería realizados de manera que se estableciera la correcta tributación de los mismos".

¹³ De hecho en esta clase de operaciones, incluso

Tiene lugar así la calificación de dicha renta partiendo de la ficción de considerar que existe una operación secundaria a la que ha de imputarse dicha renta. En definitiva, se construye la ficción de la realización de una operación secundaria y se califica la renta en función de dicha ficción jurídica.

Como es lógico los efectos derivados de estas actuaciones de ficción y de calificación de la renta se originan única y exclusivamente en el ámbito fiscal, al objeto de someter a imposición a aquel sujeto que obtuvo el beneficio o la renta derivado de la práctica de los ajustes primario y correlativo.

Por otra parte, ¿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 la del principio de plena competencia) desentrañar la verdadera operación negocial realizada, es decir, la operación disimulada? A nuestro juicio, a pesar de la redacción otorgada al antiguo art. 16.8 del TRLIS, la respuesta a la citada cuestión debía ser negativa. Y ello sin perjuicio de reconocer que, ya con anterioridad a la aplicación de la regla de valoración de mercado en el ámbito de las operaciones vinculadas, resultaba posible la aplicación de otras cláusulas antiabuso tales como las relativas, no ya solo a la propia simulación, sino también al fraude de ley o a la calificación.

Lo que perseguía la práctica del ajuste secundario no era 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. Y, en este sentido, la aplicación del principio de plena competencia en el marco de las relaciones existentes entre personas o entidades vinculadas representa una norma de carácter cautelar des-

después de haberse practicado el ajuste primario y el ajuste correlativo o bilateral, se origina un exceso de renta en relación con la persona o entidad que percibió el precio de transferencia como consecuencia de la entrega de bienes efectuada o de la prestación de servicios realizada.

tinada a evitar imputaciones y determinaciones de renta entre dichos sujetos que en ningún caso reflejan su verdadera situación patrimonial o económica.

Y decimos que ello es así a pesar de la redacción otorgada al antiguo art. 16.8 del RDLeg. 4/2004 porque, al amparo de lo dispuesto por el citado precepto, el ajuste secundario resultaba configurado sobre la base de una presunción de simulación parcial que afectaba a aquella parte del precio que no concordaba con el principio de plena competencia y que quedaba integrada dentro de una norma de valoración.¹⁴

Por otra parte, la eventual falta de concreción de las consecuencias fiscales no debía constituir un impedimento para la efectiva aplicación del ajuste secundario, debiendo adoptarse como criterio interpretativo el contenido en el antiguo art. 21.bis.2 del RIS. A través de dicho precepto reglamentario, que llevaba por título “diferencias entre el valor convenido y el valor normal de mercado de las operaciones vinculadas”, el Real Decreto 1793/2008, de 3 de noviembre, procedió a desarrollar el contenido del art. 16.8 del TRLIS¹⁵, señalándose que, cuando la diferencia resultante lo sea a favor de la sociedad, en la parte que no se corresponda con el porcentaje de participación en ésta, dicha diferencia se considerará como renta para la entidad que reciba el flujo monetario y como liberalidad para quien lo entrega, debiendo no obstante analizarse cada caso concreto.¹⁶

14 Véase a este respecto ALONSO GONZÁLEZ, L. M., “Operaciones vinculadas, elusión y fraude fiscal”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 295, 2007, pág. 84.

15 Ha de precisarse además que el citado Real Decreto 1793/2008 procedió a clarificar la base de retención o ingreso a cuenta de aquella renta que tenga su origen en la práctica del ajuste secundario, modificándose a tal efecto los Reglamentos del IS, del IRPF y del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (IRNR) y señalándose que la base de retención o ingreso a cuenta, en aquellos supuestos en los que se trate de rentas sometidas a éstos, queda integrada por la diferencia entre el valor de mercado y el convenido.

16 Así, por ejemplo, en el supuesto de que la operación vinculada se realizase entre un administrador no socio y la entidad que dirigiese, cabría estimar que la diferencia derivada de la práctica del ajuste secun-

En resumen el ajuste primario (y el correlativo) posibilitan que, a través de la valoración de mercado, se lleve a cabo una correcta determinación de la renta en una concreta operación vinculada, de manera que dicha renta resulte correctamente imputada entre aquellos sujetos que toman parte en la misma. En cambio lo que persigue el ajuste secundario es adecuar la tributación a la situación patrimonial de la persona o entidad vinculada tras la realización del ajuste primario de precios de transferencia, calificándose fiscalmente el exceso producido sobre el precio de mercado percibido por una de las personas vinculadas.

Señala a este respecto ESTEVE PARDO¹⁷ que “La ventaja que integra la renta pagada en exceso sobre el principio de plena competencia, aunque es conferida a través de un negocio jurídico, no responde a la causa onerosa del contrato, sino que tiene su causa en la relación societaria (*societatis causa*) que une a ambas sociedades”. Sucede no obstante que, en la práctica, la utilización de precios de transferencia se fundamenta en la adopción de una metodología de cara a su determinación que, si bien *a priori* presenta un carácter objetivo, termina resultando de aplicación básicamente subjetiva, pudiendo llegar a reflejar los ajustes efectuados respecto de tales precios las diferencias existentes entre la Administración y los obligados tributarios en la aplicación de dicha metodología. De cualquier manera, y como bien apunta SALA GALVÁN¹⁸, “el principio de plena competencia no resulta empleado dentro de este contexto como el instrumento legal a través del cual se descubren las operaciones efectivamente realizadas *societatis causa* bajo la cobertura del precio de transferencia”.

Por otra parte conviene poner de manifiesto que la aplicación del ajuste secundario puede llegar

dario constituiría una mayor retribución por el trabajo desarrollado en la entidad.

17 ESTEVE PARDO, M^a. L., *Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribución encubierta de beneficios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 77.

18 SALA GALVÁN, G., *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 209.

a originar el surgimiento de un nuevo gravamen sobre una renta que, previamente, ya fue objeto de imposición en el ámbito de la operación originaria con el precio de transferencia. En efecto, la práctica del ajuste secundario puede llegar a dar lugar a un nuevo acto de imposición surgido a la luz de la realización de un hecho imponible derivado de una operación ficticia obra de la ley, y que sólo adquiere justificación en tanto en cuanto se origine una renta real transferida a una entidad vinculada en el marco de una operación de este mismo carácter realizada con precios de transferencia y que con posterioridad resulta ajustada a precios de mercado.

Dada esta situación se hace necesario acometer una labor de coordinación de 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. Habrán de afrontarse pues todas aquellas situaciones de doble imposición que, en su caso, pudieran llegar a originarse en el ámbito de una operación transfronteriza de esta naturaleza, acudiendo al oportuno procedimiento amistoso previsto al efecto en los Convenios de Doble Imposición.

¿Deben practicarse los ajustes secundarios de manera automática? A nuestro juicio ha de tratar 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. Tal y como sugieren CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ¹⁹, el ajuste secundario o, más precisamente, los presupuestos básicos que fundamentan la teoría del ajuste secundario, sólo deberían aplicarse cuando, mediante la realización de un análisis sustancia *versus* forma, se llegue a la conclusión de que lo que se persigue a través de la operación vinculada es ocultar una distribución de dividendos o una aportación de capital, habiendo sido fijados los precios de manera arbitraria o interviniendo cualquier clase de manipulación en su fijación. Y no, en cambio, en aquellos otros supuestos en los que las partes han

tratado únicamente de establecer un precio de mercado de forma diligente.

Es este un planteamiento que compartimos plenamente máxime en un panorama como el actual, caracterizado por el desarrollo de relaciones intragrupo regidas desde un punto de vista tributario por el principio de plena competencia, que resulta de aplicación de cara a la valoración de las operaciones vinculadas.

Téngase presente que, en numerosas ocasiones, el ajuste primario que pueda llevar a cabo la Administración tributaria en aplicación del citado principio de plena competencia responderá, no tanto al hecho de que concurra la concesión de una determinada ventaja por parte de una sociedad al socio o, en su caso, a otra entidad vinculada fundamentada en la propia relación societaria, sino únicamente en la existencia de una discrepancia derivada de la aplicación de la metodología de los precios de transferencia²⁰. Dada esta última situación es innegable que existe buena fe por parte de los contribuyentes a la hora de proceder a la fijación de sus precios o a la valoración de sus operaciones.

Incluso no es infrecuente que en la práctica puedan llegar a producirse discrepancias entre las propias Administraciones intervinientes en la realización de la operación, relativas a la valoración efectuada por aquella de ellas que hubiese practicado el ajuste primario.

No parece además que en este conjunto de supuestos a que nos referimos pueda estimarse que concurre otra de las circunstancias que fundamentan la aplicación del mecanismo del ajuste secundario, como es la recalificación de la operación ajustándola al "fondo económico de la misma". Más bien nos hallamos ante operaciones económicas reales (ya se trate de una venta de mercancías, de una prestación de ser-

¹⁹ CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A., "Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas", ob. cit., pág. 43.

²⁰ Por ejemplo, no suele ser infrecuente que la Administración y los contribuyentes discrepen acerca de cuestiones tales como la selección de los comparables o sobre la aplicación de un determinado método (caso, por ejemplo, del relativo a la aplicación del rango de precios o de valores).

vicios o de cesiones de activos) realizadas efectivamente y con un contenido real en las que, no concurriendo un negocio aparente o ficticio, lo que sucede es que la Administración tributaria discrepa de la valoración que de las mismas realiza el contribuyente.

Como ya hemos indicado en relación con esta cuestión relativa a la recalificación de la operación realizada ajustándola al "fondo económico" de la misma el vigente Plan General Contable contiene una Norma de Valoración 21^a, que constituye una regla de contabilización de las operaciones atendiendo a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica, y a través de la cual se persigue superar aquellas limitaciones y condicionamientos que tradicionalmente vienen caracterizando a las diversas cláusulas antiabuso existentes en nuestro ordenamiento tributario. Un criterio similar inspiró la vigente redacción del art. 34.2 del Código de Comercio otorgada por 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 Unión Europea, con la finalidad de lograr su adaptación a las Normas Internacionales de Información Financiera.

¿Cuál debía ser el objetivo de esta regulación mercantil y contable? A nuestro juicio el verdadero espíritu que había de presidir su elaboración debía ser el de que sólo cabía prescindir de la forma jurídica a efectos de la calificación contable de una determinada operación en aquellos casos en los que se produzca un total desajuste entre la forma jurídica adoptada por las partes y el "fondo económico" de la operación²¹. Así las cosas, con independencia de la interpretación económica que pueda llegar a adoptarse, lo esencial sería que se tomaran en consideración las distintas condiciones contractuales acordadas que hubiesen sido realizadas por las partes o, más precisamente, el conjunto de las distintas

condiciones jurídicas y económicas en las que se produjera la operación a efectos de su calificación contable.²²

Cabe estimar, en consecuencia, que la contabilización podría llevarse a cabo con carácter general atendiendo a la forma jurídica adoptada por las partes, a excepción de aquellos supuestos en los que el negocio jurídico que se hubiese estipulado al efecto no se correspondiera materialmente con el fondo económico configurado por el conjunto de condiciones económicas y jurídicas pactadas.²³

De este modo, tratándose de una operación económica real y efectiva en la que la forma y el fondo económico de la misma coincidiesen, habiéndose valorado la misma razonablemente a un precio de mercado y no existiendo viso alguno de simulación o de fraude, no parecía razonable estimar en todo caso que hubiera de presumirse la existencia de una operación secundaria procediéndose a recalificar el exceso de renta transferido. Y ello debido a que tanto el ajuste primario como el correlativo practicado al efecto constituyen ya medidas suficientes destinadas a corregir el eventual error de valoración en el que pudiera haber incurrido el contribuyen-

22 En este sentido ya en la propia Exposición de Motivos de la citada Ley 16/2007, a la hora de fundamentar la reforma producida en el citado art. 34.2 del Código de Comercio, se afirmó que "(...) Se exige, en última instancia, una calificación de los hechos económicos atendiendo a su fondo, tanto jurídico como propiamente económico, al margen de los instrumentos que se utilicen para su formalización". A mayor abundamiento en el punto II de la citada Exposición de Motivos de la Ley 16/2007 se alude como fuente interpretativa de la reforma contable a las Directivas Comunitarias y Reglamentos de la Unión Europea 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.

23 Téngase presente además que, desde un punto de vista estrictamente contable, el criterio de valor de mercado / valor razonable no habrá de ser aplicado a los mismos sujetos y operaciones que la regla de las operaciones vinculadas. Quiere decirse con ello que, no siendo plenamente coincidente el ámbito subjetivo y el objetivo del criterio contable con aquél otro definido en el antiguo art. 16 del TRLIS resultaría ciertamente discutible tratar de aplicar contablemente el criterio contable del valor razonable / valor de mercado a cualquier sujeto al amparo de lo establecido en el citado precepto del antiguo RDLeg. 4/2004.

21 A este respecto nos remitimos a nuestra monografía *La Reforma Contable y su proyección en el Impuesto sobre Sociedades. Análisis práctico de las principales modificaciones normativas*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009, págs. 23 y ss.

te. No resultaría pues oportuna la práctica de un ajuste secundario, en aras de garantizar el respeto a los principios de capacidad económica y de justicia tributaria.²⁴

Precisamente al amparo de esta última reflexión cabría plantearse hasta qué punto resulta constitucionalmente admisible la práctica de este ajuste secundario tratándose de unas operaciones que han sido efectivamente realizadas y en las que no se ha producido una manipulación artificiosa de los precios. Piénsese que se está estableciendo un gravamen sobre una capacidad económica que ya lo ha sido previamente, en atención a la práctica de los ajustes primario y correlativo. Y no parece que la prevención del fraude fiscal justifique la imposición de un nuevo gravamen.

Dentro de la OCDE también se ha abogado en diversas ocasiones por restringir el ámbito de aplicación del ajuste secundario. Se afirma, por ejemplo, en el parágrafo 4.72 de las Directrices de la citada Organización en materia de Precios de Transferencia que "(...) Es conveniente que las Administraciones tributarias, cuando los ajustes secundarios se consideren necesarios, procedan a estos de forma tal que los riesgos de doble imposición que podrían resultar se redujeran al mínimo, salvo cuando el comportamiento del contribuyente denote su intención de disfrazar los dividendos con la finalidad de evitar la retención en la fuente".²⁵

24 Véase, a este respecto, LÓPEZ ALBERTS, H., "El ajuste secundario y la contabilización de las operaciones vinculadas", *Carta Tributaria Monografías*, núm. 18, 2009, págs. 5 y ss.

25 En esta misma línea se sitúa lo dispuesto en el Parágrafo 69 del Informe de la OCDE *Transfer Pricing Corresponding Adjustments and the Mutual Agreement Procedure* de 1982, en el que se puso de manifiesto la falta de acuerdo existente entre los distintos países miembros de la OCDE respecto de la legalidad convencional de los ajustes secundarios y la forma de eliminar la doble imposición internacional susceptible de llegar a originar la práctica de estos ajustes. Ciertamente la doble imposición susceptible de llegar a derivarse de la aplicación de ajustes secundarios no aparece expresamente recogida dentro del art. 25 del Modelo de Convenio de la OCDE y, más precisamente, a los efectos del procedimiento amistoso objeto de regulación en el citado precepto. A pesar de ello en el Manual del Procedimiento Amistoso de la OCDE de 2008 sí que se reconoce que el procedimiento amisto-

¿Resultaría posible acudir a lo dispuesto en el art. 9 del Modelo de Convenio de la OCDE de cara a otorgar cobertura o, en su caso, a prohibir la práctica de estos ajustes secundarios? A nuestro juicio la respuesta a la citada cuestión ha de ser necesariamente negativa. De hecho, tal y como se señala en los Comentarios al citado art. 9 del Modelo de Convenio de 2008 y del Parágrafo 4.70 de las Directrices de la OCDE de Precios de Transferencia dicho precepto no se refiere en ningún momento a los referidos ajustes secundarios, no prohibiendo ni obligando a las Administraciones tributarias a la práctica de tales ajustes.

Dicho precepto ni otorga cobertura a la práctica de determinados ajustes ni los prohíbe, no obligando además al conjunto de los Estados a aplicar desgravación alguna como consecuencia de su práctica por otro Estado contratante. Simplemente se limita a establecer que "*los beneficios corregidos podrán ser sometidos a imposición en consecuencia*", no precisando la calificación que deba otorgarse a tal renta o la forma en la que la misma haya de ser gravada.

En determinados casos ha llegado a cuestionarse la compatibilidad de la práctica de tales ajustes secundarios con otras disposiciones del Convenio. Así, por ejemplo, la calificación como dividendos del exceso pagado por una entidad a otra sociedad perteneciente al mismo grupo con motivo de una venta de mercancías podría llegar a entrar en colisión con lo dispuesto en el art. 10. Ahora bien, en aquellos casos en los que la práctica del ajuste secundario implique una recalificación de la renta obtenida como dividendo de forma consistente con lo establecido en el citado art. 10 del Modelo de Convenio, parece lógico pensar que el otro Estado contra-

so constituye una vía adecuada para la resolución de aquellos problemas que plantean los ajustes secundarios originados como consecuencia de la práctica de ajustes derivados de la utilización de precios de transferencia, afirmándose concretamente que "*La eliminación de los problemas que plantea un ajuste secundario puede acordarse en el marco de un Manual de Procedimiento Amistoso en la medida en que se corrija un ajuste primario o se acuerde la repatriación de fondos a los efectos de un ajuste correlativo*".

tante habrá de calificar la renta obtenida como dividendo, de acuerdo con lo previsto en el precepto del CDI encargado de regular los métodos destinados a eliminar la doble imposición.²⁶

El art. 21.bis del antiguo RIS establecía por tanto una calificación específica para las rentas derivadas de operaciones vinculadas, de manera que cuando el valor convenido resultara distinto del valor normal de mercado, la diferencia resultante entre ambos valores tendría para las personas o entidades vinculadas el tratamiento fiscal que correspondiera a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia. Así, y en concordancia con aquello que establece el art. 13 de la LGT, la renta puesta de manifiesto por dicha diferencia de valoración se calificaría atendiendo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, con independencia de la forma o denominación que los interesados le hubieran dado. Concretamente, y únicamente en los supuestos en los que la vinculación se definiese en función de la relación socios o partícipes/entidad, la calificación de tales rentas dependería de dos factores, a saber: de quien fuese el

favorecido por la diferencia generada entre el valor de mercado y el convenido por las partes (bien el socio o partícipe o bien la entidad), y del porcentaje de participación del socio en la entidad.

Tal y como establecía el art. 21.bis del antiguo RIS, siendo la diferencia a favor del socio o partícipe, aquella parte de la diferencia que se correspondiera con el porcentaje de participación en la entidad se consideraría como una retribución de fondos propios para la entidad y como una participación en beneficios de entidades, para el socio. Y, por la parte de la diferencia que no se correspondiese con el porcentaje de participación, en la entidad se consideraría como una retribución de los fondos propios para la entidad, y como una utilidad percibida de una entidad por la condición de socio, accionista, asociado o partícipe de acuerdo con lo previsto en el art. 25.1.d) de la Ley 35/2006, para el socio o partícipe.

Y, en segundo término, siendo la diferencia a favor de la entidad, por aquella parte de la diferencia que se correspondiese con el porcentaje de participación en la misma, tendría la consideración de aportación del socio o partícipe a los fondos propios, para la entidad, y aumento de valor de adquisición de la participación, para el socio o partícipe. Respecto de la parte de la diferencia que no se correspondiese con el porcentaje de participación en la entidad, tendría la consideración de renta para la entidad y de liberalidad para el socio o partícipe. Y tratándose de contribuyentes del IRNR sin establecimiento permanente, la renta se consideraría como ganancia patrimonial de acuerdo con lo dispuesto en el art. 13.1.i).4 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (TRLIRNR).

Adviértase por tanto que el legislador califica como "utilidad" el beneficio obtenido por el socio por la parte que no le corresponde con el porcentaje de participación. Ahora bien, este supuesto beneficio obtenido por el socio no tiene ninguna relación en realidad con el por-

²⁶ Véase a este respecto HELMINEN, *The Dividend Concept in International Tax Law*, Kluwer, The Hague, 1999, pág. 247, para quien el exceso satisfecho por una entidad filial a su matriz en el marco de una determinada operación vinculada (ya se trate de prestaciones de servicios, de venta de mercancías o de pago de intereses o cánones) es susceptible de calificarse y de someterse a gravamen como un dividendo del art. 10 del Modelo de Convenio, incluso dentro del marco de la Directiva Matriz-Filial, al utilizarse en esta última la expresión "distribución de beneficios", siempre y cuando así lo establezca la legislación interna del Estado de la fuente; a su juicio "Se trata de renta derivada de acciones que encaja en el artículo 10 y resulta consistente con lo previsto en los artículos 11.6 y 12.4 del Modelo de Convenio. El exceso de beneficios transferido en el marco de operaciones entre entidades hermanas puede caer igualmente en el ámbito de aplicación del artículo 10. Y el otro Estado miembro contratante debe aceptar tal calificación como dividendo y aplicar las medidas previstas en el convenio para la eliminación de la doble imposición sobre este tipo de renta". Cabe plantearse, sin embargo, hasta qué punto el Estado de residencia se encuentra obligado a aceptar dicha recalificación. En nuestra opinión no lo está, como tampoco tiene por qué admitir la práctica del ajuste primario efectuada por el otro Estado contratante. Ambas cuestiones habrán de ser tratadas en el correspondiente procedimiento arbitral que a tal efecto se desarrolle.

centaje de participación, debiendo concebirse independientemente de esta última. Porque cuando un accionista recibe un determinado importe de su filial por su condición de tal lo recibe en concepto de dividendo y por la totalidad de la renta obtenida. Tal y como disponía el propio art. 21.bis del antiguo RIS, para poder calificar la renta puesta de manifiesto había que atender a su verdadera naturaleza, de manera que podría calificarse como dividendo o como utilidad, pero no adoptar ambas calificaciones de manera simultánea. Estimamos por tanto que no resultaba congruente la doble calificación de la renta efectuada por el legislador y la interpretación realizada por la normativa sobre el porcentaje que no corresponde con la participación.

Por otra parte, y al margen de las anteriores consideraciones, cabe estimar que la calificación de las rentas efectuada de acuerdo con el porcentaje de participación que efectuaba el art. 20.bis del antiguo RIS constituía un exceso reglamentario. Téngase presente que el art. 16.8 del TRLIS tan sólo calificaba como una participación en beneficios las diferencias existentes a favor del socio, mientras que aquellas diferencias existentes a favor de la sociedad eran calificadas como aportaciones del socio o partícipe a los fondos propios, en ambos casos en la proporción que corresponda al porcentaje de participación. En cambio, nada señalaba el legislador sobre la calificación de la diferencia que no se corresponda con el porcentaje de participación.

En cuanto a la doble calificación de la renta que se producía cuando la diferencia lo era a favor del socio (dividendo/utilidad), cabía estimar que impedía que resultase aplicable la normativa para eliminar la doble imposición contenida en el TRLIS a la totalidad de la diferencia, ya que la parte calificada como "utilidad" no generaba el derecho a eliminar la doble imposición por parte del socio. Esta doble imposición, además de vulnerar el espíritu del Informe de la OCDE de 1995, representaba un perjuicio infundado para el contribuyente. De hecho, tal y como se señaló en la Exposición de Motivos de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Medidas para la Preven-

ción del Fraude Fiscal, la reforma articulada a través de la citada Ley persiguió, entre otros objetivos, la adaptación de la legislación española en materia de precios de transferencia al ámbito internacional y, en particular, las Directrices de la OCDE sobre la materia y al Foro Europeo sobre Precios de Transferencia. En este sentido cabe estimar que la doble imposición que origina la práctica del ajuste secundario vulnera el espíritu del Informe de la OCDE de 1995, que persigue precisamente la eliminación de la doble imposición.

Como ya sabemos, señalaba el art. 16.1.2 del TRLIS que *"La valoración administrativa no determinará la tributación por este Impuesto ni, en su caso, por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o por el Impuesto sobre la Renta de No Residentes de una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las personas o entidades que la hubieran realizado"*. Se afirmaba así que la tributación efectiva del Impuesto, de haberse realizado la operación a precio de mercado, vendría corregida por la práctica del ajuste primario. Se trataba de una operación efectuada por debajo del precio de mercado, de manera que la aplicación de precios de mercado supondría un mayor gasto para la entidad receptora del bien o del servicio que se prestase, originándose correlativamente un mayor ingreso para la entidad que efectúa la entrega o que presta el servicio. Pues bien, a nuestro juicio únicamente en caso de fraude fiscal habría de aplicarse automáticamente la tributación que deriva de una financiación encubierta. De hecho con carácter originario así fue previsto, siendo objeto de regulación el ajuste secundario por vez primera en la Ley 36/2006, de 29 de noviembre.

Desde nuestro punto de vista cabe aludir a la existencia de una vulneración por parte del ajuste secundario del espíritu derivado del Informe de la OCDE de 1995, destinado a evitar la doble imposición. Incluso podría estimarse que nos hallamos ante la imposición de unos precios tasados contrarios a la libre economía de mercado y que no permiten operar o negociar con importes distintos a los fijados por la Administración, so

pena de incurrir en responsabilidades tributarias que, más que defender la tributación de una determinada operación de acuerdo con la verdadera naturaleza de las rentas con la consiguiente rectificación de la base imponible, consisten en la imposición solapada de graves sanciones.

A través de la aplicación del mecanismo del ajuste secundario se adopta la ficción consistente en considerar como liberalidad para el socio, cuando la diferencia lo es a favor de la entidad, a la parte de la diferencia que no se corresponde con el porcentaje de participación. ¿No debería gravarse, sin embargo, la existencia de una manifestación real de riqueza evidenciada en el mayor ingreso derivado de una valoración superior de la entrega realizada o del servicio prestado y puesta de manifiesto mediante la práctica del ajuste primario? En nuestra opinión, así es. En cambio, carece de razón de ser tratar de lograr una tributación adicional derivada de la consideración de esa mayor valoración de la entrega efectuada o del servicio prestado como liberalidad. De manera un tanto arbitraria se está afirmando que la operación ha tenido lugar, simultáneamente, de forma gratuita y onerosa.

Ciertamente el ajuste secundario fue concebido inicialmente como una medida destinada a evitar el fraude de ley. De hecho, como se ha indicado, fue incorporado por vez primera a nuestro ordenamiento a través de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre. En este sentido cabe afirmar que, aunque la finalidad perseguida pueda resultar constitucionalmente legítima (la lucha contra el fraude de ley), la prestación tributaria no puede hacerse depender de situaciones que, como sucede en el presente caso, no son expresivas de la existencia de una capacidad económica ya que, aun siendo muy amplia la voluntad del legislador existente a la hora de configurar los tributos, ésta debe en todo caso respetar los límites derivados del citado principio constitucional, que resultaría vulnerada en aquellos supuestos en los que la capacidad sometida a gravamen por el tributo fuese, no ya potencial, sino inexistente o ficticia. Y esto es precisamente lo que sucede en aquellos supuestos en los que resulta aplicable la normativa del ajuste secundario.

Ahora bien, no queremos decir con ello que la mera diferencia de valor resultante implique directamente la existencia de una actitud fraudulenta. Se trata de una diferencia de valor que, por mandato del legislador, lleva aparejada automáticamente efectos negativos sobre el patrimonio fiscal de las partes intervinientes en el negocio jurídico realizado. Pero no se trata de una circunstancia que suponga directamente la existencia de fraude fiscal, ni constituye un hecho del que pueda deducirse de manera directa la existencia de una ocultación del precio real de la operación. Sin embargo, por otra parte, tampoco creemos que se pueda descartar entre tales motivos existentes que se haya faltado a la verdad en el precio de la operación con el ánimo de defraudar. Junto a dicho motivo pueden existir otros muchos, de carácter no excepcional, ajenos al cumplimiento del deber de contribuir como, por ejemplo, la existencia de discrepancia sobre el valor del bien o derecho transmitido, la situación coyuntural del mercado, la necesidad inmediata de liquidez o el simple desconocimiento de los precios de mercado.

En todo caso, lo que es innegable es que el art. 20.bis del antiguo RIS no iba dirigido únicamente a quienes, con ánimo de defraudar, declararan un precio distinto al de mercado. A mayor automático, cabía estimar que la recalificación automática de la renta podría ser igualmente objeto de crítica.

En definitiva, el hecho de que existiese un fin constitucionalmente legítimo no implicaba que también lo fuesen los medios concretos utilizados para alcanzarlos. Tanto si se adoptan medidas de carácter tributario como si se recurre a medidas sancionadoras, habrán de respetarse en todo caso los preceptos constitucionales que resulten aplicables a cada una de estas figuras y, en especial, lo dispuesto en los arts. 31.1, 24 y 25 de la Constitución.²⁷

²⁷ Tal y como precisa FUSTER GÓMEZ, M., "¿Es constitucional el ajuste secundario del art. 21.bis del RIS? Recordando la STC 194/2000", *Tribuna Fiscal*, núm. 228, 2009, págs. 77 y ss., estas mismas consideraciones fueron efectuadas en su día por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 194/2000, de 19 de julio, por la que se declaró la inconstitucionalidad y la nulidad de la Dis-

posición Adicional 4ª de la antigua Ley de Tasas y Precios Públicos, que otorgaba un tratamiento específico a aquellas transmisiones onerosas sujetas al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPyAJD) en cuyo documento público o privado se hiciese constar un precio notoriamente inferior al real de la operación. En efecto la citada Disposición de la Ley 8/1989, de Tasas y Precios Públicos, regulaba el tratamiento fiscal de las diferencias de valor resultantes de la comprobación administrativa de las transmisiones onerosas, señalando que *"En las transmisiones 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 del 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 efectuadas a título lucrativo"*. Se presumía así, en todo caso, respecto de la diferencia existente entre el valor declarado y el comprobado, la existencia de una conducta fraudulenta, estableciéndose la ficción de que se habían producido al mismo tiempo dos transmisiones o negocios jurídicos (una transmisión onerosa y una donación), y, en consecuencia, fijándose un doble gravamen (en el ITP y en el ISD, siendo persona física, o en el ITP y en el IS, tratándose de una persona jurídica), uno para cada supuesto negocio jurídico, y uno para cada supuesta manifestación de riqueza. Afirmó concretamente el intérprete supremo de nuestra Constitución lo siguiente: *"(...) El precepto establece la ficción de la existencia de un acto de liberalidad. En efecto, por el sólo hecho de que se haya consignado un valor en el documento que refleja la transmisión sensiblemente inferior al comprobado por la Administración, finge sin admitir prueba en contrario, que el transmitente ha donado al adquirente una cantidad equivalente al exceso comprobado y, en consecuencia, grava dicha operación como si de una transmisión a título lucrativo se tratase. Esto es, establece la ficción de que cuando en la transmisión onerosa de un bien o derecho se declara un valor inferior en cierta cantidad al valor real, se ha producido la donación de parte del bien transmitido y, además, grava esa diferencia entre el valor declarado por las partes y el comprobado por la Administración, no sólo como una transmisión a título lucrativo, sino también como transmisión a título oneroso ("sin perjuicio de la tributación que corresponda" por el ITP, dice claramente la norma recurrida); es decir, grava una misma adquisición o, más exactamente, un tramo de la misma (el equivalente al exceso comprobado) como una donación y una compraventa (...) Fingiendo a efectos tributarios que han existido simultáneamente dos transmisiones distintas, es evidente que la Disposición Adicional Cuarta de la LTPP está gravando, junto a la manifestación real de riqueza (la que se ha evidenciado con el verdadero negocio jurídico realizado: compraventa y otra transmisión a título oneroso) una riqueza inexistente, ni siquiera en potencia, vulnerando, de este modo, las exigencias que derivan del*

Cabe afirmar, por tanto, que el modo ordinario de perseguir aquellas conductas que resulten contrarias al ordenamiento es la imposición de medidas de carácter punitivo. Y, en este sentido, no parece razonable que la prohibición del fraude fiscal se efectúe mediante la amenaza del aumento del gravamen tributario. El tributo constituye una prestación patrimonial coactiva que se satisface, directa o indirectamente, a los Entes Públicos y que, por imperativo de lo dispuesto en el art. 31.1 de la Constitución (CE), únicamente puede exigirse cuando existe capacidad económica, y en la medida o función de dicha capacidad económica.

Recapitulando, cuando se practicaba uno de los ajustes extracontables establecidos en el antiguo TRLIS y, en concreto, en su art. 16.8, el resultado podía consistir en la puesta de manifiesto de una renta fiscal, lo que igualmente podía conllevar el nacimiento de la obligación de retener o de ingresar a cuenta. En estos casos señalaba el antiguo RIS (al haber incorporado el Real Decreto 1793/2008 un apartado 7 al art. 62 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades) que la base del ajuste en la retención o ingreso a cuenta vendría determinada por la diferencia entre el valor convenido y el valor de mercado. Y, a diferencia de lo que preveía inicialmente el Proyecto de Reglamento, no se entró a determinar cuál era la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia del ajuste secundario²⁸; en función de ello podía decirse que en los supuestos en los que la vinculación se derivase de la condición de socio o partícipe de la entidad y la diferencia fuese a favor del socio, tendría la naturaleza de participación en

principio de capacidad económica constitucionalmente reconocido". Queda claro, en consecuencia, 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, vulnerando la indeterminación de la conducta infractora las exigencias derivadas de lo dispuesto en el art. 25.1 de la Constitución.

28 Disponía concretamente el art. 21 bis, 2.b) del Proyecto de Reglamento de la Ley 36/2006 que *"La parte de renta que no se corresponda con el porcentaje de participación en la entidad, tendrá la consideración de renta para la entidad y de liberalidad para el socio o partícipe"*.

beneficios; y, si fuera a favor de la entidad, la de aportación a los fondos propios.²⁹

Tenía lugar así, en nuestra opinión, el surgimiento de una clara extralimitación legal en virtud de la cual se preveía que de la práctica del ajuste secundario surgiese la obligación de retener o ingresar a cuenta, disponiéndose a tal efecto que la base de la retención o ingreso a cuenta viniese determinada por la diferencia resultante entre el valor convenido y el valor de mercado. En efecto, teniendo en cuenta el carácter de obligación tributaria de la obligación de retener, resultaba criticable que la misma hubiese sido introducida en el presente caso mediante conducto reglamentario, ya que la Ley 36/2006 no establecía expresamente el deber de practicar e ingresar retención a cuenta por el importe resultante del ajuste secundario.

La voluntad que subyacía con la introducción por el legislador de la figura del ajuste secundario no era otra que la persecución de determinadas

prácticas realizadas entre personas vinculadas que aprovechaban la relación de vinculación que les unía para minorar o, en su caso, eludir la tributación de las operaciones que realizaban, consiguiendo así un desplazamiento patrimonial mediante la fijación de precios de conveniencia en la realización de sus transacciones negociadas. Se perseguía pues limitar todas aquellas conductas que determinasen la vulneración de la norma tributaria y de la obligación de contribuir en función de los hechos impositivos de nuestra imposición directa, tradicionalmente definidos por la obtención de rentas.

El ajuste secundario se convertía por tanto en una técnica antifraude más simple que el mecanismo del conflicto en la aplicación de la norma (objeto de regulación en el art. 15 de la LGT) o que el de la simulación (regulada en el art. 16 de dicha Ley). De cualquier manera el único fundamento jurídico que legitima la aplicación de los ajustes secundarios es el proporcionado por la legislación interna.

29 En relación con la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la práctica del ajuste por vinculación declaró la Audiencia Nacional en su Sentencia de 4 de octubre de 2007 que el ajuste legal en operaciones vinculadas no permite a la Administración derivar a partir de saldos pendientes entre entidades vinculadas la existencia de un préstamo, las condiciones pactadas para su devolución y las cantidades sobre las que poder calcular el interés presunto. Es la Administración, en cada caso, la que debe calificar la operación y probar sus pretensiones. Como es sabido el anterior Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, a través de su art. 15, estableció un procedimiento para practicar la valoración por el valor normal de mercado en operaciones vinculadas. Con posterioridad dicho precepto se reprodujo íntegramente en la redacción inicial del art. 16 del Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, actual Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, indicándose que la Administración deberá motivar el acto de determinación del valor de mercado. Acerca de esta cuestión véanse, entre otros, los trabajos de GARCÍA NOVOA, C., "El ajuste secundario en las operaciones vinculadas", *Quincena Fiscal*, núm. 12, 1998, MATEU RUANO, L., "Novedades en materia de precios de transferencia: operaciones vinculadas", *Quincena Fiscal*, núm. 14, 2007, 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, 2007 y CORDERO GARCÍA, J. A., "Notas al desarrollo reglamentario de la Ley 36/2006, de Medidas de Prevención del Fraude Fiscal", *Quincena Fiscal*, núm. 17, 2009.

A través de su contestación a Consulta de 27 de julio de 2009 analizó la DGT un supuesto en el que se producía la prestación de unos servicios profesionales socio-sociedad. Concretamente se trataba de una persona física contribuyente del IRPF que operaba de forma independiente y autónoma, colegiada en el Colegio de Agentes de la Publicidad (sin que resultase necesaria la colegiación ni titulación de ningún tipo para el ejercicio de las actividades profesionales descritas) y que prestaba servicios de intermediación en el sector de la publicidad. Dicho sujeto tenía pensado operar, a partir de 2009, ejerciendo la misma actividad en el mismo sector, a través de una sociedad. Dada esta situación se planteaba la cuestión relativa a si la retribución de la sociedad a la socia única descrita, consistente en una nómina fija mensual más un porcentaje del 30% basado en experiencias personales del pasado empresarial de la contribuyente, podía considerarse correctamente cuantificada a efectos de lo dispuesto en el art. 16 del TRLIS.

Pues bien la DGT se remitió a lo dispuesto en los arts. 16 del antiguo TRLIS y 16.6 del antiguo RIS

(encargado de regular el régimen de profesionales) y recordó que se trataba de una cuestión de hecho a la que resultaría de aplicación el ajuste secundario.

Concretamente se encargó de precisar el citado Centro Directivo que, en el supuesto de que no resultase de aplicación lo establecido en el art. 16.6 del antiguo RIS, en el escrito de consulta se concretaban diversas razones por las que se consideraba que ni para la sociedad ni para la persona física existían costes de producción de los servicios, ni gastos fijos ni previsibles, ni existían otros parámetros objetivos que permitieran acogerse de forma clara a alguno de los métodos de determinación del valor normal de mercado descritos en el art. 16.4 del antiguo TRLIS. Y es que en el citado escrito de consulta se manifestaba que la nueva sociedad creada debía facturar a los clientes por todos y los mismos servicios que, hasta la fecha, venía prestando la persona física como agente independiente y autónoma, por lo que, al margen de que los porcentajes por subcontratación en este tipo de servicios resultasen ser muy variables, la propia socia única había prestado tales servicios como agente independiente y autónoma. Ello determinaba que los porcentajes que hubiera obtenido por los mismos pudieran considerarse adecuados para la determinación del valor de mercado. No obstante, en dicha determinación se partía de circunstancias que eran cuestiones de hecho que el sujeto pasivo debía acreditar por cualquier medio de prueba admitido en Derecho y cuya valoración correspondería, en su caso, a los órganos competentes en materia de comprobación de la Administración Tributaria.

Adicionalmente, y de conformidad con lo establecido en el antiguo art. 16.8 del TRLIS, en el supuesto de que el valor convenido resultase distinto del valor normal de mercado, la diferencia entre ambos valores tendría 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. Así las cosas, y por lo que respecta al supuesto planteado, en el que la vinculación se definía en función de la re-

lación socio único-entidad, la diferencia tendría la consideración de participación en beneficios de entidades si dicha diferencia resultase ser a favor del socio o partícipe, o bien, con carácter general, de aportaciones del socio o partícipe a los fondos propios si la diferencia fuese a favor de la entidad.

Mediante contestación a Consulta de 6 de agosto de 2009 analizó la DGT una operación en virtud de la cual tres sociedades (A, B y C) tenían la consideración de entidades vinculadas a los efectos del antiguo art. 16 del TRLIS, si bien ninguna de ellas participaba en el capital de las otras. Concretamente la Sociedad A se dedicaba a la instalación y explotación de boleras. La Sociedad B tenía por objeto social "máquinas recreativas y de azar, comercio menor de toda clase de máquina". Y el objeto social de la Sociedad C era el de "máquinas recreativas y de azar, comercio menor de toda clase de maquinaria y otros cafés y bares".

Habiendo financiado la Sociedad A fundamentalmente las inversiones realizadas y el desarrollo de su actividad mediante créditos concedidos por las Sociedades B y C, y hallándose dicha Sociedad A incurso en pérdidas (de hecho, se hallaba en causa de disolución, al haberse reducido su patrimonio contable a menos de la mitad del capital social, siendo los fondos propios de la entidad negativos, y planteándose la posibilidad de cese de su actividad, procediendo a su disolución y liquidación, o bien a la transmisión de la misma a un tercero) estimó la DGT que, dada la ausencia de hechos que permitiese una apreciación de la realidad de la operación prevista, tratándose de un grupo de sociedades donde la entidad dominante tiene la totalidad del capital de las dependientes, y realizándose entre éstas condonaciones de créditos, habría que concluir que a través de dicha operación la entidad dependiente donante estaría distribuyendo reservas a su dominante en especie consistente en el crédito y, a su vez, esta última entidad estaría aportando dicho crédito a los fondos propios de la otra entidad dependiente donataria, por lo que en la primera entidad dependiente no se generaría ningún gasto contable ni fiscal, al es-

tarse distribuyendo reservas a su dominante. En cambio en esta última se generaría un ingreso correspondiente a las reservas distribuidas que se integrarían en su base imponible de acuerdo con lo establecido en el antiguo art. 15 del TRLIS sin perjuicio, en su caso, de que pudiera aplicarse la deducción para evitar la doble imposición a que se refiere el antiguo art. 30 del TRLIS. Adicionalmente el valor del crédito aportado a la otra entidad dependiente incrementaría el valor de la participación detenida en esta última entidad, en la cual no se generaría ningún ingreso contable ni fiscal, al tratarse de una aportación a los fondos propios realizada por su sociedad dominante.³⁰

30 Véase, en este mismo sentido, lo declarado por la DGT en su Resolución igualmente de fecha 6 de agosto de 2009, relativa en el presente caso a la sociedad dominante de un grupo de consolidación fiscal, constituido por 9 sociedades dependientes, generándose en la operativa ordinaria de dicho grupo fiscal numerosos créditos/débitos cruzados entre las sociedades dependientes y las sociedades dependientes, así como entre la sociedad dominante y viceversa. Dichos créditos/débitos eran fruto de operaciones comerciales, de préstamos y de créditos fiscales derivados de la contabilización del Impuesto sobre Sociedades. Al hilo de la posibilidad de que dichas sociedades del grupo efectuasen la condonación, sin contraprestación alguna, de los créditos/débitos anteriormente referidos, estimo nuevamente la DGT que, por aplicación analógica de la regla especial incluida en el apartado 2 de la Norma de Registro y Valoración 18ª del vigente PGC, la condonación de una deuda por la sociedad dependiente a la sociedad dominante habrá de registrarse por la sociedad donante directamente en los fondos propios, con cargo a una cuenta de reservas y, en su caso, de capital, en función de cuál sea el fondo económico de la operación, y atendiendo a la evolución de los fondos propios de la sociedad dependiente desde la fecha de adquisición, lo que no generará ningún efecto en la base imponible del IS. Así las cosas la sociedad donataria cancelará la deuda y reconocerá un ingreso, o bien dará de baja la inversión en la sociedad dependiente, según proceda. En el supuesto de que se generase un ingreso, el mismo tendría la consideración de dividendo, de manera que sería objeto de eliminación dentro del grupo de consolidación fiscal. Si la contabilización de esta operación se realizase a través de la baja de la inversión en la sociedad dependiente, dicha baja afectaría igualmente al valor fiscal de la participación. Finalmente, en el supuesto de que la condonación de créditos se realizase por la sociedad dominante a la dependiente, el mismo tendría la consideración de aportación a los fondos propios de la entidad participada, lo que no generaría ningún efecto fiscal.

III. ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS PERSPECTIVAS DESDE LA QUE PUEDE SER TRATADO EL AJUSTE SECUNDARIO.

En la actualidad no cabe aludir a la existencia de una uniformidad entre los diferentes Estados (incluso dentro del marco de la OCDE) en lo que se refiere a la práctica de ajustes secundarios en el marco de la normativa reguladora de los precios de transferencia.³¹

En sintonía con esta falta de uniformidad y de consenso sobre la práctica del ajuste secundario a que nos referimos se sitúa la propia OCDE, señalándose en los Comentarios al art. 9 del Modelo de Convenio (Parágrafos 8 y 9) y en el Parágrafo 4.70 de las Directrices de la OCDE en materia de Precios de Transferencia que el citado precepto, que representa la base jurídica del principio de plena competencia y de la doctrina de los precios de transferencia, no procede a regular los ajustes secundarios, no prohibiendo en consecuencia (si bien tampoco obliga) a las Administraciones tributarias a efectuar la práctica de tales ajustes, hallándose condicionada su realización por lo dispuesto en cada una de las distintas legislaciones internas.

El propio Parágrafo 4.71 de las Directrices OCDE sobre Precios de Transferencia contribuye a poner de manifiesto las especiales dificultades que se originan a la hora de aplicar la teoría de reparto oculto de dividendos en aquellos casos en los que las entidades vinculadas se encuentran integradas en un mismo grupo³². Y a pesar de que, *a priori*, dicha problemática podría evi-

31 Incluso cabe aludir a la existencia de Estados cuya normativa no contempla la realización de esta clase de ajustes. Es el caso, entre otros, de Portugal, Irlanda, Reino Unido, Brasil, India, Singapur e incluso España, con anterioridad a la reforma operada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal.

32 En efecto, dada esta situación resulta extraordinariamente compleja la aplicación de aquella teoría en virtud de la cual se estima que la práctica del ajuste secundario produce la distribución de un dividendo teórico por una de las sociedades hasta la sociedad matriz común a través de una vía de participaciones seguida de aportaciones presuntas de fondos propios en sentido inverso hasta la otra sociedad implicada en el desarrollo de la operación a través de una cadena de participaciones.

tarse asimilando la operación secundaria a un préstamo, en la práctica no resulta en absoluto frecuente que los distintos Estados utilicen préstamos presuntos con dicha finalidad³³. Adicionalmente estima la propia OCDE que la imputación de un dividendo constructivo no proporcional a la participación podría considerarse incompatible con las disposiciones reguladoras del Derecho de Sociedades.

Ciertamente dadas estas dificultades prácticas que origina la realización de los ajustes secundarios lo más deseable sería que, en aquellos casos en los que la práctica de dichos ajustes se estime necesaria, las distintas Administraciones tributarias realicen los mismos de manera tal que los riesgos de doble imposición que puedan llegar a derivarse queden reducidos a la mínima expresión, a excepción de aquellos supuestos en los que el comportamiento del contribuyente ponga de manifiesto una intención clara e inequívoca de ocultar un determinado dividendo con la finalidad de evitar la práctica de retención en la fuente.

En otras palabras, tal y como ya hemos tenido ocasión de precisar, lo más deseable sería que el ajuste secundario se aplicase única y exclusivamente en aquellas operaciones caracterizadas por la existencia de una manifiesta finalidad elusoria. Así tuvo ocasión de precisarlo además el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su Sentencia de 13 de marzo de 2007 (As. C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group*), dictada al hilo de aquellas cláusulas nacionales fundamentadas en la aplicación del principio de plena competencia.

Por otra parte dado el casuismo y la complejidad que entraña la realización de estos ajustes secundarios, así como los efectos tributarios deri-

vados de su práctica (surgimiento de situaciones de doble imposición), podría resultar conveniente su sustitución por un sistema caracterizado por la existencia de un reembolso del exceso de renta y que, desde un punto de vista estrictamente tributario, resultase neutral para las partes vinculadas. E incluso podría disponerse su aplicación únicamente en aquellos casos en los que resulte evidente la intención del contribuyente de emplear el precio de transferencia con la finalidad de hacer frente a una retención en origen sobre dividendos.

Desde nuestro punto de vista la práctica del ajuste secundario podría llegar a resultar arbitraria, dada la discrecionalidad de la que dispone la Administración tributaria a la hora de concretar la calificación de la operación como aportación encubierta de capital o como distribución oculta de dividendos o de préstamos constructivos. Téngase presente que todas estas fórmulas han sido diseñadas en relación con determinadas operaciones societarias (sociedad /socio), de manera que su aplicación a aquellas operaciones vinculadas efectuadas entre dos entidades "hermanas" con matriz común plantea importantes dificultades.³⁴

En la práctica las distintas legislaciones tributarias que prevén la realización de ajustes secundarios acuden a la adopción de las modalidades de dividendos ocultos o constructivos o de aportaciones encubiertas de capital o de préstamos.

33 Todo ello al margen de los problemas que dichos préstamos presuntos plantean en relación con los intereses imputados, así como de la problemática que la práctica del ajuste secundario origina respecto de los accionistas minoritarios, los cuales no suelen intervenir en la realización de estas operaciones vinculadas, no recibiendo en consecuencia un exceso de pagos y no pudiendo ser considerados como beneficiarios de un dividendo presunto.

34 Concretamente, realizándose la operación vinculada entre dos entidades hermanas con matriz común podría estimarse que se produce, tanto una distribución oculta de dividendos por parte de una entidad a su matriz, como una aportación encubierta de capital realizada por la matriz a la otra filial, quedando aquella, esto es, la matriz (residente en un tercer país) sometida a imposición. Ahora bien la operación vinculada ajustada podría igualmente realizarse entre la matriz con participación mayoritaria sobre la filial, asumiéndose entonces que los accionistas minoritarios de la filial recibieron dividendos constructivos y realizaron aportaciones de capital, siendo de aplicación el sistema de retenciones en la fuente sobre dichos dividendos de manera que, aunque tales accionistas minoritarios no hubiesen participado en la operación vinculada, su situación tributaria podría llegar a verse afectada.

La modalidad de dividendos constructivos o de distribuciones encubiertas de dividendos es aquella en virtud de la cual se estima que allí donde una filial realiza una operación vinculada con su matriz (caso, por ejemplo, de una venta de bienes realizada con precio inferior al de mercado o de una compra de bienes con precios superiores a los de mercado) tiene lugar una transferencia de beneficios filial-matriz, procediéndose a la práctica del ajuste primario por parte de la Administración tributaria sobre la sociedad filial y calificándose el exceso de beneficios transferido a la matriz como una distribución encubierta de beneficios susceptible de ser objeto de la práctica de una retención en la fuente.

Por su parte las denominadas "aportaciones encubiertas de capital" o "fondos propios" se originan cuando se produce un supuesto inverso al anterior, esto es, cuando la matriz realiza una operación vinculada con su filial (caso, por ejemplo, de una venta de bienes o de una prestación de servicios efectuadas ambas a precios inferiores a los normales de mercado, así como de una compra de bienes a precios superiores a los de mercado), realizando la Administración tributaria un ajuste primario positivo en la base imponible de la matriz, calificando fiscalmente dicha transferencia de beneficios como una aportación encubierta de capital de la matriz a la filial.³⁵

35 En la práctica estas distribuciones ocultas de dividendos pueden llegar a plantearse allí donde se origina una disminución del valor de los activos de una entidad causada por una relación societaria (*societatis causa*) que afecta a la base imponible de la entidad y que no se halla relacionada con una distribución de dividendos realizada de acuerdo con la legislación societaria mercantil. Esta es la situación que contempla, por ejemplo, la legislación alemana, que alude a aquellos supuestos en los que una determinada sociedad concede una ventaja o un beneficio a un accionista o a una persona relacionada con un accionista, siendo dicha ventaja conferida como consecuencia de la existencia de dicha relación, al margen de cual pueda ser el porcentaje de participación existente. No obstante, y tal y como han precisado COMBARROS VILLANUEVA, V. E., *Régimen tributario de las operaciones entre sociedades vinculadas*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 74 y ss. y SALA GALVÁN, G., *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 197 y ss., dicha construcción ha terminado por objetivarse,

Cabe plantearse, sin embargo, hasta qué punto la aplicación de este criterio, a pesar de introducir una cierta flexibilidad en la aplicación del principio de plena competencia, origina también inseguridad jurídica a los contribuyentes, en tanto en cuanto el razonamiento lógico sobre el que se fundamenta podría resultar enfocado de forma muy diversa por la Administración tributaria y por los contribuyentes, alejándose además la normativa sobre precios de transferencia de una práctica internacional fundamentada en la utilización de datos empíricos y en el manejo de bases de datos.³⁶

De cualquier manera al amparo de este enfoque fundamentado en la existencia de distribuciones

aproximándose a la doctrina del principio de plena competencia, establecido igualmente en el ordenamiento germano por referencia a las condiciones de libre competencia en el mercado, si bien reconociendo la improcedencia de los ajustes en aquellos casos en los que las condiciones comerciales hubieran sido acordadas por un diligente hombre de negocios. Tiene lugar así un reconocimiento de la razonabilidad objetiva en la aplicación del principio de plena competencia, estimándose que la existencia de razones o de factores comerciales objetivos puede llegar a justificar la adopción de una determinada política de precios, resultando en consecuencia improcedente la práctica del ajuste. En definitiva, se estima que el mecanismo de los precios de transferencia no debe ser analizado únicamente a través de una mecánica de comparabilidad, sino atendiendo además a consideraciones de carácter comercial, empresarial, etc.

36 Téngase presente, por otra parte, que las Directrices de la OCDE en materia de Precios de Transferencia no otorgan ningún reconocimiento o validez a la aplicación de este criterio (salvo en sede de documentación), pudiendo llegar a plantearse diversos problemas dentro de un contexto transnacional, al originarse mayores posibilidades de doble imposición económica en ajustes no correlativos. Incluso podría llegar a pensarse que la aplicación de dicho criterio podría resultar contraria al principio de plena competencia en la medida en que únicamente toma en consideración la posición adoptada por una de las partes en el desarrollo de la operación cuando, como es de sobra conocido, toda negociación de mercado se configura a través del acuerdo alcanzado entre dos partes con intereses contrapuestos. En este sentido dentro de la práctica judicial alemana han llegado a practicarse ajustes consistentes en la denegación de la deducción de gastos en concepto de servicios de dirección y generales tratándose de operaciones en las que el precio de mercado pactado resultaba correcto, argumentándose que un "hombre diligente de negocios" no se habría comportado de tal forma y hubiera exigido un contrato que definiera de una manera clara e inequívoca las obligaciones de ambas partes.

disfrazadas de dividendos o de aportaciones encubiertas de capital (adoptado, entre otras, por las normativas norteamericana, alemana y austriaca), cabría estimar que tales distribuciones tienen lugar, por ejemplo, allí donde se origina una disminución del valor de los activos de una entidad como consecuencia de la existencia de una relación societaria (*societatis causa*) que incide sobre la base imponible de la entidad y que no se halla en conexión con una distribución de dividendos realizada al amparo de lo previsto en la legislación societaria mercantil.³⁷

Y ello con independencia de que igualmente pudiera estimarse (adoptándose así un criterio más objetivo y, por ende, más próximo a la doctrina del principio de plena competencia) que el beneficio en cuestión resulta concedido en atención a la anteriormente citada *societatis causa* en aquellos supuestos en los que la entidad concediese la ventaja al accionista en unas condiciones que un "comerciante diligente y ordenado" no hubiera ofrecido a una entidad o persona no vinculada.³⁸

Por otra parte se ha de precisar que la presente construcción fundamentada en las aportaciones encubiertas de capital (en virtud de la cual, como hemos indicado, el accionista transfiere un beneficio o activo a la entidad, siendo dicho beneficio o activo susceptible de quedar incluido dentro de los estados financieros y de contabilidad de la entidad) no opera de idéntico modo tratándose de operaciones transnacionales en las que una matriz residente lleva a cabo una operación vinculada con una filial sirviéndose de un precio de transferencia relativo a las mercancías, bienes, intangibles, servicios, etc., inferior al de mercado.³⁹

37 Se estaría aludiendo así a aquellas operaciones en las que una determinada sociedad concede una ventaja o un beneficio a un accionista o a una persona relacionada con un accionista, siendo dicha ventaja conferida precisamente en virtud de la existencia de dicha relación, cualquiera que resulte ser el porcentaje de participación existente.

38 Ciertamente en este último caso podría llegar a suceder que la normativa sobre dividendos disfrazados terminase solapándose con la regulación general sobre operaciones vinculadas.

39 Incluso podría llegar a suceder que simplemente no existiese contraprestación alguna.

¿Debería aplicarse en el presente caso la construcción fundamentada en la aportación oculta de capital de la matriz a la filial extranjera? Desde nuestro punto de vista la respuesta a la citada cuestión habría de ser negativa. Por el contrario parecería más lógico practicar un ajuste positivo en la base imponible de la matriz (entidad residente), quedando la correspondiente imputación de renta sometida a imposición⁴⁰. Ahora bien hemos de reconocer que se estaría otorgando un tratamiento distinto respecto del previsto para las situaciones internas donde, como ya sabemos, la práctica del ajuste conduciría a calificar la renta como una aportación de capital realizada desde la matriz a la filial. Surgen así numerosas dificultades a la hora de aplicar esta construcción fundamentada en la existencia de aportaciones encubiertas de capital o fondos propio dentro de un contexto transfronterizo, planteándose entonces la conveniencia de adoptar la regulación relativa al ajuste valorativo que establece el principio de plena competencia, aplicable subsidiariamente respecto de la relativa a las aportaciones encubiertas de capital.⁴¹

Un tercer enfoque susceptible de ser adoptado de cara a la práctica de los ajustes secundarios (distinto de los relativos a la distribución de dividendos y a las aportaciones de capital) sería el referente a la existencia de préstamos encubiertos, destinado igualmente a hacer frente a todas aquellas situaciones conflictivas que podrían llegar a plantearse cuando la transferencia de beneficios deriva de una operación vinculada realizada entre entidades que no se encuentran unidas por una relación societaria directa, esto es, no se trata de "sociedades hermanas".⁴²

40 De hecho este ha sido el criterio adoptado, entre otras, por las legislaciones austriaca y alemana.

41 Incluso, al margen de dichas dificultades, podrían llegar a plantearse serios problemas de discriminación desde el punto de vista de los Convenios de Doble Imposición y de la normativa comunitaria.

42 A este respecto conviene recordar la problemática suscitada en su día a la luz de la aplicación de la denominada "teoría de los dividendos triangulares", de conformidad con la cual se estima que toda eventual diferencia que pueda surgir entre el precio de transferencia y el valor normal de mercado en operaciones internacionales llevadas a cabo entre filiales

Dada esta situación cabría la posibilidad de tratar fiscalmente el exceso de beneficios existente como un préstamo realizado por la sociedad vinculada objeto del ajuste primario a la otra sociedad vinculada extranjera. Ahora bien, en el supuesto de que dicho préstamo devengase intereses, ¿desde qué fecha habría que computar los mismos? Téngase presente además que dichos intereses habrían de someterse a imposición en sede de la sociedad vinculada comprobada. Incluso en el supuesto de que se aceptase la adopción de dicha configuración por el Estado de residencia de la otra entidad vinculada dichos intereses podrían ser objeto de tributación en origen.⁴³

de un socio común constituye automáticamente un dividendo encubierto para el socio común y una posterior aportación encubierta de éste a la sociedad filial extranjera que efectivamente poseyese el exceso de beneficios originado por el precio de transferencia comprobado, al margen de que la razón de ser de la celebración de la operación pudiese residir en un intento de atribuir impropriamente ingresos y gastos entre las entidades vinculadas implicadas. Acerca de los requisitos necesarios para poder estimar que el socio común recibe un dividendo resultante de la operación vinculada realizada por sus dos sociedades filiales véase SALA GALVÁN, G., *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, ob. cit., pág. 213, quien reduce dichos requisitos a dos: "La operación vinculada debe satisfacer el denominado *distribution test* en el sentido de que ha debido provocar una pérdida de control de fondos por parte de la sociedad filial transmitente que permita al socio común ejercer el control sobre los mismos, directa o indirectamente, a través de cualquier medio que no sea la propia sociedad filial que los transfiere; allí donde el socio común no ha recibido ningún beneficio directo o tangible de la operación vinculada, hecha abstracción de beneficios incidentales, no se considerará que concurre este condicionante. Y debe cumplir el *business purpose test*, de forma que la operación vinculada enjuiciada debe haber sido realizada principalmente para beneficiar al socio común y no por motivos comerciales".

43 A mayor abundamiento los problemas derivados de la adopción de este enfoque no quedarían ahí. Y ello debido a que, en tanto en cuanto se imputa fiscalmente un interés que no se satisface efectivamente, el exceso de beneficios existente continúa en poder de la entidad vinculada que los percibió como consecuencia de la realización de la operación. Lógicamente también en el presente caso resultaría aplicable el art. 10 del Modelo de Convenio, debiendo analizarse la concesión de la deducción por doble imposición económica internacional. A priori, tratándose de supuestos de distribución encubierta de dividendos cabría pensar que estos quedarían cubiertos por su ámbito de aplicación siempre que el Estado de residencia

Una cuarta vía que posibilitaría hacer frente a la práctica de ajustes secundarios sería la relativa a los denominados por la doctrina norteamericana *conforming adjustments*, esto es, instrumentos a través de los cuales se trata de explicar la circunstancia de que las posiciones de caja de las partes vinculadas no resulten coincidentes con los ajustes fiscales de precios de transferencia practicados sobre su base imponible. A través de dichos medios se faculta a los contribuyentes para recalificar los flujos de renta derivados de otra operación realizada entre ellos (caso, por ejemplo, de una distribución de dividendos) al objeto de que sus cuentas financieras resulten coincidentes con el ajuste fiscal de su base imponible motivado por la práctica de la comprobación que en su día determinó la existencia de un exceso de transferencia de beneficios por parte de una entidad a otra. Se otorga así al pago no vinculado realizado el tratamiento propio de un dividendo satisfecho por la entidad de un Estado a la entidad de otro Estado distinto, estimándose así como un pago efectuado respecto de la operación que dio lugar al ajuste de precios de transferencia.⁴⁴

de la entidad pagadera les otorgase la consideración de dividendos de acuerdo con su legislación interna. En cambio, no concurriendo tal presupuesto podría resultar de aplicación la cláusula convencional establecida en el art. 21 del Modelo de Convenio. Véase a este respecto HELMINEN, *The Dividend Concept in International Tax Law*, ob. cit., pág. 245, para quien "Existe un cierto consenso en calificar este tipo de excesos de beneficios transferido en el marco de operaciones con precios de transferencia como dividendos constructivos que caen en el ámbito del artículo 10 de los CDI, en la medida en que el Estado de residencia de la entidad pagadora los califique como dividendo con arreglo a su legislación, de suerte que el principal problema que se plantea en este contexto es el de la calificación asimétrica por el Estado de residencia del contribuyente perceptor de tal renta; tal problema únicamente puede resolverse en el marco del procedimiento amistoso de un CDI o a través del Convenio 90/436/CEE".

44 Con la finalidad de clarificar la razón de ser de la aplicación de estos *conforming adjustments* CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A., "Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas", ob. cit., pág. 51, ponen el siguiente ejemplo: "El Estado A determina que la entidad del Estado A ha vendido mercancías a un precio inferior al de mercado a la entidad del Estado B, de suerte que ajusta positivamente el precio en 100.000 euros. En este contexto se asume que la entidad del Estado B pagó un dividendo de 200.000 euros a la entidad del Esta-

Ciertamente se trata de una alternativa que, al igual que las anteriormente analizadas, podría llegar a plantear problemas de doble imposición, a menos que el otro Estado interviniente en la operación aceptara las implicaciones derivadas de la aplicación del presente mecanismo en el marco de un procedimiento amistoso desarrollo al amparo de un Convenio de Doble Imposición.

Para finalizar otras posibles alternativas destinadas a evitar la práctica de ajustes secundarios podrían ser la devolución del exceso de beneficios transferido a través de los precios de transferencia o aquella fórmula fundamentada en la existencia de "compensaciones", mediante la cual se persigue la realización de una operación por la que aquella entidad que cuenta con el exceso de beneficios de acuerdo con la operación vinculada objeto de la práctica del ajuste realiza otras operaciones vinculadas con la otra entidad en las que, o bien no se percibe remuneración alguna o bien dicha remuneración resulta inferior a la de mercado.

Cabe plantearse, sin embargo, hasta qué punto la adopción de estos dos últimos criterios resulta acertada. Piénsese, por ejemplo que, el referido reembolso del exceso de beneficios transferido a través de los precios de transferencia podría llegar a ser calificado como una nueva operación sujeta a gravamen en cada una de las jurisdicciones intervinientes. Y, en el supuesto de que se adoptase el mecanismo de las "compensaciones" anteriormente apuntado, podría terminar siendo necesaria la práctica de un nuevo ajuste de precios de transferencia en relación con la operación vinculada a través de la cual se persigue la realización de la compensación.

Dada esta pluralidad de enfoques existente a la

hora de tratar de hacer frente a la práctica de los ajustes secundarios, ¿cuál ha sido el criterio adoptado por la normativa de la gran mayoría de los Estados? En la práctica buena parte de los países optaron por estimar, a efectos de calificar la renta objeto del ajuste secundario, que lo que se produce es un reparto encubierto de beneficios o, en su caso, una aportación oculta de capital.⁴⁵

Se ha optado así por adoptar el enfoque relativo a la existencia de un reparto oculto de dividendos o de una aportación encubierta de capital si bien, partiendo de dichos criterios, existen determinadas normativas que condicionan la aplicación del ajuste secundario entendido como una distribución encubierta de beneficios al hecho de que se acredite la existencia de una intención de elusión fiscal por parte del contribuyente⁴⁶. Por el contrario otros países han optado por la adopción de un criterio objetivo de cara a la práctica del ajuste secundario, estimándose así que no resulta necesaria la concurrencia de una verdadera intención elusiva, bastando únicamente con la existencia de una traslación de beneficios a un sujeto a resultados de la realización de una operación vinculada no acordada en condiciones normales de mercado, no hallándose dicha traslación de beneficios sujeta a imposición. Y todo ello sin perjuicio de la existencia de Estados que, como ya se ha indicado, y en cumplimiento de la recomendación efectuada por la OCDE en sus Directrices sobre Precios de Transferencia, no disponen la aplicación de ajustes secundarios en el marco de las operaciones vinculadas.

Como ya hemos tenido ocasión de analizar, al amparo de lo dispuesto por el antiguo art. 16.8

do A en el mismo año en que se realizó la operación vinculada. En este contexto el Estado A le permitiría a la entidad del Estado A realizar un conforming adjustment tratando fiscalmente la mitad del dividendo como pago por las mercancías, en lugar de cómo dividendo. En tal caso la entidad del Estado A perdería la deducción por doble imposición respecto del dividendo recharacterizado, y también se vería privada de la posibilidad de imputarse la retención en origen que hubiera gravado tal dividendo".

45 Concretamente, tratándose de operaciones efectuadas entre entidades vinculadas que no se encuentran unidas por una relación societaria (esto es, no se trata de "sociedades hermanas") se ha optado, bien por ignorar tal circunstancia (criterio adoptado, por ejemplo, en el art. 57 del CGI francés) o bien por adoptar la denominada teoría de los repartos ocultos de dividendos triangulares (como ha sucedido en las normativas alemana y norteamericana).

46 Este ha sido el caso, por ejemplo, de las normativas francesa y holandesa.

del TRIS, tratándose de aquellas operaciones en las cuales el valor convenido fuese distinto del valor normal de mercado, la diferencia entre ambos valores adquiriría para las personas o entidades vinculadas el tratamiento fiscal que correspondiese a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia. En particular, en aquellos supuestos en los que la vinculación se definiese en función de la relación socios o partícipes-entidad, la diferencia tendría, en la proporción que corresponda al porcentaje de participación en la entidad, la consideración de participación en beneficios de entidades si dicha diferencia fuese a favor del socio o partícipe o bien, con carácter general, de aportaciones del socio o partícipe a los fondos propios si la diferencia fuese a favor de la entidad.

La práctica del ajuste secundario resulta admisible en el marco de las Directrices de la OCDE que, sin embargo, defiende una aplicación cautelosa del mismo, en aras de evitar el surgimiento de situaciones de doble imposición. El primer ajuste ha de ser bilateral y practicarse en ambos lados de la operación, incluyendo una regla de valoración y, por tanto, de cuantificación de la obligación tributaria. En cambio el ajuste secundario constituye una regla de calificación, respondiendo 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 el punto de vista tributario.

A priori dentro de la perspectiva de la OCDE el ajuste secundario resulta admisible. En cambio su aplicación a las operaciones internas plantea diversas dudas. Téngase presente que se trata de una auténtica ficción tributaria de carácter normativo en virtud de la cual el legislador determina la existencia de una liberalidad y, por tanto, de una manifestación de capacidad contributiva, donde la misma no existe.⁴⁷

⁴⁷ Como ya declarase en su día el Tribunal Constitucional en su Sentencia 194/2000, de 19 de julio, dictada en relación con la declaración de inconstitucionalidad de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Tasas y Precios Públicos "(...) Aunque la finalidad perseguida sea constitucionalmente legítima -la lucha contra el fraude fiscal-, la prestación tributaria no puede hacer-

IV. BREVE REFERENCIA A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2009.

A través de su Sentencia de 21 de septiembre de 2009 analizó la Audiencia Nacional (AN) un supuesto al que resultaba de aplicación el Convenio Hispano-Británico para evitar la Doble Imposición Internacional relativo a la compra de acciones efectuada a una sociedad vinculada residente en el Reino Unido con pago aplazado en libras esterlinas y pacto de intereses. Concretamente una entidad residente adquiriría a otra sociedad no residente, con la que se encontraba vinculada, un paquete de acciones, acordándose por ambas sociedades el aplazamiento del pago del precio pactado a un determinado tipo de interés. Los gastos financieros derivados de la realización de dicha operación fueron deducidos por la sociedad residente en su declaración del IS.

Pues bien la Inspección de los tributos consideró que el tipo de interés pactado había sido superior a aquel que podría haber obtenido en el mercado español una empresa independiente. Y, aplicando lo dispuesto en el art. 9 del Convenio para evitar la Doble Imposición Internacional firmado entre el Estado español y el Reino Unido, efectuó el ajuste correspondiente en la declaración del IS, reduciendo los gastos financieros deducibles, al aplicar como tipo de interés el MIBOR incrementado en 0,25%, que era el tipo de interés que se hubiesen obtenido en caso de haberse acudido a una entidad financiera del mercado interno para la obtención de financiación. En definitiva, a juicio de la Inspección el tipo de interés pactado resultaba superior al que en el mercado español podría haber obtenido una empresa independiente, aplicando el art. 9 del Convenio y realizando un ajuste por diferencia con el interés que resulta de sumar al MIBOR un diferencial de 0,25 puntos.

se depender de situaciones que no son expresivas de capacidad económica porque, siendo muy amplia la libertad del legislador a la hora de configurar los tributos, éste debe, en todo caso, respetar los límites que derivan de dicho principio constitucional, que quebraría en aquellos supuestos en que la capacidad económica gravada por el tributo sea no ya potencial sino inexistente o ficticia".

En un primer momento el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) estimó en parte la reclamación ordenando que se practicara un nuevo ajuste, si bien sólo en la medida en la que el tipo pactado superase el tipo de mercado nacional más la prima de riesgo de cambio. En efecto, habiéndose recurrido la resolución a través de la cual se practicaba dicho ajuste el TEAC estimó parcialmente la reclamación y consideró que habría que tomar en cuenta, además, el valor del seguro de cambio, esto es, la prima derivada del efecto divisa.⁴⁸

Tal y como precisó la Audiencia, al hilo de la cuestión relativa a si la operación en cuestión fue realizada por la entidad española como consecuencia de su carácter de sociedad vinculada y en condiciones que vulnerasen el principio de libre competencia, las autoridades fiscales competentes se hallan autorizadas para efectuar los ajustes correspondientes cuando existe vinculación entre las partes, infiriéndose claramente que la operación no habría sido efectuada por empresas independientes⁴⁹. A tal efecto, se estima que no resulta necesario analizar operaciones concretas efectuadas por empresas independientes, siendo suficiente con comprobar que la operación, debido a lo gravoso de sus consecuencias para una sociedad, no habría sido realizada en el supuesto de que no concurriese la vinculación. Ahora bien la realización de ajustes por operaciones vinculadas exige que la Administración respete los términos de comparabilidad.

En palabras de la Audiencia *“Ha de analizarse si el ajuste efectuado respeta o no los ‘términos de comparabilidad’. O, dicho en otros términos, si la transacción ‘ideal’ descrita por la Administración (que se correspondería con la que hubiera realizado cualquier empresa independiente*

en la misma situación que la actora) constituye término válido de comparación en relación con la transacción ‘real’ efectuada por la actora al adquirir las acciones de su sociedad vinculada (...). El uso del método comparable no exige que se analicen operaciones concretas efectuadas por empresas independientes para determinar las diferencias con la realizada por la sociedad residente, sino que exige que, a tenor de las reglas de la experiencia, y en los términos ordinarios de funcionamiento del mercado, pueda efectivamente constatarse –por los datos objetivos de que se dispone– que una determinada actividad, por lo gravoso de sus consecuencias para una sociedad vinculada a otra u otras, no hubiera sido realizada si no concurriera la mencionada vinculación”.

Y, por lo que respecta al supuesto concreto analizado por la Audiencia, no se consideraron comparables el coste financiero del aplazamiento del pago en la compra de acciones con un supuesto préstamo obtenido de una entidad bancaria, de manera que el ajuste fiscal se declaró improcedente. En efecto, la transacción tomada como referencia por la Administración no podía ser término de comparación, ya que no resultan comparables un préstamo obtenido de una entidad financiera con una compra aplazada, al no haberse tenido que prestar garantía por la compra de las acciones, no haberse tenido en cuenta las comisiones y gastos y ser el tipo de interés notoriamente superior al de mercado, debiendo tenerse presente además la moneda de pago.

En efecto, la Audiencia Nacional entendió que la transacción “ideal” tomada como referencia por parte de la Administración no constituye término de comparación respecto de la efectivamente realizada por las entidades vinculadas debido, entre otras razones, a que no resultan comparables un préstamo obtenido de una entidad bancaria (que fue la operación tomada como referencia por la Administración tributaria) con una compra directa realizada con precio aplazado (que constituyó la operación efectivamente realizada por las sociedades vinculadas).

48 Téngase presente que en el concreto supuesto analizado la operación se llevó a cabo en libras esterlinas, obteniéndose en cambio la financiación en euros.

49 Previamente, y con carácter inicial, la AN constató la aplicabilidad del art. 9 del Convenio de Doble Imposición suscrito con Reino Unido e Irlanda del Norte con fecha de 21 de octubre de 1975, declarándose además la existencia de vinculación entre las sociedades intervinientes en la realización de la operación.

Concluyó así la AN que, al comparar la operación “real” realizada por las sociedades vinculadas con la operación “ideal” que habrían efectuado sociedades independientes en condiciones de libre mercado, no han de ser analizadas operaciones concretas efectuadas por sociedades independientes, sino que se ha de constatar, a tenor de las reglas de la experiencia y en los términos del funcionamiento del mercado, que la operación en cuestión, debido a lo gravoso de sus consecuencias para la sociedad, no habría sido realizada en el supuesto de que no concurriese dicha situación de vinculación. Y, en base a ello, se estimaron improcedentes los ajustes realizados por la Administración tributaria, al no considerarse válido el “término de comparabilidad” empleado por aquélla.

V. LA TRASCENDENCIA DE LA STS DE 27 DE MAYO DE 2014.

Como es sabido la Sentencia del TS de 27 de mayo de 2014 procedió a anular tres preceptos del Reglamento sancionador de operaciones vinculadas, estimando a tal efecto el recurso interpuesto por el Consejo Superior de Colegios Oficiales de Titulares Mercantiles contra la reforma operada en el antiguo RIS durante el año 2010, que vino a endurecer el régimen de las obligaciones de información de las operaciones vinculadas así como el de las sanciones susceptibles de imposición.

El recurso interpuesto por el Consejo Superior de Colegios Oficiales de Titulares Mercantiles solicitaba la declaración de nulidad de prácticamente la totalidad del Capítulo V del antiguo RIS (arts. 16 a 21) alegando su vulneración a varios principios constitucionales: igualdad, legalidad, seguridad jurídica, o a la tutela judicial efectiva, o al principio de capacidad económica. Con carácter adicional se argumentaba que varios de dichos preceptos infringían también la Ley General Tributaria (art. 13 de la Ley 58/2003, relativo a la calificación tributaria), la Ley del Impuesto sobre Sociedades y la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del Régimen de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

En primer lugar, impugnaron los titulares la modificación de la LIS que supuso el desplazamiento hacia los administrados del deber de fijar el valor de mercado de las operaciones vinculadas que llevasen a cabo, el cual en la legislación anterior correspondía a la Administración. Sin embargo estima a este respecto el TS que *“este deber de los administrados tiene el rango de ley desarrollada por un precepto reglamentario (...) lo que excluye desde el punto de vista formal crítica alguna (...) El cambio de criterio establecido se integra en la libertad de apreciación que al legislador le corresponde, debiendo los administrados tener que soportar los efectos que de esa apreciación legislativa se derivan”*. Con carácter adicional se descarta la existencia de ilegalidad alguna respecto de la posible onerosidad o dificultad que la norma supone para el administrado.

Asimismo fue objeto de recurso de casación la obligación de documentar las operaciones de las sociedades vinculadas, subrayándose en el mismo las diferencias existentes entre la Ley y el Reglamento del IS respecto de las normas de la OCDE y de la Unión Europea. En relación con esta cuestión recuerda el TS que, hallándose tramitando el citado recurso, fueron dictados dos Reales Decretos que modificaron los efectos perjudiciales imputados a la citada normativa, retro trayéndose además sus efectos favorables a los periodos impositivos que concluyesen a partir de febrero de 2009. Así sucedió, por ejemplo, con la cuestión relativa a la vulneración del principio de proporcionalidad y de minoración de costes en la determinación de las obligaciones de documentación.

Se argumentaba además en el recurso de casación la existencia de inseguridad jurídica en la determinación del contenido de la documentación, solicitándose a tal efecto la anulación de los arts. 19.1 a), c), d, y f) del antiguo RIS al estimarse que las expresiones generales y relevantes utilizadas eran excesivamente ambiguas. Sin embargo el Alto Tribunal desestimó dichas argumentaciones, concluyendo que *“no pueden aceptarse ninguno de los reproches formulados en tanto que los vocablos tachados son una*

concreción, determinación y adjetivación de los términos descripción e información, lo que excluye la ambigüedad que se alega".

Los preceptos anulados fueron en consecuencia los relativos al cálculo de la tributación aplicable y al derecho del contribuyente a recurrir, esto es, el último inciso del art. 21.2⁵⁰, así como el art. 21 bis 2.a) párrafo segundo⁵¹ y el art. 21 bis 2.b) párrafo segundo⁵² del RIS. Todos ellos, en opinión del TS, exceden la potestad normativa de un Reglamento, estimándose en consecuencia que existía una extralimitación del Reglamento respecto de su habilitación legal, siendo en consecuencia dichos preceptos contrarios al ordenamiento jurídico. En cambio el TS reconoció la validez del apartado tercero del citado precepto, al resultar acorde con los criterios que han de presidir la fijación de la base imponible a efectos del Impuesto de las operaciones vinculadas, gravándose la riqueza realmente obtenida por los intervinientes.

50 Como es sabido disponía este precepto, refiriéndose al proceso de comprobación del valor normal de mercado de las operaciones vinculadas, que *"Si, por no existir acuerdo entre las distintas partes o entidades vinculadas se simultanearan ambas vías de revisión, se tramitará el recurso o reclamación presentado en primer lugar y se declarará inadmisibles el segundo o ulterior"*. En el presente caso la razón de ser de la anulación radicaba en el hecho de que no se ajustaba a Derecho que el antiguo RIS limitase la posibilidad de recurso.

51 Decía concretamente este precepto lo siguiente: *"La parte de la diferencia que no se corresponda con el porcentaje de participación en la entidad, para la entidad tendrá la consideración de retribución de los fondos propios, y para el socio o partícipe de utilidad percibida de una entidad por la condición de socio, accionista, asociado o partícipe de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.1.d) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio"*.

52 De acuerdo con lo señalado por este último precepto reglamentario *"La parte de la diferencia que no se corresponda con el porcentaje de participación en la entidad, tendrá la consideración de renta para la entidad, y de liberalidad para el socio o partícipe. Cuando se trate de contribuyentes del 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.º. del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo"*.

Concretamente en relación con el primero de los citados preceptos estima el Alto Tribunal que su redacción supone una vulneración del derecho de defensa que propugna la Constitución, al exigir el nombramiento de un perito común y de una suerte de recurso común en los casos de reclamación de varios interesados contra la liquidación provisional practicada en relación a las operaciones vinculadas, de manera que, de no alcanzarse un acuerdo, sólo admite la tramitación de la primera reclamación, declarando inadmisibles las posteriores.

Tal y como hemos tenido ocasión de analizar el conjunto de las operaciones vinculadas han de ser valoradas a valor de mercado, es decir, al valor que hubieran acordado partes independientes. Y, siendo la operación vinculada contabilizada desconociendo el valor de mercado, procedería la práctica de un ajuste primario y de un ajuste secundario, a través de los cuales se persigue reajustar el valor convenido por las partes vinculadas al valor de mercado y hacer tributar las rentas que se hayan puesto de manifiesto.

Pues bien, de acuerdo con lo declarado por el TS a través de su Sentencia de 27 de mayo de 2014, tratándose de la práctica de un ajuste secundario, la Administración ha de probar la naturaleza de las rentas. Y, respecto al procedimiento especial para las comprobaciones de valor, se suprime la exigencia de que el recurso o reclamación sean únicos para todos los interesados.

Así, refiriéndose al alcance del antiguo art. 16.8 del TRLIS, encargado de regular dicho ajuste secundario, subrayó el TS que dicho artículo no constituía un precepto autónomo, tratándose por el contrario de una norma que servía para conformar la base imponible del Impuesto y que debía respetar el principio de que la base del gravamen de las operaciones vinculadas la constituye la renta de la operación para las personas que la realizaron, debiendo practicarse el ajuste secundario únicamente cuando existe una transferencia de renta real y cualitativamente distinta de la contablemente expresada, siendo la prueba a cargo de la Administración.

De acuerdo con lo declarado por el Alto Tribunal el citado art. 16.8 del RDLeg. 4/2004 *"No ha de entenderse como un precepto autónomo, sino como un precepto acorde con el artículo 16.1, que consiste en que la base del gravamen de las operaciones vinculadas es la renta de la operación para las personas que la realizaron. El artículo 16.8 no es una excepción a esa regla general, sino que operará cuando concurren las circunstancias que allí se contemplan"*. A tal efecto se encargó de recordar el TS que ya en su Auto de febrero de 2011 el Tribunal se negó a plantear una cuestión de inconstitucionalidad respecto de dicho precepto.

De este modo el TS procedió a "transformar" la recalificación obligatoria de operaciones recogida en el citado art. 16.8 del TRLIS en una especie de *presunción iuris tantum* (no *iuris et de iure*) que podrá operar cuando concurren las circunstancias que allí se contemplan, siempre que no se acredite por los medios admitidos en derecho que la transferencia real de rentas se ha producido de un modo diferente a como el precepto presume. Con carácter adicional la prueba sobre la existencia de transferencias de rentas en modo distinto al que se haya reflejado contablemente corresponderá a la Administración tributaria. En efecto la prueba de que los flujos económicos reflejados en la contabilidad no se corresponden con la realidad corresponderá a la Administración y no al contribuyente.

Desde nuestro punto de vista, si nos hallamos en presencia de una presunción que admite prueba en contrario, quizás hubiese sido procedente que el Alto Tribunal declarase la nulidad del conjunto de recalificaciones automáticas efectuadas en materia de ajustes, al suponer la creación de una ficción legal inadmisibles. Tal y como ha precisado ALARCÓN⁵³ *"Lo contrario supone una exégesis respetuosa con el principio de conservación de las normas, que no es propia de nuestro máximo órgano en casación, sino del Tribunal Constitucional, defensor supremo de la Constitución"*.

53 ALARCÓN, E., "Operaciones vinculadas y el jarrón chino del emperador", *Iuris & Lex*, núm. 115, 2014, pág. 17.

No cabe en consecuencia admitir la aplicación automática del ajuste secundario cuando existe un ajuste primario, así como tampoco efectuar una calificación automática sin posibilidad alguna de prueba en contrario sobre la base de aquello que establecía el art. 16.2 del TRLIS cuando, además, el propio art. 21.bis.3 del antiguo RIS reconocía de forma subsidiaria la posibilidad de practicar prueba en contrario⁵⁴.

Estimó además el Tribunal que el texto reglamentario contenía presunciones no incluidas en el antiguo RDLeg. 4/2004 que constituyen un claro exceso reglamentario, debiendo ser objeto de anulación. Y, a tal efecto, se declaró la nulidad de aquellos preceptos reglamentarios calificados como utilidad/renta o liberalidad que aplican a situaciones distintas de la relación socio-sociedad. Estos supuestos son los que

54 Tal y como disponía el citado precepto del antiguo texto reglamentario *"La calificación de la renta puesta de manifiesto por la diferencia entre el valor normal de mercado y el valor convenido, podrá ser distinta de la prevista en el apartado 2 anterior, cuando se acredite una causa diferencia a las contempladas en el citado apartado 2"*. Refiriéndose al alcance del citado precepto reglamentario señala SALA GALVÁN, G., "Puntos críticos actuales de los precios de transferencia internacionales", *Tribuna Fiscal*, núm. 275, 2014 (consultado en www.laleydigital.com) que *"La calificación del ajuste secundario puede ser otra, si se alega otra causa que no sea la vinculación socio/sociedad. De esta forma, el RIS ofrece libertad de calificación, según su verdadera naturaleza jurídica y económica, para esa atribución patrimonial producida por el precio de transferencia 'not at arm's length', cuando la relación de vinculación que une a las partes de la operación no sea la de socio/sociedad sino la de sociedades hermanas, nieta/abuela o miembros del mismo grupo. Pienso que la dicción reglamentaria está abriendo la puerta a la aceptación del criterio de los dividendos triangulares o al criterio del préstamo o a cualquier otra calificación. Y con ello, los ajustes secundarios en España siguen siendo automáticos y objetivos, en coherencia con el tipo de razonabilidad (objetiva) del principio arm's length al que se adscribe el Estado español"*. Por su parte CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., "Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas", *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 316, 2009 (consultado en www.ceflegal.com) han defendido que la calificación del ajuste secundario pueda resultar distinta alegándose cualquier otra argumentación distinta a la vinculación, permitiendo así el art. 21 bis.3 del antiguo RIS la posibilidad de inhibir el ajuste secundario cuando la ventaja patrimonial atribuida de una parte a otra de la operación vinculada no tenga su causa en la especial relación de vinculación existente.

con mayor intensidad han derivado en situaciones, no ya solo de clara doble imposición, sino también de gravamen de rentas inexistentes. En definitiva, a juicio del TS el texto reglamentario añadía unas presunciones no contenidas en la ley para los supuestos en que la diferencia no se corresponde con la participación en la entidad, lo que obligaba a su anulación.

Tal y como recordó el TS en la presente Sentencia de 27 de mayo de 2014 el art. 21 del antiguo RIS contempla la aplicación de una especie de "recurso común" tanto para los casos de reclamación de varios interesados como de nombramiento de perito de manera que, no alcanzándose un acuerdo de recurso y nombramiento común habría de tramitarse la primera reclamación de las presentadas inadmitiéndose las restantes, lo que para el recurrente constituiría un atentado al derecho de defensa. De acuerdo con lo manifestado por el citado Tribunal "(...) En nuestro Auto de 8 de febrero de 2011 entendimos que no se producía infracción del derecho de defensa con relevancia constitucional por el hecho de exigir el nombramiento de un 'perito común' y de un 'recurso común' a todos los interesados por la elemental consideración de que tales decisiones se adoptan en el procedimiento administrativo, que, por otra parte, se inserta en el procedimiento general de inspección. Con independencia de ello y con respecto al proyecto reglamentario que preveía en este punto el archivo de las actuaciones y no tener por presentados los correspondientes recursos, el Consejo de Estado concluyó que: En todo caso, parece claro que no puede el reglamento proyectado limitar la posibilidad de recurso en vía administrativa de la liquidación provisional, facultad consagrada como tal en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, con carácter general (artículo 213.1: posibilidad de revisión de 'los actos y actuaciones de aplicación de los tributos y los actos de imposición de sanciones tributarias') y como objeto de Recurso de Reposición (artículo 222.1) y de reclamación económico administrativa (artículos 226 y 227.2 a), precepto este último que señala de forma expresa como 'reclamables' 'las liquidaciones provisionales y definitivas'. Por ello, deberían eliminarse

en el artículo 21, apartado 2, párrafo segundo y apartado 3, párrafo tercero, las referencias al archivo de las actuaciones y a la consecuencia de no tener por presentados los correspondientes recursos en el caso de que no se unifique la vía procedimental escogida por las entidades afectadas. Si esto era así cuando se 'declaraba el archivo' y 'no tener por presentados los recursos', lo mismo ha de decidirse si la regulación reglamentaria prevé la inadmisión, resolución que hay que entender equivalente a la rechazada por la Consejo de Estado. La vulneración legal se encuentra en los textos legales citados en el informe del Consejo de Estado y no en el derecho de defensa".

Por otra parte los preceptos cuestionados establecían el régimen sancionador que, con el fin de luchar contra el fraude fiscal, fue introducido en su día para evitar que las empresas pacten los precios de sus operaciones fuera de mercado y rebajen la tributación. La norma exige la aportación de documentación bajo amenaza de sanciones tanto para multinacionales como para pymes. Y, a pesar de que la STC 145/2013, de 11 de julio, avaló la constitucionalidad del régimen sancionador al entender que no se vulneraban los principios de legalidad sancionadora y de proporcionalidad (desestimando así el intérprete supremo de nuestra Constitución la cuestión planteada por el Supremo contra los apartados 2 y 10 del art. 16 del antiguo RDLeg. 4/2004) a través de la presente Sentencia el TS se pronuncia en contra de la legalidad del texto reglamentario.

En todo caso asumió el TS a través de la presente Sentencia la adopción de una interpretación del ajuste secundario fundamentada en la voluntad de las partes intervinientes en la operación y de carácter no automático, en sintonía con las recomendaciones efectuadas en el seno del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, al valorar el efecto que la recalificación de la renta tiene desde la perspectiva de la doble imposición. Este mismo criterio relativo a la limitación a los excesos de la aplicación automatista del ajuste secundario se halla igualmente presente en la regulación contenida en el vigente Proyecto de

Ley del Impuesto sobre Sociedades. Tal y como han puesto de manifiesto TRAPE y DÍAZ-FAES⁵⁵ dicho texto *"siguiendo el modelo de otras normativas, permite eliminar el posible impacto del ajuste secundario si las partes voluntariamente ajustan las rentas obtenidas a la valoración de mercado"*.

En suma, para el TS el art. 21.bis.2 del antiguo RIS, en su redacción otorgada por el Real Decreto 1777/2004, añadía unas presunciones no contenidas en la Ley para aquellos supuestos en los que la diferencia no se corresponde con la participación en la entidad, al disponer que dicha diferencia tendría la consideración de dividendo, siendo a favor del socio, y de liberalidad (o de ganancia de capital tratándose de no residentes) si lo fuese a favor de la sociedad. Así sucedía con el párrafo segundo de la letra a) del citado precepto, relativo al tratamiento de las diferencias entre el valor convenido y el valor normal de mercado⁵⁶, las cuales no se correspondían con el porcentaje de participación en la entidad de las operaciones vinculadas en los supuestos en los que la vinculación se definiese en función de la relación socios o partícipes-entidad así como cuando la diferencia fuese a favor del socio o partícipe. En efecto el texto reglamentario añadía unas presunciones no contenidas en la ley para aquellos supuestos en los que la diferencia no se correspondiese con la participación en la entidad, y ello le conduce a decretar su anulación. Y, si bien se reconoce que tanto de lo señalado en la Ley como en el Reglamento las previsiones que en ambos textos se establecen quedan supeditadas a que se grave la renta efectivamente derivada de la operación (lo cual priva de virtualidad, en gran medida, la previsión combatida) dicha previsión carecía de cobertura en la Ley, motivo por el cual debía ser anulada.

55 TRAPE, M. y DÍAZ-FAES, J., "Límite al ajuste secundario en operaciones vinculadas", *Diario Cinco Días*, www.cinco dias.com, consultada el 30 de julio de 2014.

56 Lo mismo sucedía, además, con el art. 21 bis.2.b) párrafo segundo del citado texto legal, relativo al tratamiento de las mismas diferencias cuando éstas fuesen a favor de la entidad.

VI. LA PRÁCTICA DEL AJUSTE SECUNDARIO EN LA NUEVA LEY 27/2014, DE 27 DE NOVIEMBRE.

A pesar de que inicialmente el Anteproyecto de Ley eliminaba la práctica del ajuste secundario finalmente la redacción del Proyecto de Ley (así como la de la nueva Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades) recuperó dicho concepto, aludiéndose a la recalificación de los excesos sobre el valor de mercado en las relaciones económicas que se formalicen entre socio y sociedad. Dicha recuperación parece efectuarse además como una presunción *iuris et de iure*, esto es, como una *factio iuris*, en contra del criterio adoptado por el TS mediante Sentencia de 27 de mayo de 2014.

De conformidad con lo dispuesto por el art. 18 de la nueva Ley en su apartado Diez la Administración tributaria podrá comprobar las operaciones realizadas entre personas o entidades vinculadas y efectuar, en su caso, las correcciones que procedan en los términos que se hubieran acordado entre partes independientes de acuerdo con el principio de libre competencia, respecto de las operaciones sujetas a este Impuesto, al IRPF o al IRNR, con la documentación aportada por el contribuyente y los datos e información de que disponga, quedando vinculada por dicha corrección en relación con el resto de personas o entidades vinculadas⁵⁷.

La corrección practicada no determinará la tributación por el IS ni, en su caso, por el IRPF o por

57 A este respecto se ha de recordar que las Directrices de la OCDE de Precios de Transferencia aludían a la "repatriación" en los Apartados 4.72 y siguientes como una opción, prevista en algunos países que practican ajustes secundarios, que se ofrece al contribuyente al que se le ha practicado un ajuste primario, destinada a evitar el ajuste secundario. A través de dichas Directrices se describían algunas formas de llevar a cabo la repatriación (constitución de una cuenta por cobrar o bien mediante el pago adicional o reembolso directo). Igualmente el Foro Conjunto de Precios de Transferencia de la UE (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, de 4 de junio de 2014, relativa a las actividades del Foro Conjunto de la Unión Europea sobre Precios de Transferencia entre julio de 2012 y enero de 2014. Anexo I: Informe del FCPT sobre los Ajustes secundarios) prevé y recomienda la repatriación como alternativa al ajuste secundario.

el IRNR de una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las personas o entidades que la hubieran realizado. De cara a efectuar la comparación se tendrá en cuenta aquella parte de la renta que no se integre en la base imponible por resultar de aplicación algún método de estimación objetiva.

Ahora bien, tal y como precisa a continuación el apartado Once del citado precepto tratándose de 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.⁵⁸

En particular, en los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, la diferencia tendrá, con carácter general, el siguiente tratamiento. En primer término, si dicha diferencia fuese a favor del socio o partícipe, la parte de la misma que se corresponda con el porcentaje de participación en la entidad se considerará como retribución de fondos propios para la entidad y como participación en beneficios para el socio. Y la parte de la diferencia que no se corresponda con aquel porcentaje tendrá para la entidad la consideración de retribución de fondos propios y para el socio o partícipe de utilidad percibida de una entidad por la condición de socio, accionista, asociado o partícipe de acuerdo con lo previsto en el art. 25.1.d) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del IRPF.

⁵⁸ Ciertamente se ha de precisar que la nueva regulación del Impuesto sobre Sociedades sustituye el antiguo término "valor normal de mercado" por el de "valor de mercado". Ahora bien tal y como ha precisado LAGOS RODRÍGUEZ, G., "La fiscalidad de las operaciones vinculadas en el nuevo Impuesto de Sociedades", *Quincena Fiscal*, núm. 18, 2015 (consultado en www.aranzadigital.es) de ello no se desprende la introducción de ninguna variación conceptual, ya que el legislador del Impuesto continúa tomando el principio de plena competencia (*arm's length principle*) como la regla esencial en materia de precios de transferencia. Por tanto la referencia para estas operaciones será el precio que sería acordado en condiciones normales de mercado entre partes independientes y en operaciones similares.

En segundo término, siendo la diferencia existente a favor de la entidad, la parte de la diferencia que se corresponda con el porcentaje de participación en la misma tendrá la consideración de aportación del socio o partícipe a los fondos propios de la entidad, y aumentará el valor de adquisición de la participación del socio o partícipe. Y la parte de la diferencia que no se corresponda con el porcentaje de participación en la entidad tendrá la consideración de renta para la entidad, y de liberalidad para el socio o partícipe.

Por otra parte, tratándose de contribuyentes del IRNR sin establecimiento permanente, la renta se considerará como ganancia patrimonial de acuerdo con lo previsto en el art. 13.1.i).4º del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del citado Impuesto.

En todo caso este régimen no resultará de aplicación si se procediese a la restitución patrimonial entre las personas o entidades vinculadas en los términos que reglamentariamente se establezcan, no determinando dicha restitución la existencia de renta en las partes afectadas.

Adviértase por tanto que lo que se ha producido al amparo de la nueva regulación aprobada es el establecimiento del tratamiento que tendrá la diferencia entre el valor convenido y el valor de mercado, y en particular en los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes de la entidad. En este sentido se señala en el punto 11 del art. 18 de la Ley lo que anteriormente estaba integrado en el art. 21 bis del antiguo RIS y que fue declarado nulo por la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2014⁵⁹.

⁵⁹ Recuérdesse que la citada Sentencia del TS declaró que las presunciones contenidas en el antiguo art. 16.8 del TRLIS (actual art. 18.11 de la Ley 27/2014) resultaban aplicables siempre que se verificase una transferencia de rentas cualitativamente distinta de la contablemente expresada y concudiesen las circunstancias previstas en el apartado segundo del citado art. 16.8, teniendo en todo caso dichas presunciones la naturaleza de *iuris tantum*, tanto por aplicación del principio general que preside todo el texto legal (gravar las rentas derivadas de la operación para las personas que las realizaron) como por la propia naturaleza de las cosas.

Como ya hemos tenido ocasión de analizar en el antiguo art. 17 del TRLIS se calificaban las rentas generadas en los casos de vinculación socio/partícipe con la entidad como participación en los beneficios de la entidad (si la diferencia entre valor declarado y de mercado lo fuese a favor del socio o partícipe) o aportación a los fondos propios de la entidad (si fuera a favor de la misma) en proporción a su participación. Pues bien el vigente art. 18 de la Ley 27/2014 regula también el resto de supuestos que no corresponden a la participación proporcional en los beneficios de la entidad.

De esta manera, en los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes de la entidad, en resumen se incorpora a la Ley lo siguiente.

En primer lugar, cuando la diferencia fuera a favor del socio o partícipe, tendrá la calificación que se detalla en el siguiente cuadro para cada una de las partes:

	Calificación para el socio	Calificación para la sociedad
Por la parte que corresponda con la participación en la entidad.	Participación en beneficios.	Retribución de fondos propios.
Por la parte que no corresponda con la participación en la entidad.	Utilidad percibida por la condición de socio.	

Y en aquellos otros supuestos en los que la diferencia lo fuera a favor de la sociedad, tendrá la siguiente calificación para cada una de las partes:

	Calificación para el socio	Calificación para la sociedad
Por la parte que corresponda con la participación en la entidad.	Aportación de socio.	Aumento del valor de la participación.
Por la parte que no corresponda con la participación en la entidad.	Renta.	Liberalidad.

Ahora bien lo anterior no será de aplicación cuando se proceda a la restitución patrimonial entre las personas o entidades vinculadas en los términos que reglamentariamente se establez-

can. La restitución no determinará la existencia de renta en las partes afectadas. Esta nueva regulación se remite no obstante a un ulterior desarrollo reglamentario, clarificándose además que dicha restitución no determinará la existencia de renta en las partes afectadas.

Por lo que respecta al tratamiento fiscal otorgado por la naturaleza de las rentas que se generan como consecuencia de la diferente valoración convenida por las partes y el valor de mercado en una operación, y a resultados de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2014, se incorpora en la LIS una remisión que con anterioridad se encontraba regulada en el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades. En concreto, se incorpora el tratamiento de las diferencias valorativas en los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, sin que haya ninguna modificación en cuanto a la calificación de tales rentas ya existente en la norma anterior, existiendo la posibilidad de que no se practique este ajuste cuando se proceda a la restitución patrimonial de la diferencia valorativa.

En suma, la restitución patrimonial se configura como una alternativa ofrecida al contribuyente para evitar el ajuste secundario, siendo objeto de regulación de manera automática y objetiva. Con carácter general la restitución no determinará la existencia de renta en las partes vinculadas. Ello evita el surgimiento de toda equiparación de la restitución a la devolución de un préstamo presunto, ya que en dicho supuesto la aplicación del principio de plena competencia determinaría la necesidad de imputar un interés de mercado sobre dicho préstamo así como la obligación de retener, en su caso, sobre el mismo, originándose en consecuencia los mismos inconvenientes que podría llegar a plantear el ajuste secundario cuando la diferencia de valor se calificara de préstamo presunto⁶⁰.

⁶⁰ Véase en este sentido REGUERA BLANCO, M., "El ajuste secundario en el Derecho Positivo Español: especial referencia a la nueva LIS", *Carta Tributaria Opinión*, 2015 (consultado en www.laleydigital.com). Por su parte LAGOS RODRÍGUEZ, G., "La fiscalidad de las operaciones vinculadas en el nuevo Impuesto de Sociedades", ob. cit. (consultado en www.aranzadidigital.com).

La aprobación de la Ley 27/2014 determinó la incorporación al citado texto legal de lo anteriormente previsto en el art. 21 bis, apartado segundo del antiguo RIS, relativo al tratamiento de las diferencias valorativas en los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad. Y ello, como se ha señalado, a resultas de lo declarado por el TS en su Sentencia de 27 de mayo de 2014, a través de la cual se dispuso la anulación del citado precepto del RIS por entender que se trataba de una extralimitación reglamentaria. Se elevó así a rango de ley la presunción relativa a la calificación de la renta en la parte de la diferencia de valor que no se correspondiese con el porcentaje de participación de la entidad, superándose por tanto el defecto de exceso reglamentario de que adolecía la anterior normativa en relación a este supuesto⁶¹.

En cambio no fue objeto de inclusión un precepto similar al contenido en el art. 21.bis.3 del antiguo RIS⁶², que atribuía carácter de presunción

[tal.es](#)) refiriéndose al alcance de la nueva regulación, opina que ésta supone “asumir la valoración de las operaciones vinculadas recogida en las Directrices de la OCDE, bajo la premisa de que la consideración de los precios de transferencia no debería confundirse con la consideración de los problemas del fraude o de la elusión fiscal, aun cuando las políticas de precios de transferencia puedan ser utilizadas para dichos fines”.

61 Opinan a este respecto MÁRQUEZ SILLERO, C. y MÁRQUEZ MÁRQUEZ, A., “El nuevo régimen tributario de las operaciones vinculadas. Al hilo de los razonamientos jurídicos de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de mayo de 2014”, *Carta Tributaria Opinión*, 2015 (consultado en www.laleydigital.com) que “Parece que la Ley del Impuesto sobre Sociedades respeta el criterio del Tribunal Supremo sobre el carácter de presunción *iuris tantum* (prueba en contrario) de la legislación anterior, al establecer que esas posibles correcciones de valor se efectuaran ‘con la documentación aportada por el contribuyente y los datos e información de que disponga. La administración tributaria quedará vinculada por dicha corrección en relación con el resto de personas o entidades vinculadas’. Y siempre con un límite máximo: la renta efectiva derivada de la operación para el conjunto de personas o entidades participantes”.

62 El citado precepto reglamentario estaba aludiendo a aquellas situaciones en las que el ajuste secundario no sería procedente al acreditarse que tal diferencia se debía a razones de buena fe o bien la concurrencia de la diligencia debida para la fijación de un precio que, finalmente, no se considera coincidente con el de mercado.

iuris tantum a las presunciones legales de calificación fiscal de la renta, al prever la posibilidad de que el sujeto pasivo pudiera acreditar que la causa de la diferencia es distinta a las previstas legalmente. En efecto, destaca en la vigente regulación la omisión del citado apartado tercero del art. 21 bis del RIS, que disponía que “La calificación de la renta puesta de manifiesto por la diferencia entre el valor normal de mercado y el valor convenido, podrá ser distinta de la prevista en el apartado 2 anterior, cuando se acredite una causa diferente a las contempladas en el citado apartado 2”.

En todo caso el art. 18.12 de la LIS persigue incorporar al vigente texto legal los criterios del Tribunal Supremo sobre el ajuste secundario con la finalidad de dotar de legalidad al Reglamento por su carácter de desarrollo de la Ley y su ausencia de independiente.

Por otra parte la nueva regulación aprobada ha supuesto la introducción de la restitución patrimonial como alternativa al ajuste secundario. En efecto, como novedad se incorpora la posibilidad de que no se aplique este ajuste secundario cuando se proceda a la restitución patrimonial de las diferencias que se pongan de manifiesto como consecuencia de la incorrecta valoración a mercado de una determinada operación vinculada, remitiéndose a estos efectos a un ulterior desarrollo reglamentario, y precisándose que esta restitución no determinará la existencia de renta en las partes afectadas.

A tal efecto el vigente Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado mediante Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, regula en el Capítulo VI de su Título I la opción de evitar el ajuste secundario a través de la restitución patrimonial. De conformidad con lo establecido por el art. 20 del citado texto reglamentario, encargado de regular la “restitución patrimonial derivada de las diferencias entre el valor convenido y el valor de mercado de las operaciones vinculadas”, tratándose de aquellas operaciones en las cuales el valor convenido sea distinto del valor de mercado, la diferencia entre ambos valores tendrá para las personas o entidades vincula-

das el tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia, de acuerdo con lo establecido en el art. 18.11 de la Ley del Impuesto⁶³. Sin embargo no será de aplicación lo anteriormente indicado cuando se proceda a la restitución patrimonial entre las personas o entidades vinculadas. Para ello, el contribuyente deberá justificar dicha restitución antes de que se dicte la liquidación que incluya la aplicación de lo indicado con anterioridad.

Adviértase por tanto que, si bien fue objeto de delegación en el Reglamento del Impuesto la regulación del procedimiento para llevar a cabo la restitución, el art. 20 del nuevo RIS se limita a señalar que el contribuyente deberá justificar dicha restitución antes de que se dicte la liquidación correspondiente. Nada se dispone sin embargo acerca de la forma en la que debe, o puede, realizarse la restitución, así como tampoco acerca de las garantías que puedan obtener tanto el obligado tributario como la Administración tributaria. De cualquier manera no se excluye la opción de la restitución patrimonial en caso de comisión por el contribuyente de alguna de las infracciones tipificadas en la Ley en materia de operaciones vinculadas, lo que resulta ciertamente discutible.

Recapitulando, tras la reforma introducida por la Ley 27/2014 cuando el desplazamiento patrimonial producido como consecuencia de una incorrecta valoración de las operaciones vinculadas sea objeto de restitución entre las partes el ajuste secundario no será objeto de aplicación, no suponiendo renta alguna para los sujetos intervinientes. Por su parte el art. 20.2 del Real De-

creto 634/2015, a la hora de concretar el límite temporal máximo en el que dicha restitución patrimonial puede anular el efecto del ajuste secundario, establece que *"No se aplicará lo dispuesto en el apartado anterior cuando se proceda a la restitución patrimonial entre las personas o entidades vinculadas. Para ello, el contribuyente deberá justificar dicha restitución antes de que se dicte la liquidación que incluya la aplicación de lo señalado en el apartado anterior"*

Mientras que al amparo de la normativa anterior el ajuste bilateral sólo podía realizarse por la Administración con la normativa vigente se permite que sea el contribuyente afectado el que tome la iniciativa para que se proceda a dicha regularización, pudiendo incluirse la misma en una autoliquidación o ser consecuencia de una liquidación derivada de una solicitud de rectificación de la autoliquidación correspondiente al último período impositivo cuyo plazo de declaración e ingreso hubiera finalizado en el momento en que se produzca tal firmeza, y siempre y cuando hubiese adquirido firmeza la liquidación que incluya el ajuste primario.

La fecha límite en la que podrá tener lugar la restitución patrimonial será aquella en la que se dicte la liquidación que incluya los efectos derivados de la aplicación del ajuste secundario⁶⁴. Durante la tramitación del procedimiento de comprobación que eventualmente realice la inspección podrá plantearse por el obligado tributario si se efectúa o no dicha restitución patrimonial, al objeto de evitar los efectos tributarios de derivados de la práctica del ajuste secundario.

⁶³ Previamente el art. 17 del RIS se encarga de determinar los criterios a seguir para realizar el análisis de comparabilidad y fijar el valor de mercado, recordando además la trascendencia que adquiere a este respecto el principio de prevalencia del fondo sobre la forma y el de validación de las operaciones conforme a la conducta de las partes. Véase a este respecto MÁRQUEZ SILLERO, C. y MÁRQUEZ MÁRQUEZ, A., "El nuevo régimen tributario de las operaciones vinculadas. Al hilo de los razonamientos jurídicos de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de mayo de 2014", ob. cit., (consultado en www.laleydigital.com).

⁶⁴ Véase en este sentido SENDÍN FUENTES, J. L., "Operaciones vinculadas: modificaciones introducidas por la Ley 27/2014 y el Real Decreto 634/2015", *Quincena Fiscal*, núm. 19, 2015 (consultado en www.aranzadigital.es).

