

EDUARDO SANZ GADEA

Licenciado en Derecho y en Ciencias Económicas

Extracto:

EN el presente artículo se analizan los aspectos generales del régimen de las operaciones vinculadas, haciéndose especial hincapié en la cuestión de los efectos secundarios, y en el procedimiento de valoración.

Sumario:

1. Introducción.
 - 1.1. Función de las normas sobre operaciones vinculadas.
 - 1.2. Antecedentes normativos y principales novedades de la Ley 43/1995.
2. Descripción de las normas relativas a las operaciones vinculadas.
 - 2.1. Impuesto sobre Sociedades.
 - 2.2. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
 - 2.3. Impuesto sobre el Valor Añadido.
 - 2.4. Renta de Aduanas.
 - 2.5. Impuesto de no Residentes.
3. La naturaleza de las normas relativas a las operaciones vinculadas.
4. Operaciones a las que se aplica el régimen jurídico de las operaciones vinculadas.
5. Supuestos determinantes del ejercicio de la potestad.
 - 5.1. Tributación inferior en España.
 - 5.2. Diferimiento de la tributación.

6. Consecuencias de la valoración como resultado del ejercicio de una potestad.
 - 6.1. Obligación tributaria a la que pertenece la deuda tributaria derivada de la valoración.
 - 6.2. Prescripción.
 - 6.3. Intereses de demora.
 - 6.4. Infracciones y sanciones.

7. Tributación de la renta habida en la operación vinculada.
 - 7.1. El principio de no gravamen de una renta superior a la habida y el debate del sentido de los ajustes.
 - 7.2. La aplicación de la norma y los denominados efectos secundarios.
 - 7.2.1. Efectos secundarios en operaciones internas.
 - 7.2.2. Efectos secundarios en operaciones externas.
 - 7.3. El procedimiento para determinar el valor de mercado.
 - 7.3.1. Relación entre el procedimiento de comprobación y el procedimiento de valoración.
 - 7.3.2. Iniciación, instrucción y finalización del procedimiento.
 - 7.3.3. Recursos.
 - 7.3.4. Suspensión de la eficacia del acto de determinación de valor.
 - 7.4. Períodos impositivos a los que afecta la valoración administrativa.
 - 7.5. La valoración por el valor normal de mercado y el devengo y la calificación de ingresos y gastos.
 - 7.6. Otros efectos de la valoración administrativa.

8. Las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
 - 8.1. Dualidad de regímenes.
 - 8.2. El régimen especial.
 - 8.2.1. Supuestos en los que procede.
 - 8.2.2. La valoración por el valor normal de mercado como obligación de las partes vinculadas.

9. Operaciones vinculadas con no residentes.
 - 9.1. El no residente está sujeto al Impuesto sobre la Renta de los no Residentes.
 - 9.1.1. Establecimientos permanentes.
 - 9.1.2. Rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente.

 - 9.2. El no residente no está sujeto al Impuesto sobre la Renta de los no residentes.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Función de las normas sobre operaciones vinculadas.

El sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades es la persona jurídica, y sólo de manera excepcional y a voluntad del propio sujeto pasivo el grupo de sociedades podrá tener la consideración de sujeto pasivo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 78 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre. El grupo de sociedades es un sujeto pasivo más consistente, desde el punto de vista de la realidad, que la persona jurídica, porque recayendo el Impuesto sobre Sociedades las rentas del capital aportado a las entidades jurídicas, la renta gravable es la imputable a ese capital, de manera tal que lo esencial es el capital y lo accesorio la entidad que formalmente lo posee y utiliza, ya que, finalmente, el capital es, por definición, propiedad de las personas físicas.

Pero tampoco el grupo de sociedades del artículo 78 de la Ley 43/1995 es un sujeto pasivo del todo consistente, en la medida en que la totalidad de las entidades no residentes en territorio español quedan fuera del mismo, lo que, en un mundo sin fronteras económicas, no es un defecto menor y cada vez lo será mayor.

Desde una perspectiva ideal, el sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades debiera ser el grupo de sociedades, entendiendo por tal el conjunto de entidades, residentes y no residentes en territorio español, que pueden considerarse una unidad económica en cuanto sometidas a las decisiones de una única fuente de volición, generalmente concretada en la denominada sociedad dominante.

La elección de la personalidad jurídica como elemento determinante de la sujeción pasiva trae como corolario la necesidad de calcular los beneficios, a efectos fiscales, de acuerdo con el principio de independencia. En virtud de este principio la renta gravable debe ser determinada como si la entidad fuera totalmente independiente, siendo así que no lo es. Pues bien, la normativa sobre operaciones vinculadas es uno de los instrumentos, aunque no el único, a través del cual se trata de hacer efectivo dicho principio. También se inscriben en esta línea las normas sobre subcapitalización del artículo 20 de la Ley 43/1995, y las concernientes a las restricciones a la deducción de gastos por

operaciones relacionadas con paraísos fiscales del artículo 14 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, entre otras. De esta manera, toda la regulación de las operaciones vinculadas parte de una incorrecta selección del sujeto pasivo, de una distorsión en un punto crucial de la estructura del impuesto. Esta distorsión se hace tanto más patente cuanto las entidades jurídicas que se integran en el grupo más se dispersan entre los diferentes países y territorios que ejercen su propia jurisdicción fiscal, porque ello da insuperables oportunidades para minimizar la carga tributaria global, en claro demérito del principio de capacidad económica.

La definición del sujeto pasivo en función de la unidad económica en que consiste el grupo de sociedades permanece, hoy en día, como una posibilidad remota, si bien los primeros esfuerzos teóricos, aunque incipientes, están ya saltando a las páginas de las revistas especializadas. Pero, en tanto que tal posibilidad no se concrete, las técnicas de protección del principio de independencia deberían perfeccionarse, para abarcar, entre otros aspectos, el concerniente a la distribución equitativa entre las diversas entidades del grupo de los gastos financieros y de los gastos comunes; y también el relativo a la adscripción, a efectos fiscales, de operaciones móviles entre las entidades del grupo. Este perfeccionamiento es tanto más necesario cuanto más progrese la desfiscalización de la renta de fuente extranjera ¹.

De acuerdo con lo expuesto, la regulación de las operaciones vinculadas es una medida, pero no la única, que trata de concretar y dar efectividad al principio de independencia. Es importante definir correctamente la función que las normas sobre operaciones vinculadas cumplen en el Impuesto sobre Sociedades porque ha existido, y tal vez existe todavía, una cierta tendencia doctrinal a contemplar dichas normas en el marco de la distribución encubierta de beneficios, y si bien es verdad que a través de una operación vinculada puede producirse dicho fenómeno, también lo es que el objetivo de la regulación de las operaciones vinculadas es mucho más amplio y ambicioso que el de hacer frente a las distribuciones de beneficios encubiertas.

1.2. Antecedentes normativos y principales novedades de la Ley 43/1995.

La primera regulación de las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades fue establecida por el artículo 16 de la Ley 61/1978, cuyo apartado 3 ordenó que «...cuando se trate de operaciones entre sociedades vinculadas su valoración a efectos de este Impuesto se realizará de conformidad con los precios que serían acordados en condiciones normales de mercado entre sociedades independientes...». Este precepto dio lugar a múltiples conflictos relativos a la procedencia del ajuste, a la existencia de vinculación, a la posibilidad de probar en contrario, al modo de determinar el valor normal de mercado y, finalmente, al carácter unilateral o bilateral del ajuste por operaciones vinculadas.

¹ Véase la exención de plusvalías de fuente extranjera en el Real Decreto-ley 3/2000.

Una célebre resolución del TEAC de 10 de septiembre de 1986, estableció que el ajuste debía tener carácter bilateral, y posteriores sentencias de los tribunales corroboraron este criterio, pero cinco años después, la disposición adicional quinta de la Ley 18/1991, de 6 de junio, recuperó el criterio del ajuste unilateral, al menos en la fase del procedimiento de comprobación, al ordenar que «Cuando la Administración deba proceder, fuera del plazo voluntario de declaración a ajustar la valoración de las operaciones entre sociedades vinculadas, el ajuste no podrá suponer minoración de ingresos ni incrementos de gastos o costes para ninguna de las partes».

No fue bien recibida por la doctrina la citada norma, porque, con independencia del criterio que se mantuviera respecto del sentido del ajuste, no parecía lógico que el mismo fuese bilateral en fase de declaración y unilateral en fase de comprobación.

Con ser importante el debate respecto del sentido del ajuste, como así lo atestigua la abundante producción doctrinal, la verdad es que la conflictividad real no provenía de esa cuestión, sino de la dificultad de establecer el valor normal de mercado en todos aquellos supuestos, los más numerosos por otra parte, en los que no existía un mercado organizado relativo a los bienes o servicios objeto de la transacción entre partes vinculadas.

Seguramente en dicha conflictividad está el origen de la innovación más destacada de la nueva regulación, contenida en el artículo 16.6 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre. Nos estamos refiriendo a las valoraciones previas, vulgarmente conocidas como acuerdos previos en materia de precios de transferencia, técnica iniciada por los Estados Unidos de América del Norte en 1991 y en la actualidad bastante extendida, al menos entre los países de la OCDE, a la que recientemente se ha incorporado Francia. Si hemos de juzgar por los desarrollos posteriores de esta técnica de valoración previa, a cuya extensión y generalización atiende el artículo 9 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, debemos concluir que el artículo 16.6 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, es el pionero de un nuevo sistema de relaciones entre la Administración tributaria y los contribuyentes.

Junto a esta novedad, también cabe destacar las siguientes:

- La corrección de valor se practicará por la Administración tributaria en el ejercicio de una potestad reglada.
- La corrección de valor no determinará un exceso de imposición.
- Los métodos de valoración aplicables se tasan legalmente.
- Se establecen requisitos para la deducción de los gastos de I+D y de servicios de apoyo a la gestión.

2. DESCRIPCIÓN DE LAS NORMAS RELATIVAS A LAS OPERACIONES VINCULADAS

El Impuesto sobre Sociedades es, por decirlo de alguna manera, el ámbito natural de regulación de las operaciones vinculadas. Esto se debe, como ya sabemos, a la función que cumple dicha técnica en el referido impuesto. Pero también en otros impuestos las operaciones vinculadas tienen relevancia y regulación. Seguidamente enumeramos las principales normas existentes en nuestro ordenamiento tributario relativas a la vinculación.

2.1. Impuesto sobre Sociedades.

- Amortización del fondo de comercio [artículo 11.4 b) Ley 43/1995].
- Amortización de elementos patrimoniales usados (artículo 2.4 Real Decreto 537/1997).
- Provisión por insolvencias (artículo 12.2 Ley 43/1995).
- Provisión por insolvencias en entidades financieras (artículo 7 Real Decreto 537/1997).
- Valoración de operaciones vinculadas (artículo 16 Ley 43/1995).
- Efectos de la sustitución del valor contable por el valor normal de mercado (artículo 18 Ley 43/1995).
- Recuperación de valor de elementos patrimoniales (artículo 19.6 Ley 43/1995).
- Subcapitalización (artículo 20 Ley 43/1995).
- Restricción a la compensación de bases imponibles negativas (artículo 23 Ley 43/1995).
- Procedimiento para practicar la valoración por el valor normal de mercado (artículo 15 Real Decreto 537/1997).
- Propuestas para la valoración previa de operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas (Capítulo V del Título I del Real Decreto 537/1997).
- Restricción a la deducción por doble imposición de dividendos en régimen transitorio (artículo 28, según redacción original Ley 43/1995).
- Restricción a la deducción por plusvalías de fuente extranjera (antiguo artículo 30 bis Ley 43/1995 y artículo 20 bis).
- Restricción a la amortización de la diferencia de fusión impropia (artículo 103.3 Ley 43/1995).

- Restricción a la subrogación en las bases imponibles negativas en los procesos de fusión (artículo 104 Ley 43/1995).
- Definición del grupo de control en la transparencia fiscal internacional y determinación del límite de cuantía de la renta positiva (artículo 121 Ley 43/1995).
- Determinación de la cifra de negocios en las empresas de reducida dimensión (artículo 122 Ley 43/1995).
- Restricción a la exención de plusvalías de fuente extranjera en las entidades de tenencia de valores extranjeros (antiguo artículo 130 Ley 43/1995).
- Restricción al disfrute del incentivo fiscal para la renovación de la flota mercante (disposición adicional decimoquinta Ley 43/1995).

2.2. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

- Rendimientos del capital inmueble en caso de operaciones entre parientes (artículo 22 Ley 40/1998).
- Rendimientos de actividades económicas o del trabajo personal en las operaciones vinculadas con entidades jurídicas (artículo 42.2 Ley 40/1998).

2.3. Impuesto sobre el Valor Añadido.

- Determinación de la base imponible en caso de operaciones vinculadas (artículo 79 Ley 37/1992).

2.4. Renta de Aduanas.

- Determinación de la base imponible en caso de operaciones vinculadas (artículo 29 Reglamento CEE 2913/92, del Consejo).

2.5. Impuesto de no Residentes.

- Determinación de la base imponible del establecimiento permanente (artículo 17.2 Ley 41/1998).

3. LA NATURALEZA DE LAS NORMAS RELATIVAS A LAS OPERACIONES VINCULADAS

Desde su implantación en el año 1978, la doctrina mayoritaria ha venido entendiendo que la norma sobre operaciones vinculadas contenía una regla de valoración que debía ser aplicada, tanto por el sujeto pasivo como por la Administración tributaria, para valorar dichas operaciones.

La vigente regulación de las operaciones vinculadas ha llevado a ciertos comentaristas a plantear una disyuntiva del siguiente tenor: ¿Son las normas relativas a las operaciones vinculadas verdaderas reglas de valoración, que se imponen tanto a los contribuyentes como a la Administración tributaria o representan tan sólo facultades de la misma que se integran en el marco de sus potestades de investigación y comprobación? Y, supuesto que estemos antes potestades ¿Se trata de potestades de ejercicio obligatorio o simplemente discrecional?

A nuestro entender la disyuntiva carece de consistencia.

El artículo 16.1 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, confiere una potestad a la Administración tributaria en ausencia de la cual la valoración de la operación vinculada por el valor normal de mercado, y sus consiguientes efectos, no serían posibles, habida cuenta que la base imponible se determina a partir del resultado contable, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.3 de la citada ley. Pero del ejercicio de la potestad se derivará una valoración, con los consiguientes efectos en la determinación de la base imponible, y esa valoración debe ser la correspondiente al valor normal de mercado.

Estamos ante una potestad cuyo ejercicio tiene por objeto la asignación de un valor, el valor normal de mercado, a una determinada operación, de lo que se derivan importantes consecuencias en orden a la formación de la base imponible de las partes vinculadas. Así, podríamos entender que estamos ante una norma de valoración que sólo se aplica como consecuencia del ejercicio de una potestad administrativa, o ante una potestad administrativa que desemboca en la aplicación de una norma de valoración. En consecuencia, la disyuntiva entre potestad y norma de valoración no es correcta. Existe una potestad y también una norma de valoración, jurídicamente relacionadas en la forma expuesta.

La norma de valoración se aplica como consecuencia del ejercicio de una potestad administrativa. Por tanto el sujeto pasivo no podrá valorar la operación por el valor normal de mercado a los efectos de determinar la base imponible respecto de la que calculará la deuda tributaria que será consignada en la declaración correspondiente, ni siquiera cuando, atendidas las circunstancias, lo previsible es que la Administración tributaria ejercite la potestad. El poder de modificar el contenido de la relación jurídico-tributaria a través de la aplicación de una norma de valoración se configura mediante el ejercicio de una potestad, y ésta sólo puede ser ejercitada por la Administración, en este caso, la tributaria.

El artículo 16.1 de la Ley 43/1995 dibuja perfectamente la figura de la atribución de una potestad a la Administración tributaria, que, como es sabido, es la expresión del principio de legalidad. Ahora bien, la potestad confiere un poder jurídico a la Administración tributaria que procede directamente del ordenamiento jurídico y que sólo ella está habilitada para ejercer. Frente a la potestad los particulares, en este caso los sujetos pasivos, no tienen deber alguno, sino que se hallan en una situación de sujeción abstracta en cuya virtud deberán soportar que la relación jurídico-tributaria sufra las correspondientes modificaciones derivadas del ejercicio de aquélla.

Del ejercicio de la potestad pueden surgir modificaciones de la base imponible determinantes de aumentos o disminuciones de la deuda tributaria, pero en ningún caso el sujeto pasivo está investido de un deber o una obligación. Éstos surgirán del ejercicio de la potestad, pero no de la situación de sometimiento a la potestad². De aquí que el sujeto pasivo no esté obligado a valorar las operaciones vinculadas por su valor normal de mercado, ni aun cuando, como ya hemos apuntado antes, las circunstancias concurrentes indiquen que la Administración tributaria procederá a efectuar dicha valoración. Podrá, o no, ser criticable la regulación que el artículo 16.1 de la Ley 43/1995 ha efectuado de las operaciones vinculadas, de manera tal que, para algunos, la valoración por el valor normal de mercado hubiera debido continuar a modo de obligación a cargo del sujeto pasivo correspondiendo a la Administración tributaria la comprobación del cumplimiento de esa obligación, en tanto que, para otros, la nueva regulación habrá supuesto una mejora, pero lo que nos parece bastante claro es que el sujeto pasivo que formula su declaración aplicando el valor normal de mercado infringe la norma, porque la misma ni le obliga ni le da derecho a así hacerlo.

En cuanto a la obligatoriedad, para la Administración tributaria, del ejercicio de la potestad nos parece que se trata de una cuestión más propia de la teoría general del Derecho Administrativo que del Derecho Tributario. La doctrina administrativa ha venido señalando que puesto que las potestades administrativas se confieren a la Administración en orden a servir con objetividad a los intereses generales, por mandato del artículo 103 de la Constitución, la misma estará obligada al ejercicio de aquellas potestades cuando así lo exija el interés general, lo que viene a significar que el ejercicio de las potestades es inherente a la propia existencia de la Administración.

El interés legítimo de carácter general para cuya consecución otorga el artículo 16.1 de la Ley 43/1995 la potestad a la Administración tributaria de valorar las operaciones vinculadas por el valor normal de mercado es impedir que la utilización de precios de transferencia determinen una merma de tributación o un diferimiento de la misma. Pues bien, la Administración tributaria no puede declinar la consecución de tal interés general, absteniéndose de hacer uso de la potestad. El no ejercicio de la potestad vendría a suponer que la Administración tributaria infringe la obligación que le incumbe de servir con objetividad a los intereses generales.

² Para redactar este epígrafe se ha tomado en consideración el Capítulo VII del Tomo I del *Curso de Derecho Administrativo* de E. GARCÍA DE ENTERRÍA.

No se necesita, por tanto, acudir a preceptos constitucionales relativos a los tributos, como es el 31.1, sino que basta trasladar a nuestro campo las elaboraciones doctrinales de los administrativistas para llegar a la conclusión de que el ejercicio de la potestad que venimos examinando es obligatorio para la Administración tributaria.

En este sentido, cuando el artículo 16.1 establece que la Administración tributaria «...podrá valorar...», no debemos entender que aquélla es libre para decidir si aplica o no la norma de valoración del valor normal de mercado, sino que se le atribuye una potestad que debe ejercitar cuando se produzcan los supuestos determinantes de la misma. Tal vez hubiera sido más oportuno que la norma hubiera empleado una expresión más radical, como, por ejemplo, «...deberá valorar...», pero una vez que la naturaleza de la misma, en cuanto creadora de una potestad, queda perfectamente clara, no creemos que sea dudoso que su ejercicio deba acomodarse a las reglas generales. Por otra parte, en la propia Ley General Tributaria encontramos ejemplos de utilización de ambas expresiones en sentido equivalente (artículo 109 LGT).

Cuestión diferente es que estemos ante una potestad reglada o discrecional. La doctrina administrativista distingue entre ambos tipos de potestades en función del grado de concreción legal de la potestad. Si la norma determina exhaustivamente los elementos integrantes de la potestad estamos ante una potestad reglada, y si remite al criterio de la Administración alguno de los elementos ante una potestad discrecional, de donde se infiere que la discrecionalidad existe porque así lo prevé el propio legislador. Basta una lectura superficial del artículo 16.1 de la Ley 43/1995 para comprender que estamos ante una potestad reglada, ya que los supuestos de hechos que habilitan su ejercicio y las consecuencias jurídicas del mismo están perfectamente definidos en dicho precepto. Es verdad que el valor normal de mercado, que es, en definitiva, lo que se determina mediante el ejercicio de la potestad, no puede ser fijado por aplicación exclusiva de lo previsto en el artículo 16 de la Ley 43/1995, sino que es preciso realizar una indagación, técnica y económica, en los mercados concernidos al objeto de concretar dicho valor, de manera tal que la Administración tributaria deberá realizar una actividad que va más allá de subsumir el supuesto de hecho bajo una norma legal, produciendo la oportuna liquidación, y procurando con ello la aplicación de las normas tributarias. La Administración tributaria deberá estimar el valor normal de mercado, pero en dicha actividad no hay discrecionalidad, porque, además de que debe hacerlo aplicando los métodos previstos en el apartado 3 del citado 16, aquélla carece de la libertad de elegir entre diversas alternativas. El ejercicio de la potestad de valoración debe llevar a determinar el valor normal de mercado, que por definición es único y excluyente, por más que, en no pocos casos, los procesos técnico-económicos de determinación del mismo ofrezcan un abanico de valores. Ante los mismos la Administración tributaria no puede elegir en función de una cierta percepción del interés social, sino que debe limitarse a declarar como valor de mercado un único valor, que no ha escogido, sino determinado. Valor normal de mercado sólo hay uno, de la misma manera que la aplicación de un concepto jurídico indeterminado permite solamente una situación justa y no una pluralidad de soluciones justas.

De acuerdo con lo expuesto, podemos sentar las siguientes conclusiones:

- Que el artículo 16.1 de la Ley 43/1995 contiene una potestad reglada.

- Que como consecuencia del ejercicio de dicha potestad se determina el valor normal de mercado.
- Que el ejercicio de la potestad es obligatorio para la Administración tributaria.
- Que el sujeto pasivo no puede, ni debe determinar el valor normal de mercado.

La consecuencia más importante de la naturaleza de la norma prevista en el artículo 16.1 de la Ley 43/1995 es que el sujeto pasivo debe determinar la base imponible, a los efectos de formular la declaración y de practicar la autoliquidación a que se refieren los artículos 142 y 143 de la referida ley, tomando en consideración el valor efectivo de la operación vinculada y no el valor normal de mercado.

Sabido es que la gestión de los tributos, a través del sistema de retenciones, pagos fraccionados y autoliquidaciones está confiado en gran parte a los propios sujetos pasivos, limitándose la Administración tributaria a una función de control realizada con posterioridad a la actividad tributaria de los mismos. En este sentido, la regulación de las operaciones vinculadas supone una notable excepción, ya que los sujetos pasivos no están obligados por la misma, excepto si la Administración tributaria ejercita la potestad de valorar la operación vinculada por el valor normal de mercado.

La innovación es importante, y descifrar las causas de la misma reviste un cierto interés. A nuestro entender pueden citarse las siguientes:

- La acusada conflictividad suscitada por la regulación contenida en la Ley 61/1978.
- La percepción de que las operaciones vinculadas sólo caben en el marco de las relaciones entre entidades pertenecientes a una misma unidad económica.
- La mundialización de los mercados y la consiguiente multiplicación de las operaciones transfronterizas.
- El sistema de deducción por doble imposición de dividendos.

La regulación de las operaciones vinculadas contenida en la Ley 61/1978 suscitó múltiples conflictos, algunos relativos a la interpretación de la norma, otros, los más, a la forma en como la Administración tributaria había procedido a la determinación del valor normal de mercado. Ya hemos hecho antes referencia a la resolución del TEAC de 10 de septiembre de 1986, relativa al denominado «ajuste bilateral», y más adelante lo haremos a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2000, relativa a las operaciones afectadas, aunque muy probablemente el grueso de la conflictividad se ha producido en el terreno práctico de la determinación del valor normal de mercado, en el que, incluso en la vía económico-administrativa, numerosos acuerdos de liquidación fracasaron, en lo esencial porque dicha determinación no se hizo tomando en consideración el mercado apropiado, lo que, dicho sea con toda claridad, en buena parte de las ocasiones encerraba una dificultad punto menos que insuperable.

Probablemente el legislador entendió que una manera de menguar la conflictividad era limitar la aplicación del valor normal de mercado. Qué duda cabe que un sistema de aplicación del valor normal de mercado que se supedita al ejercicio de una potestad reglada ha de suscitar menor número de controversias. Sin embargo, tal vez estas controversias sean más complejas, debido a la dificultad de concretar si se ha producido una menor tributación o un diferimiento de la misma en el conjunto de las partes vinculadas. En cualquier caso lo que sí parece previsible es que disminuya la conflictividad.

La regulación de las operaciones vinculadas, tanto la contenida en la Ley 61/1978 como en la Ley 43/1995, se aplica sobre un conjunto de supuestos muy amplio. Todos ellos podrían reducirse a una sola causa consistente en que la voluntad de una de las partes vinculadas o de ambas está mediatizada por otra voluntad, de manera tal que la operación vinculada no se realiza en interés de las partes intervinientes sino de una de ellas o de un tercero. Ahora bien, esta mediatización de la voluntad de una o de ambas partes vinculadas, que se manifiesta en la realización de operaciones por valor diferente al normal de mercado, puede llegar a ser contraria al ordenamiento jurídico si con ello se perjudican los derechos e intereses de terceros, en particular, de los socios minoritarios. En su grado extremo la referida mediatización de la voluntad puede tener relevancia penal en virtud de lo previsto en el artículo 291 del Código Penal, que tipifica el delito societario consistente en prevalerse de una posición de dominio para imponer «...acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la (sociedad)...». Se sigue de aquí que la inmensa mayoría de las operaciones vinculadas se producirán en el marco de entidades pertenecientes a una misma unidad económica, de manera tal que los desplazamientos patrimoniales que de aquéllas se deriven no perjudicarán a «los demás socios», debido a la estructura de la participación. Bajo esta hipótesis, tal vez quebrada en algunos casos muy conocidos por haberse sustanciado ante la jurisdicción penal, parece que el efecto más probable de la operación vinculada será desplazar rentas y patrimonios desde una a otra u otras entidades de la unidad económica, sin que de ello se derive, en principio y como regla general, una merma de la renta atribuible a la propia unidad económica. En consecuencia, una parte importante de las operaciones vinculadas será neutral, desde la perspectiva fiscal. Así debe acontecer, en teoría y como regla general, cuando las entidades que conforman la unidad económica son residentes en territorio español. Si esta hipótesis es válida, desencadenar largas y complejas controversias judiciales para que el beneficio tribute en sede de otra entidad del mismo grupo no parece que pueda suponer un objetivo irrenunciable. Por el contrario, tal vez suponga una servidumbre irreflexiva a una forma desconectada de la realidad. En efecto la realidad es la unidad económica y su manifestación externa es una pluralidad de personas jurídicas. En el fondo, la nueva regulación de las operaciones vinculadas denota que, aunque el sujeto pasivo continúe siendo, básicamente, la persona jurídica, la realidad de la unidad económica se va abriendo camino o, al menos, en determinados sectores de la regulación del impuesto se halla presente.

La libertad de movimiento de capitales y de tráfico comercial determina que las unidades económicas, es decir, los grupos multinacionales, estén compuestos por un enjambre de entidades residentes en diferentes países o territorios. Las posibilidades que se abren a la colocación del beneficio en las entidades que tributan de manera más débil son cada vez más intensas. Ahora bien, estas posibilidades aumentan si los sujetos pasivos tuvieran la obligación de practicar el ajuste por ope-

raciones vinculadas, de manera tal que pudieran generar beneficios contables en unas entidades y pérdidas en otras mediante precios de transferencia, que, sin embargo, el referido ajuste neutralizaría, a efectos fiscales. Así, por ejemplo, una entidad matriz residente en España que desea distribuir beneficios a sus socios podría inflar su resultado contable a través de precios de transferencia en operaciones con entidades no residentes, pero tal resultado contable, incluso distribuido, podría ser fiscalmente neutralizado a través del ajuste por operaciones vinculadas realizado por el propio sujeto pasivo, lo que no sucederá en el régimen de ajuste derivado del ejercicio de una potestad administrativa. También podría suceder que una entidad no residente transfiriese resultados a una entidad residente, que serían fiscalmente neutralizados a través del ajuste realizado por el propio sujeto pasivo lo que, una vez más, no sucederá en el régimen de ajuste derivado del ejercicio de una potestad administrativa, todo ello sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en un convenio para evitar la doble imposición.

Unamos a lo dicho que los grupos son dinámicos, de manera tal que, llegado el momento de presentar la declaración, las entidades que realizaron la operación podrían no estar vinculadas, de manera tal que la entidad en la que procede el ajuste negativo cumpliría de buen grado la obligación que le incumbe de aplicar el valor normal de mercado, pero para la otra entidad la práctica del ajuste positivo se mostraría menos atractiva. La valoración y aplicación del valor normal de mercado como consecuencia del ejercicio de una potestad administrativa disipa esos inconvenientes.

La última causa que, probablemente, haya animado al legislador fiscal a dejar en manos de la Administración tributaria la determinación y aplicación del valor normal de mercado deriva de que toda operación vinculada produce un desplazamiento patrimonial, de signo diverso, de manera tal que no es sólo que el resultado contable de las entidades intervinientes en la operación vinculada no responde a los hechos económicos realizados por las mismas, sino que la situación patrimonial de las referidas entidades queda afectada. Ahora bien, la práctica del correspondiente ajuste no modifica la situación patrimonial, exceptuando el propio efecto impositivo, y, sin embargo, la situación patrimonial que se deriva de la operación vinculada puede tener efectos fiscales, inmediatos o futuros, en las propias entidades y también, y muy principalmente, en sus socios. Son tan complejas estas situaciones que el ajuste derivado de la aplicación del valor normal de mercado podría agravar la irregularidad fiscal, o incluso producirla, de manera tal que la prudencia habría aconsejado depositar en manos de la Administración tributaria la determinación y aplicación del valor normal de mercado, en el ejercicio de una potestad, absolutamente reglada y de ejercicio obligado, para corregir irregularidades fiscales.

4. OPERACIONES A LAS QUE SE APLICA EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS OPERACIONES VINCULADAS

El artículo 16 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, se refiere a «...las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas...», sin especificar ningún requisito, condición o característica. Por tanto, el régimen jurídico de las operaciones vinculadas se aplicará a todo tipo de ope-

raciones, sin que tenga relevancia alguna el negocio jurídico a través del que se efectúan ni la clase de ingreso o gasto que contablemente determinan. Es lógico que así sea porque tanto las operaciones corrientes como las extraordinarias pueden ser utilizadas para transferir resultados entre personas o entidades vinculadas. A nuestro entender también en la Ley 61/1978 el régimen jurídico de las operaciones vinculadas se aplicaba a todo tipo de operaciones, ya determinasen rendimientos o incrementos de patrimonio, pero la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2000, declaró nulos de pleno derecho determinados artículos del Reglamento del Impuesto de Sociedades de 1982, en base al argumento de que aquel régimen no era aplicable a los incrementos y disminuciones de patrimonio. La sentencia sostiene dicho argumento en que «...el artículo 16, apartados 3 a 5 de la Ley 61/1978, es aplicable solamente a las operaciones vinculadas que se incardinan dentro de los componentes del hecho imponible consistentes en rendimientos de explotaciones... en cambio, la determinación de los incrementos o disminuciones de patrimonio debe hacerse de acuerdo con las normas del artículo 15 de la Ley 61/1978... (fundamento cuarto) ... es palmario que el artículo 16, se titula Valoración de ingresos y gastos, conceptos estos que constituyen el minuendo y sustraendo respectivamente en la determinación de los rendimientos... (fundamento octavo)...». ¿Son extrapolables estos argumentos a la legislación vigente, de manera tal que las operaciones determinantes de plusvalías quedarían fuera del régimen jurídico de las operaciones vinculadas? Entendemos que no, porque la Ley 43/1995 no distingue entre rendimientos e incrementos y disminuciones patrimoniales. La propia sentencia así lo da a entender cuando afirma que «...el artículo 16 de dicha Ley 43/1995, rubricado: Reglas de valoración: operaciones vinculadas, ha ampliado su ámbito de aplicación a todas las operaciones, tanto las que generan resultados ordinarios (antiguos rendimientos), como extraordinarios (antiguos incrementos o disminuciones de patrimonio)...».

Por otra parte, el argumento central de la sentencia, consistente en que los ingresos y los gastos se refieren necesariamente a los rendimientos y no a los incrementos y disminuciones de patrimonio es cuestionable, porque, de una parte, la Ley 61/1978 no establecía expresamente tal correspondencia, y de otra, y esto es importante, el artículo 189 del TRLSA califica como gastos tanto a los ordinarios como a los extraordinarios y lo propio hace con los ingresos, y bajo las rúbricas de ingresos y gastos extraordinarios cabe englobar a los incrementos y disminuciones de patrimonio, respectivamente. Esta conclusión se reafirma si tomamos en consideración que bajo las rúbricas generales de gastos e ingresos del Plan General de contabilidad se comprenden, respectivamente, las pérdidas y los beneficios de inversiones financieras y del inmovilizado material e inmaterial, conceptos estos claramente adscribibles a la categoría de incrementos y disminuciones de patrimonio.

También es, finalmente, cuestionable la conclusión a la que llega el juzgador, porque no parece que pudiera estar en el espíritu y finalidad de la norma impedir la transferencia de beneficios entre personas o entidades vinculadas mediante operaciones ordinarias y no impedirlo mediante operaciones extraordinarias.

En el marco de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, no se presentarán, presumiblemente, estas dificultades, porque al no distinguir el hecho imponible diversas categorías de rentas parece claro que el régimen jurídico de las operaciones vinculadas se aplicará a todo tipo de operaciones.

Es necesario, sin embargo, que la operación exista, es decir, que entre las partes se establezca una relación jurídica determinante de prestaciones cuyo valor es, precisamente, el que podrá ser objeto de valoración según mercado. Por esta razón, un conjunto de estrategias empresariales tendentes, incluso por motivos fiscales, a situar los resultados en las entidades del grupo que más convenga por motivos fiscales no son regularizables a través de la técnica de las operaciones vinculadas, en cuanto que no se manifiestan a través de operaciones entre entidades vinculadas. Así, las decisiones de capitalizar determinadas entidades, hacer depender a otras de la financiación ajena, realizar los proyectos de inversión en sede de una u otra entidad..., no podrán ser combatidas, aunque tengan una clara motivación fiscal, a través de la técnica de las operaciones vinculadas. Una vez más observamos que el problema de fondo reside en que el sujeto pasivo es la entidad jurídica, pero quien es y actúa en la realidad es la unidad económica.

El valor normal de mercado también se aplica a un conjunto de operaciones, se practiquen o no entre partes vinculadas, de manera tal que cuando se realizan entre partes vinculadas se presenta la cuestión de determinar la norma aplicable, aun cuando el resultado objetivo de la aplicación sea el mismo: valorar la operación por su valor normal de mercado.

Podemos clasificar las normas que determinan la aplicación del valor normal de mercado, aun en ausencia de vinculación, en las siguientes categorías:

- Relativas a las operaciones en las que no media un precio en dinero o signo que lo represente (artículo 15.2 y 3). En todas estas operaciones, o bien no existe contraprestación (operaciones a título lucrativo) o la contraprestación existente no consiste en dinero (permuta, aportaciones en especies, disolución en especie, fusión, reducción de capital en especie).
- Relativas a las operaciones efectuadas con personas o entidades residentes en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales (artículo 17.2).
- Relativas a la transmisión de participaciones sobre sociedades de mera tenencia de bienes, cuando el valor de mercado fuere inferior al valor del Impuesto sobre el Patrimonio (artículo 15.9).

En todas las operaciones anteriormente mencionadas existe un valor convenido por las partes, cuya sustitución por el valor normal de mercado se justifica por motivos diferentes. En el primer grupo de operaciones, porque el valor convenido no necesariamente responde a una oposición de intereses. En el segundo porque la opacidad de los paraísos fiscales podría ocultar la realidad de una operación entre partes vinculadas. En el tercero no hallamos una justificación convincente, pues, en efecto, sustituir el valor convenido por las partes por un valor objetivo, limitado por el valor normal de mercado, por el hecho de que la entidad sea de mera tenencia de bienes, puede conducir irreparablemente a un exceso de imposición, en la medida en que el referido valor sea superior al efectivo.

Salvando el último supuesto, tanto la Ley 61/1978 como la Ley 43/1995 han optado, acertadamente a nuestro entender, por no recurrir al valor normal de mercado con carácter general, a diferencia de la normativa precedente, contenida en el artículo 15.2 del Texto refundido de 1967, a cuyo tenor, en las transmisiones de elementos del activo «...el incremento de valor computable no deberá ser inferior a la diferencia que exista entre el atribuido en cuentas al elemento enajenado o cedido y el que realmente tenga éste en el mercado...», y decimos acertadamente, porque dicha norma se fundamenta sobre la presunción de que los contribuyentes sistemáticamente falsean el precio de las operaciones, presunción esta que, además de haber perdido el respaldo de la experiencia, difícilmente encajaría en un ordenamiento jurídico que tiene en la presunción de inocencia un pilar básico.

Lo que ahora nos ocupa es si, bajo la hipótesis de que las operaciones clasificadas en los tres grupos precedentes se realicen por personas o entidades vinculadas, deben aplicarse las normas que específicamente las regulan o las relativas a las operaciones vinculadas. A nuestro entender, respecto de las operaciones citadas en primero y segundo lugar, deben aplicarse las normas que específicamente las regulan, porque la norma especial debe prevalecer sobre la de carácter más general. Así, una aportación no dineraria se valorará por el valor normal de mercado, aunque se realice entre partes vinculadas y la valoración aplicada no hubiere determinado una menor tributación o un diferimiento de la misma. No tendría sentido aplicar el valor normal de mercado entre partes no vinculadas y respetar la valoración convenida entre partes vinculadas porque no concurren los supuestos habilitantes del ejercicio de la potestad prevista en el artículo 16.1 de la Ley 43/1995. La misma reflexión cabe hacer respecto de las operaciones relativas a paraísos fiscales, si bien en este caso estamos también ante una potestad cuyo ejercicio depende de los mismos supuestos que los contenidos en el citado artículo 16.1.

El caso de las rentas derivadas de la transmisión de la participación sobre sociedades de mera tenencia de bienes no es homologable a los otros dos. En este caso el valor convenido por las partes se sustituye, si es mayor, por el valor teórico de la entidad participada «...una vez sustituido el valor contable de los inmuebles por el valor que tendrían a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio o por el valor normal de mercado si fuere inferior...». La mención al valor normal de mercado no debe llevarnos a error. El valor de la transmisión válido a efectos fiscales no es el valor normal de mercado, sino un valor objetivo, que sólo opera si es mayor al convenido, en cuya determinación influyen dos criterios:

- El precio de adquisición de los activos de la sociedad participada, minorado, en su caso, en las correcciones valorativas contablemente reflejadas, exceptuados los inmuebles.
- Tratándose de inmuebles, el valor catastral o el comprobado por la Administración tributaria a efectos de los tributos que gravan la adquisición o el precio de adquisición, el mayor de los tres, pero con el límite del valor normal de mercado a la fecha en que se realiza la transmisión de la participación.

El valor así determinado rara vez coincidirá con el valor normal de mercado. Por lo general será inferior, aunque también podría ser superior, por ejemplo, si existieran pasivos contingentes no contabilizados o fondos de comercio negativos. No obstante, teniendo en cuenta la composición del activo de las sociedades de mera tenencia de bienes la existencia de pasivos contingentes o de fondos de comercio negativos ha de ser anecdótica, y la apelación al límite del valor de mercado de los inmuebles evitará que se aplique un valor superior al de mercado para determinar la renta. Sin embargo, lo que no está totalmente garantizado es que no se grave una renta superior a la efectivamente habida, lo cual es un defecto muy señalado.

La norma de valoración de la transmisión de la participación sobre sociedades de mera tenencia de bienes es la norma general de valoración, aunque sometida a un límite de carácter mínimo y cuando ambas partes se hallen vinculadas, aparece otra norma, la relativa a las operaciones vinculadas, que, por hallarse respecto de aquella en relación de especialidad, será la aplicable.

5. SUPUESTOS DETERMINANTES DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD

El ejercicio de la potestad para valorar por el valor normal de mercado a las operaciones concertadas entre partes vinculadas está supeditado a la concurrencia de alguno de estos dos supuestos:

- La valoración convenida hubiera determinado, considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas, una tributación en España inferior a la que hubiera correspondido por aplicación del valor normal de mercado.
- La valoración convenida hubiera determinado, considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas, un diferimiento de la tributación en España por relación a la que hubiere correspondido por aplicación del valor normal de mercado.

Ambos supuestos muestran con claridad que el objetivo del régimen jurídico de las operaciones vinculadas no es que cada entidad soporte el impuesto que verdaderamente le corresponde en función del principio de independencia, es decir, de acuerdo con los hechos económicos realizados por la misma en condiciones de mercado, sino el más modesto, pero no exento de realismo, de impedir que los precios de transferencia perturben la recaudación. En un sentido más profundo, hay en tal planteamiento un reconocimiento implícito de que la realidad es la unidad económica, el grupo de sociedades, y no las entidades que lo integran aisladamente consideradas. Pero, por encima de todo, destaca el carácter protector de los intereses de la Hacienda Pública, de manera tal que ya no serán posibles situaciones tributarias como la juzgada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1989, a cuyo tenor el artículo 16 de la Ley 61/1978 obligaba a estimar tanto los ingresos como los gastos con arreglo a los precios de mercado aunque de ello se pudieran derivar «...efectos de traslación o de evasión impositiva que a juicio de la apelante puedan lograr las sociedades vinculadas cuando pertenezcan a soberanías fiscales diferentes con presiones tributarias distintas...».

Corresponde a la Administración tributaria determinar si se ha producido el hecho de la tributación inferior o el diferimiento de la tributación. Lo normal será que dicha determinación se produzca dentro del procedimiento de comprobación de alguno o algunos de los sujetos pasivos vinculados, pues no parece que, dada la complejidad de tal determinación, la regularización de la situación tributaria pueda producirse en virtud de una liquidación provisional del artículo 123 de la Ley General Tributaria. Como todo hecho deberá quedar suficientemente acreditado, y los sujetos pasivos afectados podrán combatirlo aportando las pruebas que estimen pertinentes. Como quiera que, de acuerdo con lo expuesto, el hecho de la menor tributación o el diferimiento de la misma quedarán probados en el procedimiento de comprobación relativo a una parte vinculada, y dichos hechos afectan a las otras partes vinculadas respecto de las cuales haya de surtir efecto la valoración por el valor normal de mercado, parece congruente que en el procedimiento de comprobación que verse sobre las mismas deberá incorporarse el material probatorio correspondiente a los citados hechos.

5.1. Tributación inferior en España.

Para determinar la tributación inferior ha de procederse a una comparación entre la tributación efectiva y la que hubiera correspondido por aplicación del valor normal de mercado a la operación vinculada. Pero para hacer dicha comparación es preciso, previamente, concretar los elementos que deben ser tomados en consideración: tributos, sujetos pasivos y períodos impositivos.

En cuanto a los tributos nada establece la norma, pero es fácil colegir que únicamente serán aquellos cuya deuda tributaria puede variar en función del valor que, a efectos fiscales, se aplique a las operaciones realizadas. Estos tributos son el Impuesto sobre Sociedades, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el Impuesto sobre la Renta de los no Residentes. En los impuestos que gravan el patrimonio o su desplazamiento, la valoración por el valor normal de mercado de las operaciones vinculadas no tiene incidencia, aunque precisamente la operación vinculada pueda encubrir una donación, y ello porque la referida valoración carece de efectos patrimoniales, es decir, no impide la transmisión encubierta de patrimonio. La valoración por el valor normal de mercado no modifica la situación patrimonial creada por la operación vinculada realizada a valor diferente al de mercado.

La tributación inferior ha de producirse en España, de manera tal que, en principio, la evasión de impuestos extranjeros a través de una operación vinculada en la que hubiesen intervenido personas o entidades sujetas a los tributos anteriormente mencionados es indiferente. No obstante, innecesario es decir que las normas de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, se entiendan sin perjuicio de lo previsto en «...los tratados y convenios internacionales que hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno, de conformidad con lo previsto en el artículo 96 de la Constitución española» (artículo 3 Ley 43/1995, de 27 de diciembre), de manera tal que no puede descartarse la corrección por operaciones vinculadas en aplicación de un convenio, aunque no concurra el supuesto de hecho de la menor tributación en España.

En cuanto a los sujetos pasivos afectados, la norma se refiere al «...conjunto de las personas o entidades vinculadas...». La expresión legal no sólo comprende a las personas o entidades que han realizado la operación vinculada, sino también a otras personas o entidades vinculadas con las mismas, esto es, al conjunto integrado por todas las personas o entidades que, vinculadas con las que realizaron la operación, hubieran quedado fiscalmente afectadas por dicha operación. No obstante, por lo común, tan sólo quedarán afectadas las personas y entidades que fueron parte en la operación vinculada.

Finalmente, en cuanto a los períodos impositivos nada especifica la norma, pero si consideramos que el objetivo de la misma es evitar perjuicios recaudatorios, parece lógico entender que serán todos aquellos en los que la operación vinculada pueda surtir efectos, y no tan sólo aquel en el que se ha realizado.

Una vez concretados los impuestos concernidos, los sujetos pasivos a considerar y los períodos impositivos afectados, la Administración tributaria debe comparar el resultado de dos conjuntos de liquidaciones: la efectivamente producida y la que se hubiere producido por aplicación del valor normal de mercado, de manera tal que si ésta es más elevada habrá quedado demostrada la menor tributación en España. Los supuestos que pueden presentarse son muy variados, pero podemos citar, entre otros:

- Transferencias de rentas al extranjero.
- Transferencias de rentas a entidades con bases imponibles negativas susceptibles de compensación.
- Transferencias de rentas a entidades que tributan a tipos especiales reducidos.
- Transferencias de rentas a entidades que tributan en regímenes especiales privilegiados por relación con el general.
- Transferencias de rentas a entidades que disfrutan de beneficios fiscales para cuyo aprovechamiento necesitan obtener importantes beneficios.
- Transferencias de rentas a socios, personas físicas, que tributan a tipo de gravamen inferior al del Impuesto de Sociedades.

Un supuesto especial es aquel en el que una de las partes vinculadas tributa con arreglo a normas forales. Puesto que el artículo 16.1 de la Ley 43/1995 se refiere a la tributación en España, y no especifica que el sujeto activo de la imposición sea la Administración del Estado, debemos entender que el Impuesto sobre Sociedades y el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de las Diputaciones forales determinan tributación en España. Por tanto, para ejercitar la potestad a que se refiere el artículo 16.1 de la Ley 43/1995, en particular para determinar el supuesto de la menor tributación en España, deberán tomarse también en cuenta los impuestos forales. De aquí se sigue que

una operación vinculada que tenga por efecto desplazar resultados desde una a otra jurisdicción fiscal solamente podrá ser valorada por el valor normal de mercado si de ello se deriva una menor tributación en el conjunto de las partes vinculadas tomando en consideración tanto la tributación del Estado como la foral.

5.2. Diferimiento de la tributación.

Para determinar si existe diferimiento en la tributación deberá efectuarse un proceso análogo al que hemos expuesto en relación con la menor tributación, sólo que aquí se trata de comparar la dimensión temporal de los tributos y no su cuantía.

Es claro que tanto en el caso de la menor tributación como en el del diferimiento de la misma, por lo común se presentarán pequeñas diferencias entre los dos términos de la comparación, y que, de acuerdo con lo expuesto, cuando la diferencia representase perjuicio tributario, la Administración tributaria debería ejercitar la potestad. Ahora bien, de acuerdo con lo previsto en el artículo 103 de la Constitución, la Administración Pública «...sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia...», y el artículo 3.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que las Administraciones Públicas deben actuar según «...los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos». No sería ni eficaz ni eficiente, ni se serviría correctamente a los ciudadanos si una diferencia inapreciable en el contexto de la situación tributaria global desencadenase el ejercicio de la potestad, pues de ello podrían derivarse unos costes superiores al importe de la recaudación adicional. Por eso lo conveniente sería que en estos supuestos la potestad no se ejercitase. En definitiva, la riqueza de situaciones requiere, para su recto encauzamiento, un cierto margen de apreciación, por muy reducido que éste sea. De hecho en el procedimiento de comprobación así viene sucediendo desde sus orígenes, sucede en la actualidad y continuará sucediendo ya que dicho procedimiento consiste, finalmente, en un conjunto de relaciones entre personas.

6. CONSECUENCIAS DE LA VALORACIÓN COMO RESULTADO DEL EJERCICIO DE UNA POTESTAD

6.1. Obligación tributaria a la que pertenece la deuda tributaria derivada de la valoración.

El apartado 1 del artículo 16 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, fue enmendado en el procedimiento legislativo para incorporar el actual párrafo segundo y el inciso relativo al plazo de prescripción en el primero.

El precepto contenido en el segundo párrafo, cuya lectura no resulta del todo sencilla, solamente tiene por objeto clarificar que la deuda tributaria derivada de la valoración de la operación vinculada por el valor normal de mercado corresponde a la obligación tributaria relativa al período impositivo en el que se realizó la operación vinculada. No es necesario decir que el precepto sólo contempla a la obligación tributaria del sujeto pasivo cuya prestación aumenta debido a la corrección de la valoración.

A nuestro entender la norma puede ser útil, aunque tal vez no del todo necesaria, porque la única posibilidad lógica es que la mayor deuda tributaria derivada de la valoración por el valor normal de mercado corresponda a la obligación tributaria que nace del hecho imponible en el que se integran las rentas fruto de la operación vinculada. Habitados al sistema de declaración-liquidación, tal parece que aquella deuda a la que el sujeto pasivo no queda obligado en función de la operativa de dicho sistema pudiera ser una deuda tributaria diferente, de manera tal que el legislador se apresura a clarificar que esto no es así. La deuda tributaria derivada de la valoración por el valor normal de mercado, definida y cuantificada a través del previo ejercicio de una potestad administrativa reglada una vez transcurrido el plazo de declaración-liquidación, forma parte de la deuda tributaria de la obligación tributaria que corresponde al período impositivo en que tuvo lugar la operación vinculada. Pero, en rigor, ésta es, como hemos dicho antes, la única posibilidad lógica. ¿A qué otra obligación tributaria podría referirse esa deuda tributaria? ¿Quizás a la correspondiente al período impositivo en el que se ejercita la potestad? ¿Quizás se trata de una deuda tributaria autónoma que nace del ejercicio de la potestad?

La respuesta a ambas interrogaciones debe ser negativa. Sencillamente porque la obligación tributaria nace de la realización del hecho imponible, de acuerdo con lo previsto en el artículo 28 de la Ley General Tributaria, y el hecho imponible del Impuesto sobre Sociedades integra la renta derivada de una multiplicidad de operaciones, entre ellas las vinculadas, de manera tal que la deuda tributaria derivada de la valoración efectuada tras el ejercicio de la potestad necesariamente ha de corresponder a la obligación tributaria del período impositivo en el que se realizaron las referidas operaciones. No hay otra posibilidad lógica, y el legislador se limita a explicitarla.

Superflua o no, la aclaración del segundo párrafo del artículo 16.1 de la Ley 43/1995 es acertada: la deuda tributaria resultante de la valoración administrativa corresponde al período impositivo en el que se realizaron las operaciones vinculadas. De esta manera, la deuda tributaria derivada de la valoración administrativa se configura como parte de la deuda tributaria correspondiente a la obligación tributaria del período impositivo en el que se realizó la operación vinculada. No obstante, en ciertos supuestos la valoración por el valor normal de mercado surte efectos en un período impositivo posterior a aquel en que se realizó la operación vinculada, de manera tal que, siguiendo la lógica de la estructura de la obligación tributaria, la deuda tributaria derivada de la valoración es parte de la deuda tributaria correspondiente al período impositivo en que se produjeron los efectos. Ciertamente que se tratarán de supuestos excepcionales, porque lo normal será que la transferencia de resultados se produzca ya en el período impositivo en el que se realiza la operación vinculada, y es sobre este supuesto normal sobre el que se construye el texto legal.

Seguidamente estudiamos las consecuencias de considerar la deuda tributaria resultante de la valoración administrativa como parte de la deuda tributaria del período impositivo en el que produjo la operación vinculada.

6.2. Prescripción.

El párrafo que venimos comentando imputa la deuda tributaria resultante de la valoración administrativa al período impositivo en el que se realizaron las operaciones vinculadas «... a todos los efectos, incluido... el cómputo del plazo de prescripción...». La deuda tributaria resultante de la valoración administrativa se liquida cuando se ejercita la potestad tributaria, pero como quiera que pertenece a la obligación tributaria de un período impositivo anterior habrá de estarse al día en que finalice el plazo reglamentario para presentar la declaración correspondiente a dicho período impositivo en lo que concierne a la fijación del día en que empieza a correr el período de prescripción.

Una vez más podemos constatar que el texto legal es congruente con la estructura de la obligación tributaria. En efecto, la valoración determina una deuda tributaria que es parte de la deuda tributaria de la obligación tributaria que corresponde al período impositivo en que se realiza la operación vinculada, de manera tal que habrá de estarse a las circunstancias de dicha obligación para determinar la prescripción. Si el plazo de prescripción de la misma queda interrumpido, la interrupción también tendrá efectos en relación con la potestad de valoración, y si la referida obligación prescribe, la potestad de valoración no podrá ejercitarse. En suma, la potestad de valoración sigue la suerte, a efectos de la prescripción, de la potestad de comprobación que versa sobre la obligación tributaria del período impositivo en el que se realizó la operación vinculada. Así, si el ejercicio de la potestad de comprobación ha prescrito, la potestad de valoración no podrá ejercitarse.

Nótese que, de acuerdo con el esquema precedente, el ejercicio de la potestad no prescribe, sino que no será jurídicamente viable cuando haya prescrito el ejercicio de la potestad de comprobación.

6.3. Intereses de demora.

También refiere el párrafo segundo del artículo 16.1 de la Ley 43/1995 el cálculo de los intereses de demora «...al período impositivo en el que se realizaron las operaciones con personas o entidades vinculadas». Esta regla, nuevamente, es consecuencia de la estructura de la obligación tributaria.

El artículo 61.2 de la Ley General Tributaria vincula el devengo de los intereses de demora al vencimiento del plazo para el pago de la deuda tributaria. Puesto que el sujeto pasivo no está obligado a ingresar la deuda tributaria resultante de una valoración que sólo puede efectuar la Administración

tributaria, podría entenderse que el segundo párrafo del artículo 16.1 de la Ley 43/1995 implica una excepción al artículo 61.2 de la Ley General Tributaria. Pero también podría entenderse que la obligación de pagar dicha parte de la deuda tributaria vence cuando lo hace la obligación de pagar la deuda tributaria correspondiente a la obligación tributaria del período impositivo en el que se realizó la operación vinculada, si bien tal obligación de pago queda en suspenso mientras la Administración tributaria no ejercite la potestad de valoración. La obligación de pagar está vencida, pero no puede cumplirse porque está supeditada al cumplimiento de una condición, a saber, el ejercicio de la potestad de valoración. Desde la perspectiva de la existencia de una obligación de pago vencida, pero supeditada al ejercicio de la potestad de valoración, no cabría apreciar contradicción alguna entre los dos preceptos mencionados.

La deuda tributaria derivada de la valoración administrativa nace de la realización del hecho imponible y debe pagarse cuando venza la obligación tributaria correspondiente a dicho hecho imponible, es decir, cuando vence el plazo establecido para declarar, pero el referido pago queda en suspenso, pendiente de que la Administración tributaria verifique si se han producido los supuestos de hecho determinantes del ejercicio de la potestad de valoración, efectúe la valoración, y dicte el correspondiente acto administrativo.

Sea cual fuere la relación entre el artículo 61.2 de la Ley General Tributaria y el 16.1 de la Ley 43/1995, lo cierto es que los intereses de demora deben liquidarse desde el día en que venció el plazo para declarar la obligación tributaria del período impositivo en que se realizó la operación vinculada y efectuar el ingreso de la deuda tributaria correspondiente a dicha obligación.

6.4. Infracciones y sanciones.

La práctica totalidad de la doctrina entiende que la deuda tributaria derivada de la valoración administrativa no deberá soportar una sanción. El argumento básico es que el sujeto pasivo no realiza la conducta tipificada como infracción en el artículo 79 de la Ley General Tributaria. En efecto, puesto que el Impuesto sobre Sociedades se rige por el sistema de declaración-liquidación, la conducta típica, dejando al lado las de carácter residual, consiste en «dejar de ingresar dentro de los plazos reglamentariamente señalados la totalidad o parte de la deuda tributaria...». Pues bien, esta conducta típica no podría realizarla quien no está obligado a ingresar la deuda tributaria sino una vez que, tras el ejercicio de la potestad de valoración, se produce el acto de liquidación consecuente a la valoración administrativa. La ausencia de tipicidad excluye la existencia de infracción.

El argumento de la ausencia de tipicidad, como decimos, ha sido esgrimido por la práctica totalidad de la doctrina, lo que prueba su consistencia.

Cuestión diferente es si, desde la perspectiva ontológica, las conductas que, a través de la técnica de las operaciones vinculadas, determinan una deuda tributaria inferior a la que se deriva de la regularización administrativa, son o no merecedoras de sanción. A nuestro modo de ver la respues-

ta depende de los fines deliberadamente perseguidos por el sujeto pasivo. Si a través de la operación vinculada ha pretendido eludir el pago del tributo, la conducta es merecedora de sanción, y no lo será si tal finalidad es inexistente. Pero, aunque concurra una voluntad de eludir el pago del tributo, si no se realiza el tipo de la infracción ésta no existe.

Únicamente podría entenderse realizada la acción tipificada en el artículo 79 de la Ley General Tributaria si se entendiera que la deuda tributaria derivada de la valoración administrativa no ha sido ingresada por el contribuyente dentro de los plazos reglamentariamente señalados. Y, entonces, la pregunta es la siguiente: ¿Estaba obligado el contribuyente a realizar el ingreso de dicha deuda tributaria, dentro del plazo de declaración de la obligación tributaria? Caben dos respuestas a esta interrogante. La primera, sería negativa: puesto que el contribuyente no puede realizar la valoración por el valor de mercado y liquidar la deuda tributaria correspondiente a dicha valoración, difícilmente puede entenderse que la norma ordena al contribuyente efectuar el ingreso y, en consecuencia, no se ha producido el «dejar de ingresar» del artículo 79 a) de la Ley General Tributaria. Pero también podría sostenerse la respuesta opuesta: la deuda tributaria derivada de la valoración administrativa no ha sido ingresada por el contribuyente por causa de una conducta imputable al mismo, y, en consecuencia, sí se ha producido el «dejar de ingresar» del artículo 79 a) de la Ley General Tributaria. La debilidad de esta respuesta radica en que el contribuyente no puede presentar una declaración-liquidación conforme al valor de mercado, y su fortaleza en que es precisamente la voluntad del contribuyente, al operar a precio diferente al de mercado, la que ocasiona el ingreso de una deuda tributaria inferior a la debida.

Lo que sí parece claro es que, caso de poderse apreciar la tipicidad, la infracción tributaria no podrá cometerse a título de simple negligencia, sino que se requiere la concurrencia de dolo. Se trataría de un dolo que formaría parte del tipo de la infracción.

El problema del tipo presenta matices adicionales en el delito fiscal. El artículo 305 del Código Penal define la acción típica en base a dos elementos: elusión del pago de tributos y defraudación. La defraudación es el núcleo central de la tipicidad y la elusión es la forma a través de la que se llega al resultado dañoso para el bien jurídico protegido. En términos generales, la doctrina ha venido entendiendo que la elusión del pago de tributos es aquella conducta que consiste en el incumplimiento del deber de satisfacer la deuda tributaria, y que la defraudación implica que dicha conducta tienda a engañar a la Administración tributaria. Ambos elementos de la acción típica aparecen indisolublemente ligados.

Aunque la mayor parte de las operaciones vinculadas responde a motivaciones mercantiles, no puede descartarse que en algún caso se hayan realizado con el propósito de eludir el pago del tributo y bajo circunstancias o formas idóneas para engañar a la Administración tributaria. En tal caso, cabe entender que se ha realizado la acción típica del delito fiscal.

Nótese que la acción de eludir el pago de los tributos del artículo 305 del Código Penal no puede ser estrictamente identificada con la acción de dejar de ingresar dentro de los plazos reglamentariamente señalados del artículo 79 a) de la Ley General Tributaria. La acción de la infracción

tributaria se subsume dentro de la penal, pero ésta desborda a aquélla. En suma, la elusión del pago de los tributos configura una acción más amplia que la acción de dejar de ingresar dentro de los plazos reglamentariamente señalados.

Sin embargo, el artículo 305.4 del Código Penal declara exento de responsabilidad penal a quien «...regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se la haya notificado por la Administración tributaria la iniciación de las actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias...», y, una vez más, se presenta la dificultad de que la valoración por el valor normal de mercado y la consiguiente regularización de la deuda tributaria debe efectuarse por la Administración tributaria, de manera tal que, aparentemente, el contribuyente no podría acogerse a la norma parcialmente transcrita, de donde cabría inferir que no es concebible la comisión del delito fiscal a través de la realización de una operación vinculada deliberadamente diseñada para eludir el pago del tributo de forma fraudulenta. El argumento en contra de la comisión del delito fiscal basado en el apartado 4 del artículo 305 es de peso, y del mismo podría derivarse, además, que la elusión en el pago del tributo equivale estrictamente, en los tributos recaudados mediante declaración-liquidación, a no ingresar la deuda tributaria.

Frente al argumento precedente cabría matizar que la exención de responsabilidad penal a que se refiere el artículo 305.4 del Código Penal también está al alcance de quienes habiendo realizado una operación vinculada con fines de elusión fiscal fraudulenta, deciden regularizar su situación tributaria, aunque para ello deban, previamente al ingreso de la deuda tributaria correspondiente, realizar las operaciones patrimoniales precisas para restituir la situación patrimonial y de resultados que se hubiera producido por aplicación del valor normal de mercado.

7. TRIBUTACIÓN DE LA RENTA HABIDA EN LA OPERACIÓN VINCULADA

7.1. El principio de no gravamen de una renta superior a la habida y el debate del sentido de los ajustes.

El tercer párrafo del artículo 16.1 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, establece 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, de una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las entidades que la hubieran realizado».

El precepto transcrito establece un principio general: la valoración administrativa no puede conducir a que se grave una renta superior a la efectivamente existente. Este precepto no puede entenderse sin el trasfondo, por otra parte bien conocido, del debate doctrinal y la contienda jurídica que desencadenó la regulación de las operaciones vinculadas en la Ley 61/1978, de 27 de diciembre. En

síntesis, el referido debate consistió en la pugna entre aquellos que entendieron que la valoración sólo debía surtir efecto frente a una de las partes vinculadas (ajuste unilateral) y aquellos que entendieron que la valoración debía surtir efectos frente a ambas partes vinculadas (ajuste bilateral). El debate se enriqueció con las aportaciones, más refinadas, de quienes contemplaron las operaciones vinculadas como una distribución encubierta de beneficios, y, consecuentemente, entendieron que el ajuste positivo en una de las partes (la que transfiere el resultado) no debía ir seguido del ajuste negativo en la otra parte (la que recibe el resultado), de manera tal que se acercaron a los planteamientos de la tesis del ajuste unilateral.

El artículo 16.1 de la Ley 43/1995 no tercia en el referido debate, por más que la mayor parte de la doctrina haya entrevisto el triunfo del denominado ajuste bilateral, tal vez porque se asociara el ajuste unilateral a un exceso de imposición, que es lo que prohíbe el referido precepto. Sin embargo, el ajuste unilateral no determina un exceso de imposición si, envolviendo una distribución solapada de resultados, se practicara, además, la deducción por doble imposición de dividendos.

El artículo 16.1 prohíbe que la valoración administrativa determine excesos de imposición. Esto es lo importante. Si dichos excesos van a ser evitados mediante valoraciones de carácter bilateral o unilateral acompañadas de la deducción por doble imposición, es algo que tiene una significación menor, aunque no desdeñable. El mandato del artículo 16.1 queda respetado con tal que no se grave una renta superior a la efectivamente habida. Esto es lo esencial. Ahora bien, para aplicar las leyes hay que calificar los hechos al objeto de subsumirlos bajo la norma apropiada. Pues bien, a nuestro modo de ver, el artículo 16.1 no establece una calificación de los hechos subyacentes a una operación vinculada, sino que se limita a exigir que de la valoración administrativa no derive la tributación de una renta superior a la efectivamente habida, de manera tal que el aplicador de la norma podrá realizar la calificación pertinente y aplicar la norma conforme a la misma.

La calificación de los hechos subyacentes no queda obstaculizada porque la valoración administrativa surta efectos frente a todas las partes vinculadas. Ahora bien, dichos efectos, llámense si se quiere bilaterales o plurilaterales, son un elemento que debe estar presente en la labor calificadora.

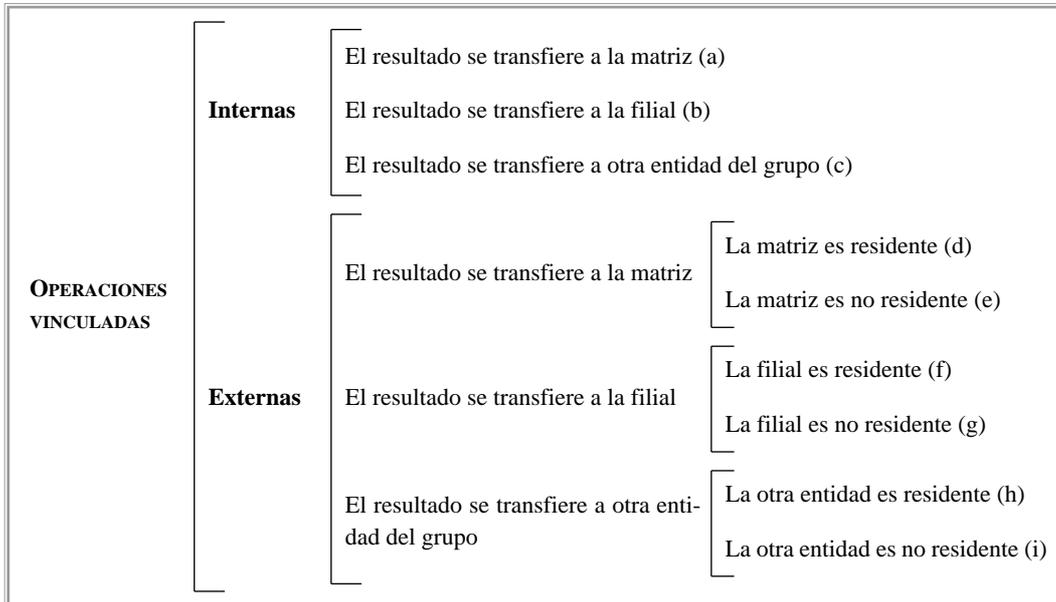
7.2. La aplicación de la norma y los denominados efectos secundarios.

Como tantas veces sucede, las etiquetas -ajuste bilateral o unilateral, efectos secundarios- impiden enfocar los problemas con claridad. La norma impone que la valoración por el valor normal de mercado no determine el gravamen de una renta superior a la efectivamente habida (artículo 16.1 Ley 43/1995), y a tal efecto extiende los efectos de la referida valoración a todas las partes vinculadas (artículo 16.1 de la Ley 43/1995 en relación con el artículo 15 del Real Decreto 537/1997), pero de ello no debe seguirse que la aplicación de la norma finaliza en las consecuencias inmediatas de aplicar la mencionada valoración. En efecto, para aplicar cualquier norma jurídica es necesario subsumir la realidad en el supuesto de hecho contemplado en la misma, y a tal fin, será necesario calificar la realidad. Pues bien, esta función aplicadora de la norma, parcialmente regulada en

el título preliminar del Código Civil, de la que se hace eco el artículo 28.2 de la LGT, no queda obstruida por el último párrafo del artículo 16.1 de la Ley 43/1995. Dentro del proceso de aplicación de la norma jurídica ocupa un lugar importante -dice PÉREZ ROYO-, la cuestión de la calificación, entendiendo por tal «...aquella operación mediante la cual se determina cómo encaja tal o cual situación concreta, de la vida real, en los límites del presupuesto de hecho abstracto o ideal definido por la norma... a ella se refiere la LGT... la calificación ha de ser establecida en función de la naturaleza jurídica de cada presupuesto de hecho... queda descartada toda referencia a la naturaleza económica del hecho imponible o a la identificación de las situaciones o relaciones económicas que efectivamente se establezcan... la verdadera naturaleza jurídica se determinará prescindiendo de la forma... las relaciones o situaciones jurídicas son lo que efectivamente son, no lo que las partes dicen que son...». En el ámbito de la imposición directa sobre la renta los hechos contemplados son los determinantes de la producción de renta, pero dicha renta, sobre todo en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en el Impuesto sobre no Residentes, pero también en ciertos casos en el Impuesto sobre Sociedades se grava de manera diferente según la fuente de donde proviene, y dicha fuente se configura a través de unos hechos, sean materiales o jurídicos. Desvelar la naturaleza de la renta o del patrimonio o capital, que a través de una operación vinculada fluye desde una parte vinculada a la otra es algo posible, aunque tal vez no siempre necesario a efectos prácticos, en el marco del artículo 16.1 de la Ley 43/1995. Desde este punto de vista el denominado efecto o ajuste secundario no es más que la consecuencia jurídica de la verdadera naturaleza de los hechos que subyacen a la operación vinculada. Más sencillamente, tal efecto no es sino el resultado de la aplicación de la norma.

Los denominados efectos secundarios de las operaciones vinculadas no son otra cosa que el resultado de la aplicación de la norma a los hechos subyacentes a la operación vinculada, y los mandatos del artículo 16.1 de la Ley 43/1995 y del artículo 15 del Real Decreto 537/1997 no entran en conflicto con las reglas generales de aplicación de las normas, sino que las orientan en base un principio absolutamente lógico -no gravamen de una renta superior a la habida- y a una consecuencia de dicho principio -el valor de mercado del bien o servicio objeto de la operación vinculada es válido para todas las vinculadas-. Es preciso distinguir entre calificación de los hechos subyacentes a la operación vinculada, valor de los bienes o servicios objeto de la misma, y principio de no gravamen de una renta superior a la habida. Los dos últimos aspectos están regulados en los artículos 16.1 de la Ley 43/1995 y 15 del Real Decreto 537/1997, el primero no, pero de ello no debe seguirse que sea inviable, sino que la ausencia de regulación se debe a que no corresponde a la Ley del Impuesto sobre Sociedades, como regla general, regular la aplicación de sus propias normas, materia esta que, como antes quedó apuntado, pertenece al título preliminar del Código Civil y que, por su especial trascendencia en el ámbito tributario, ha recibido específica regulación en la Ley General Tributaria. Dicho esto, seguidamente veremos que la calificación de los hechos sólo reviste interés práctico tratándose de operaciones con no residentes, porque en las operaciones puramente internas los resultados prácticos de la calificación se logran igualmente en ausencia de la misma.

Podemos establecer una clasificación de las operaciones vinculadas desde diferentes puntos de vista, pero la más convincente a los efectos del estudio de la calificación de los hechos es la que toma como variables a la residencia de las partes vinculadas y a la relación entre ambas.



De los nueve supuestos contemplados, los señalados con las letras (d), (f) y (h) no motivarán, por lo general, el ejercicio de la potestad reglamentaria, porque de la valoración administrativa se derivaría una menor tributación en España.

7.2.1. Efectos secundarios en operaciones internas.

Cuando el resultado se transfiere a la matriz (a), de manera solapada, a través de la operación vinculada, los hechos constitutivos de la misma podrían calificarse como una distribución encubierta de beneficios. En efecto, la sociedad participada cede, a través de la operación vinculada, un beneficio a la sociedad matriz que se determina por la diferencia existente entre el valor normal de mercado y el valor efectivo del bien o servicio objeto de la operación. Ya el Texto Refundido del Impuesto sobre las Rentas del Capital de 1967 establecía que «En los casos de enajenación de los efectos u otros elementos del activo tendrá la consideración de beneficio distribuido la parte del incremento de valor computado en el Impuesto sobre Sociedades determinada por la diferencia que, en su caso, exista entre el valor de enajenación contabilizado y el que realmente tenga en el mercado el elemento enajenado o cedido», regla esta que se aplicaba cualesquiera que fueran las personas o entidades intervinientes en la transmisión, de manera tal que, con mayor motivo, cuando estuvieran en relación matriz-filial y el beneficio acreciera a la entidad matriz. El referido artículo 17 dio rango legal a una calificación que la experiencia averbaba correcta en la mayor parte de los casos en particular cuando la relación entre las partes intervinientes en la transmisión era la de matriz-filial.

Pues bien, en el proceso de aplicación de la norma fiscal, podrían llegarse a calificar los hechos subyacentes a una operación vinculada en cuya virtud se produjera una transferencia de resultados desde la sociedad filial a la matriz, como distribución de beneficios, debido a que la operación vinculada es el cauce a través del cual el socio obtiene el «lucro repartible», de manera tal que mediante la misma se habría logrado el mismo efecto práctico que el que podría haberse obtenido operando a precios de mercado para determinar un resultado contable que posteriormente sería objeto de distribución. En esa identidad de resultados prácticos reside la posibilidad de calificar los hechos subyacentes a la operación vinculada como distribución de dividendos. En tal caso, las consecuencias serían las siguientes:

- La sociedad filial sufriría un aumento de la base imponible equivalente a la diferencia entre el valor administrativo y el valor efectivo, del bien o servicio transmitido o prestado, o en su caso, de la diferencia inversa tratándose de bienes o servicios adquiridos.
- La sociedad matriz tendría derecho a la deducción por doble imposición de dividendos, sobre el importe de la diferencia anterior, generalmente plena, teniendo en cuenta que en los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socio-sociedad, la participación deberá ser igual al 5 por 100.

El efecto práctico de la regularización descrita es, en términos generales, el mismo que se obtiene mediante la simple sustitución del valor efectivo por la valoración administrativa. Decimos en términos generales porque, debido a la complejidad de la liquidación del Impuesto sobre Sociedades, no siempre surtiría el mismo efecto una disminución en la base imponible que una deducción de la cuota. La conclusión a la que llegamos es que la calificación como distribución de resultados no producirá, en términos generales, una diferencia práctica apreciable respecto de la de ausencia de calificación, de manera tal que lo más probable es que la Administración tributaria se limite a practicar las regularizaciones que se derivan de la simple sustitución del valor efectivo por el valor de mercado.

Cuando el resultado se transfiere a la filial (b), de manera solapada, a través de la operación vinculada, los hechos constitutivos de la misma podrían calificarse como una aportación de capital. En tal caso no estaríamos tanto ante una transferencia de resultados cuanto de capital. Las consecuencias serían las siguientes:

- La sociedad filial sufriría una disminución de la base imponible equivalente a la ventaja patrimonial recibida, medida por la diferencia entre el valor de mercado y el valor efectivo del bien o servicio adquiridos, o en su caso, de la diferencia inversa tratándose de bienes y servicios transmitidos. Esa diferencia tendría la consideración de aportación del socio, a efectos fiscales.
- La sociedad matriz aumentaría, a efectos fiscales, el valor de adquisición de la cartera de valores, y la base imponible en el mismo importe.

Al igual que sucedía en el caso (a) llegamos, en términos generales, al mismo resultado práctico que el derivado de sustituir, pura y simplemente, el valor efectivo por el valor administrativo, de manera tal que, probablemente, la Administración tributaria rehusará entrar en la complicada senda de la calificación como aportación de capital y transitar por la más imperfecta, pero más sencilla, de limitarse a sustituir el valor efectivo por el valor normal de mercado.

Finalmente, cuando el resultado se transfiere entre sociedades filiales (c), los hechos subyacentes a la operación vinculada no pueden calificarse en función de la *causa societatis* de un contrato de sociedad que relacione a ambas sociedades, ya que el mismo no existe, sino en función de la relación societaria en la que, de manera directa o indirecta, dichas sociedades están ligadas con la sociedad dominante del grupo. En este supuesto aparecen conjunta y simultáneamente hechos demostrativos de la existencia de una distribución encubierta de resultados en favor de la sociedad dominante por parte de una sociedad filial y de una aportación encubierta en favor de la otra sociedad filial por parte de la sociedad dominante. Las consecuencias serían las siguientes:

- La sociedad filial que transfiere el resultado sufriría un aumento de la base imponible equivalente a la diferencia entre el valor administrativo y el valor efectivo, del bien o servicio transmitido o prestado, o en su caso, de la diferencia inversa tratándose de bienes o servicios adquiridos.
- La sociedad filial que recibe el resultado, o, más exactamente, el patrimonio, sufriría una disminución de la base imponible equivalente a la referida diferencia. Esa diferencia tendría la consideración de aportación del socio, a efectos fiscales.
- La sociedad dominante tendría derecho a la deducción por doble imposición de dividendos sobre la diferencia anterior, y, además, dicha diferencia, aumentaría, a efectos fiscales, el valor de adquisición de la cartera de valores.

Al igual que acontecía en los casos (a) y (b), llegamos al mismo resultado práctico que el derivado de sustituir, pura y simplemente, del valor efectivo por el valor administrativo, y ello nos da pie a pensar que la Administración tributaria regularizará la situación tributaria practicando exclusivamente la referida sustitución.

Los tres supuestos precedentes ponen de manifiesto que no toda operación vinculada ha de ser calificada como distribución encubierta de beneficios, sino que igualmente cabe la aportación encubierta de capital y la combinación de ambas, y también que, en términos generales, la regularización consistente en la simple aplicación del valor administrativo frente a ambas partes vinculadas determina los mismos efectos que la regularización consecuente a la previa calificación de los hechos. Nótese que ambas regularizaciones parten de un hecho básico, a saber, que la operación se ha realizado por un precio diferente al valor normal de mercado, y ambas, en el fondo, no hacen sino determinar las deudas tributarias que se hubieran producido en caso de haberse realizado la operación vinculada por su valor normal de mercado. Ya hemos puesto de manifiesto que, desde nuestro punto

de vista, ambos enfoques son posibles, y también que todo apunta a que la Administración tributaria aplicará la regularización más sencilla, es decir, la consistente en sustituir el valor efectivo por el valor normal de mercado. Aparentemente esta regularización es la menos técnica, porque prescinde de la calificación de los hechos, pero este juicio debería ser matizado. En efecto, si consideramos que el sujeto pasivo del Impuesto de Sociedades son las personas jurídicas, comúnmente las sociedades, entendemos muy apropiadas unas calificaciones que están basadas en las relaciones jurídicas propias del contrato de sociedad, pero si nos situamos en un plano diferente, y desde el mismo contemplamos críticamente la consideración de la persona jurídica como sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, tal vez lleguemos a la conclusión contraria. Ya apuntamos al comienzo de nuestra exposición que la realidad económica apunta a que el sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades no debería ser la sociedad sino el grupo a la que la misma pertenece, pues sólo éste responde a una realidad, en tanto que la persona jurídica es una creación formal que, muchas veces, desfigura la realidad. Desde esta posición pierde toda su fuerza lógica la labor calificadora basada, precisamente, en la *societatis causa*, y, por el contrario, la gana la mera corrección de valor de la operación con efecto frente a ambas partes vinculadas.

Ninguna de las dos regularizaciones que entendemos posibles puede modificar la situación patrimonial derivada de la operación vinculada. Así, en el supuesto de transferencia de resultados desde la sociedad filial a la matriz, dichos resultados tributarán en sede de la sociedad filial y no tributarán en sede de la sociedad matriz, pero estarán en su balance, y en el caso de transferencia de patrimonio desde la sociedad matriz a la filial, el resultado que genera ese patrimonio tributará en la sociedad matriz, pero estará en el balance de la sociedad filial y, además, no como aportación sino como resultado. Y, en ambos casos, ese resultado se podrá distribuir, de manera tal que se plantea un problema de técnica tributaria, porque aunque el referido resultado haya tributado, no lo habrá hecho en sede de la entidad que lo distribuye.

Examinemos el caso de la distribución encubierta de resultados en favor de la sociedad matriz. La sociedad filial ha adquirido un activo de la sociedad matriz por un precio superior al valor normal de mercado, que seguidamente transmite sufriendo una pérdida. La representación contable sería la siguiente:

MATRIZ					FILIAL				
100	<i>Tesorería</i>	<i>a</i>	<i>Activo</i>	80	100	<i>Activo</i>	<i>a</i>	<i>Tesorería</i>	100
		<i>a</i>	<i>P y G</i>	20		x	x		
	x				80	<i>Tesorería</i>	<i>a</i>	<i>Activo</i>	100
					20	<i>P y G</i>			
						x	x		

Valor de mercado: 80

La regularización por simple sustitución de valor determinaría una corrección negativa en la matriz (20) y una corrección positiva en la filial (20), de manera tal que la base imponible de ambas entidades sería (0).

La regularización mediando previa calificación determinaría una corrección negativa en la filial cuya base imponible quedaría en (0) y la aplicación de la deducción por doble imposición en la matriz, sin corrección en la base imponible, lo que equivale a una base imponible (0).

Pues bien, cualquiera que sea la regularización practicada, cuando la matriz distribuya el resultado generado en sede de la misma por la operación vinculada, habrá lugar a la deducción por doble imposición de dividendos, aunque la tributación de ese resultado se produjo en sede de la sociedad filial. Nada se opone a ello, porque, tanto en el Impuesto sobre Sociedades como en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, no es condición de la deducción por doble imposición de dividendos que el resultado haya tributado en sede de la entidad que lo distribuye.

Examinemos ahora el caso de la transferencia de un patrimonio en favor de la sociedad matriz. La sociedad filial ha adquirido un activo de la sociedad matriz por un precio inferior al valor normal de mercado, que seguidamente transmite obteniendo un beneficio. La representación contable sería la siguiente:

MATRIZ				FILIAL					
80	<i>Tesorería</i>	<i>a</i>	<i>Activo</i>	80	80	<i>Activo</i>	<i>a</i>	<i>Tesorería</i>	80
_____ x _____					_____ x _____				
					100	<i>Tesorería</i>	<i>a</i>	<i>Activo</i>	80
						<i>a</i>	<i>P y G</i>		20
_____ x _____					_____ x _____				

Valor de mercado: 100

La regularización por simple sustitución de valor determinaría una corrección positiva en la matriz (20) y una corrección negativa en la filial (20), de manera tal que la base imponible de la matriz sería (20) y la de la filial (0).

La regularización mediando previa calificación determinaría una corrección positiva en la matriz (20) y un mayor valor, a efectos fiscales, de la participación sobre la filial (20), y en la filial una corrección negativa (20), y la consideración, a efectos fiscales, del resultado como aportación. Pues bien, cuando la filial distribuya el resultado, que a efectos fiscales no es tal en la regularización mediando previa calificación, entendemos que sí procede la deducción por doble imposición de dividendos en caso de haberse practicado la regularización por simple sustitución de valor, por las mismas razones que en el caso anterior, y que no procede en el caso de la regularización mediando previa calificación, porque la participación se deprecia, a efectos fiscales, cuando se distribuye el dividendo. Es claro, sin embargo, que, desde la perspectiva mercantil, se distribuye un resultado y la participación no se deprecia, de manera tal que para negar la procedencia de la deducción por doble imposición de dividendos es necesario extender los efectos de la calificación de los hechos subyacentes a la operación vinculada también a los efectos de la deducción por doble imposición de dividendos.

Ni que decir tiene que esta cadena de calificaciones, por muy ortodoxas que puedan parecer desde el punto de vista de las relaciones jurídicas del contrato de sociedad, complican notablemente la aplicación del tributo, a tal punto que hace claramente preferible la regularización por simple sustitución de valor.

7.2.2. Efectos secundarios en operaciones externas.

Así como en el supuesto de operaciones internas la regularización que toma en cuenta la calificación de los hechos que subyacen a la operación vinculada llega a los mismos resultados que la regularización consistente en sustituir el valor efectivo por el valor administrativo, e incluso esta última regularización es más sencilla desde el punto de vista del tratamiento fiscal de la distribución del resultado que nace de la operación vinculada, en el caso de las operaciones externas, es decir, aquellas en las que una de las entidades vinculadas reside en el extranjero, no se presenta esa identidad.

En efecto, cuando se produce, por causa de la operación vinculada, una transferencia de resultados a la sociedad matriz no residente, la calificación como distribución de beneficios determina la aparición del hecho imponible previsto en el artículo 12.1 d) de la Ley 41/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de no Residentes. En este caso procede la regularización basada en la calificación de los hechos subyacentes a la operación vinculada.

Este tipo de regularización procede incluso cuando la sociedad matriz resida en un país con el que España haya suscrito un convenio para evitar la doble imposición. En efecto, en los comentarios de la OCDE al artículo 9, relativo a las empresas asociadas, se hace notar que «...ninguna disposición del apartado 2 (del artículo 9), impide efectuar ajustes secundarios, cuando los mismos están autorizados por la legislación nacional de los Estados contratantes...».

Algunos comentaristas entienden, en sentido contrario, que el referido comentario de la OCDE, impediría regularizar en función de la calificación de los hechos subyacentes a la operación vinculada cuando dicha regularización no estuviese expresamente prevista en la legislación interna. Sin embargo, la palabra que utilizan los comentarios en referencia a los denominados ajustes secundarios es «autorizados» de manera tal que si, de acuerdo con las normas que rigen la aplicación del Derecho, la calificación de los hechos que subyacen a la operación vinculada puede realizarse, debemos entender autorizado el ajuste secundario. Ya dijimos anteriormente que, de acuerdo con las previsiones del Código Civil y de la Ley General Tributaria, la calificación es un elemento de la aplicación de las normas fiscales, de manera tal que, llegándose al denominado ajuste secundario a través de la calificación, nos parece que en nuestro Derecho dichos efectos secundarios están autorizados.

7.3. El procedimiento para determinar el valor normal de mercado.

El último inciso del artículo 16.1 de la Ley 43/1995, establece una remisión reglamentaria a un «...procedimiento para practicar la valoración por el valor normal de mercado». Dicho procedimiento está regulado en el artículo 15 del Real Decreto 537/1997, de 14 de abril.

7.3.1. La relación entre el procedimiento de comprobación y el procedimiento de valoración.

La existencia de este procedimiento especial plantea, de entrada, la cuestión de su relación con el procedimiento de comprobación, investigación y liquidación, en adelante procedimiento de comprobación, a que hacen referencia los artículos 109 y 140 de la Ley General Tributaria, el Capítulo V de la Ley 1/1998, y, con carácter general, el Real Decreto 939/1986. No es necesaria excesiva argumentación para entender que el procedimiento de determinación del valor de mercado regulado en el artículo 15 del Real Decreto 537/1997 está íntimamente relacionado con el procedimiento de comprobación. En efecto:

- El procedimiento de valoración se abre cuando «...la Administración tributaria haga uso de la facultad establecida en el apartado 2 del artículo 16 de la Ley del Impuesto...» (artículo 15 Real Decreto 939/1986) y la referida facultad o potestad debe ejercitarse, por regla general, en el curso del procedimiento de comprobación, como anteriormente se expuso.
- El procedimiento de valoración tiene por objeto determinar un valor que tendrá efectos en el acto administrativo de liquidación que pone fin al procedimiento de comprobación, siendo susceptible de recurso en relación con dicho acto de liquidación (artículo 15.2 Real Decreto 537/1997).

Pero aunque el procedimiento de valoración se inicie a causa del procedimiento de comprobación y los recursos que contra el acto que ponga fin al mismo deban interponerse en relación con el acto administrativo de liquidación que pone fin al procedimiento de comprobación, no por ello deja de tener una autonomía que permite deslindarlo del procedimiento de comprobación. Podrá ser considerado como un procedimiento auxiliar o incidental respecto del procedimiento de comprobación, pero no hasta el punto de diluirse en el mismo. Nótese que el procedimiento de valoración, o por mejor decir, el resultado del mismo, ha de surtir efectos, al menos, en dos procedimientos de comprobación. El procedimiento de valoración es único, autónomo en sí mismo, aunque su resultado se integra en otros procedimientos de comprobación. Las partes vinculadas son llamadas al mismo en calidad de titulares, en el sentido del artículo 3.1 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y no de interesados necesarios o interesados legítimos. Nótese, finalmente, que la autonomía del procedimiento de valoración también se pone de relieve si tenemos en cuenta que no existen tantos procedimientos de valoración cuantos procedimientos de comprobación en los que deba surtir efecto, sino tan sólo un procedimiento de valoración.

Como veremos más adelante, gran parte de las cuestiones que pueden plantearse en relación con la coordinación entre el procedimiento de comprobación y el de valoración quedan resueltas a partir de la relación que existe entre ambos.

Puesto que el procedimiento de valoración determina un valor que tendrá efectos en la conformación del acto administrativo de liquidación que pone fin al procedimiento de comprobación, para lógico entender que este último no podrá finalizar, con carácter general, antes de que lo haga aquél. Ahora bien, el procedimiento de comprobación debe realizarse en el «...plazo máximo de doce meses contados desde la fecha en que se notifique al obligado tributario el inicio de tales actuaciones hasta la fecha en que se dicte el acto administrativo que resulte de las mismas, salvo que se acuerde la ampliación de dicho plazo...» (artículo 31 del Real Decreto 939/1986, según redacción del Real Decreto 136/2000), de manera tal que se plantea el problema de la conclusión de dicho plazo antes de que concluya el procedimiento de valoración.

Diferente problema es si el propio procedimiento de valoración determina que las actuaciones revistan una especial complejidad en el sentido del artículo 29.1 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, y, en efecto, así parece que es, de acuerdo con lo previsto en el artículo 31 ter.1 del Real Decreto 939/1986, según redacción del Real Decreto 136/2000, a cuyo tenor se entiende que concurre especial complejidad «Cuando se compruebe la actividad de un grupo de personas o entidades vinculadas y dichas actuaciones requieran la realización de comprobaciones o diversos sujetos pasivos en el ámbito de diferentes Delegaciones de la Agencia Estatal de Administración Tributaria».

No creemos, sin embargo, que el procedimiento de valoración pueda constituir un caso de interrupción justificada de actuaciones, en el sentido del artículo 29.2 de la Ley 1/1998. En efecto, si tomamos en consideración el desarrollo reglamentario del referido precepto, contenido en el artículo 31 bis.1 del Real Decreto 939/1986, según redacción del Real Decreto 136/2000, difícilmente el procedimiento de valoración encaja en los tres supuestos que en el mismo se tipifican en cuanto circunstancias de interrupción justificada, a menos que se le dé una amplitud desmesurada y esotérica a la fuerza mayor.

No parece pues que el procedimiento de valoración pueda considerarse como un caso de interrupción justificada del procedimiento de comprobación, y de aquí se deriva la posibilidad de que, considerando la duración mínima del procedimiento de valoración, que podemos establecer en 45 días debido a los plazos para alegaciones, no sea posible concluir el procedimiento de valoración dentro del plazo del procedimiento de comprobación. Esta circunstancia debería motivar una actuación administrativa guiada por los siguientes criterios:

- Prolongar el procedimiento de comprobación lo necesario para que finalice, dentro del mismo, el procedimiento de valoración, supuesto que el efecto de no interrupción de la prescripción no determine la prescripción de algún período impositivo, o motivándola los resultados del procedimiento de valoración y sus efectos son más relevantes que los relativos a la regularización del período impositivo que prescribirá.

- No abrir el procedimiento de valoración cuando, debido al tiempo que resta para la finalización del procedimiento de comprobación, aquél no pueda finalizar dentro de este último, y no sea oportuna su prolongación debido al efecto de la prescripción.

Tal vez podría entenderse que los problemas apuntados se solucionan concluyendo las actuaciones inspectoras con un acta previa determinante de una liquidación provisional de manera tal que, una vez concluido el procedimiento de valoración, se levantaría el acta definitiva determinante de una liquidación también definitiva. De esta manera el procedimiento de comprobación finalizaría dentro del plazo legalmente establecido, y el procedimiento de valoración lo haría después, pero sus resultados se incorporarían al acto administrativo de liquidación que, hasta ese momento provisional, devendría definitivo.

No creemos que esta forma de proceder pueda entenderse correcta. Primero, porque envuelve un fraude al plazo de duración del procedimiento de comprobación, y segundo, porque incluso pudiera resultar dudoso que la existencia de un procedimiento de valoración en curso de desarrollo en el momento en que deba finalizar el procedimiento de comprobación deba entenderse como una causa de las previstas en el artículo 50 del Real Decreto 939/1986 que habilitan la incoación de un acta previa. Tal vez esta segunda objeción pudiera entenderse superada en virtud de la causa justificativa del levantamiento de un acta previa prevista en el artículo 50.2 c) del Real Decreto 939/1986, y así nos parece defendible, pero, en cualquier caso, subsistiría la primera objeción, de manera tal que el problema del agotamiento del plazo del procedimiento de comprobación antes de la finalización del procedimiento de valoración difícilmente puede solventarse a través de la utilización del acta previa.

Cuestión diferente es si cabe finalizar el procedimiento de comprobación mediante acta previa y liquidación provisional antes de que finalice el procedimiento de valoración y si, en tal caso, los resultados del procedimiento de valoración pueden incorporarse a un acta posterior definitiva y a la correspondiente liquidación definitiva. A nuestro modo de ver es posible, pero en el bien entendido que si la referida liquidación definitiva se produce una vez transcurrido el plazo máximo de duración del procedimiento de comprobación se producirán los efectos previstos en el apartado 3 del artículo 29 de la Ley 1/1998, aunque la liquidación provisional no se verá afectada y se transformará en definitiva.

El supuesto inverso es aquel en el que el procedimiento de comprobación no ha sido iniciado. La cuestión es si cabe iniciar el procedimiento de valoración antes que lo haga el de comprobación. Esta situación se presentará, por lo común, en relación con la «otra parte vinculada». A nuestro entender esto es perfectamente posible, ya que el procedimiento de valoración tiene autonomía, aunque sus resultados tendrán efectos a través del acto administrativo de liquidación que pone fin al procedimiento de comprobación.

Pudiera suceder que el período impositivo en el que se hubiese realizado la operación vinculada esté prescrito o bien que sobre el mismo haya recaído una liquidación definitiva. En tal caso el procedimiento de valoración no tiene objeto ya que la valoración que se derive del mismo no podrá surtir efectos frente a ambas partes vinculadas.

7.3.2. Iniciación, instrucción y finalización del procedimiento.

7.3.2.1. Iniciación.

Como antes apuntamos, el procedimiento de valoración trae su causa del procedimiento de comprobación. Es en este procedimiento en el que se detecta la operación vinculada, los efectos fiscales derivados de la misma y, en fin, los supuestos de hecho habilitantes del ejercicio de la potestad de valoración. Tal vez por esta razón, el artículo 15 del Real Decreto 537/1997, sólo se ocupa de regular la iniciación del procedimiento de valoración en relación con la parte vinculada que no está siendo objeto de comprobación, de manera tal que será a partir de dicha iniciación cuando el procedimiento de valoración deba entenderse iniciado frente a ambas partes vinculadas.

El procedimiento de valoración se inicia mediante «...notificación a la otra parte vinculada, excepto si no está sujeta al Impuesto de Sociedades o al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas...» [artículo 15.1 a) Real Decreto 537/1997]. Aunque la norma reglamentaria no prevé cuál es el órgano competente para iniciar el procedimiento de valoración, debemos entender que es el instructor del procedimiento de comprobación en cuyo desarrollo se ha advertido la existencia de la operación vinculada, ya que, como venimos diciendo, el procedimiento de valoración trae su causa del procedimiento de comprobación. La notificación en cuya virtud se inicia el procedimiento de comprobación debe tener el siguiente contenido:

- Identificación del procedimiento de comprobación en el que se ha puesto de manifiesto la operación vinculada [artículo 15.1 a) Real Decreto 537/1997].
- Identificación de la operación vinculada [artículo 15.1 a) Real Decreto 537/1997].
- Motivos por los que puede proceder la aplicación del valor normal de mercado [artículo 15.1 a) Real Decreto 537/1997]. Los referidos motivos no pueden ser otros que la constatación, razonada, de la existencia de una menor tributación o de un diferimiento de la tributación.
- Métodos que podrán ser tomados en consideración para determinar el valor normal de mercado [artículo 15.1 a) Real Decreto 537/1997].

Puesto que el procedimiento de valoración es común y único frente a ambas partes vinculadas, debemos entender, aunque el artículo 15.1 a) del Real Decreto 537/1997 no lo especifique, que el referido contenido deberá también ser puesto a disposición de la parte vinculada sujeta a comprobación.

Por excepción, no es necesario notificar la apertura del procedimiento a la otra parte vinculada cuando la misma «...no está sujeta al Impuesto sobre Sociedades o al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas...», debiendo tenerse en cuenta a este respecto que cuando se aprobó el Real

Decreto 537/1997, la obligación real de contribuir estaba inmersa en las leyes reguladoras de los dos tributos citados, de aquí que debamos entender que cuando la otra parte vinculada se halle sujeta al Impuesto sobre la Renta de no Residentes, deberá ser notificada. Si la otra parte vinculada no se halla sujeta a ninguno de los referidos tributos no deberá ser notificada, y como quiera que dicha notificación es la que abre el procedimiento de valoración, lo que en realidad sucede es que, en tal caso, no se abre el procedimiento de valoración. Esto es lógico, porque el procedimiento de valoración no solamente tiene por objeto determinar el valor normal de mercado, sino también garantizar que no se grave por el Impuesto sobre Sociedades ni por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas una Renta superior a la habida, lo que, obviamente, no puede suceder si la otra parte vinculada no está sujeta a alguno de los referidos tributos. En este caso el valor normal de mercado se determinará en el curso del procedimiento de comprobación, sin que, por tanto, sea aplicable lo previsto en el artículo 15 del Real Decreto 537/1997.

7.3.2.2. Instrucción.

Una vez notificada a ambas partes vinculadas la iniciación del procedimiento de valoración, con el contenido previsto en el artículo 15.1 a) del Real Decreto 537/1997, las partes vinculadas disponen de treinta días para efectuar las alegaciones que estimen pertinentes [artículo 15.1 b) Real Decreto 537/1997]. Estas alegaciones versarán sobre dos objetos:

- La concurrencia de los supuestos que habilitan el ejercicio de la potestad de valoración.
- La idoneidad de los métodos propuestos para determinar el valor normal de mercado.

El órgano instructor del procedimiento debe examinar las alegaciones formuladas por ambas partes vinculadas, y en caso de que a través de las mismas llegue al convencimiento de que no concurren los supuestos que habilitan el ejercicio de la potestad de valoración así deberá acordarlo, aunque el artículo 15 del Real Decreto 537/1997, nada establezca sobre el particular. Este acuerdo pondrá fin al procedimiento de valoración, pues el mismo ha perdido su objeto.

Puede suceder que el órgano instructor aprecie las alegaciones en lo que se refiere a los métodos que deben ser tenidos en cuenta para determinar el valor normal de mercado. En tal caso, deberá determinar el valor normal de mercado tomando en consideración las alegaciones, pero el procedimiento podrá continuar.

Antes de redactar el acto de determinación del valor normal de mercado, nuevamente deberán ponerse de manifiesto a las partes vinculadas los métodos y criterios que serán tomados en cuenta para determinar el valor normal de mercado, abriéndose un plazo de quince días para alegaciones. Dichos métodos deben estar, en fase del procedimiento, tan definidos que permitan la determinación del valor normal de mercado [artículo 15.1 c) Real Decreto 537/1997].

7.3.2.3. Terminación.

El procedimiento finaliza con una resolución en la que, de manera motivada, se determina el valor normal de mercado [artículo 15.1 d) Real Decreto 537/1997]. A nuestro entender, en dicha resolución deberá constar:

- Que ha quedado probada la concurrencia de los supuestos determinantes del ejercicio de la potestad de valoración.
- Los elementos esenciales del método de valoración aplicado, que, inexcusablemente, deberá ser alguno de los previstos en el artículo 16.3 de la Ley 43/1995.
- El propio valor normal de mercado.

El órgano competente para dictar la resolución y para instruir el procedimiento es «...el que tenga la competencia para dictar el acto administrativo de liquidación respecto de la parte vinculada en la que se inició la comprobación» [artículo 15.1 e) Real Decreto 537/1997]. Por lo tanto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 60.1 del Real Decreto 939/1997, el Inspector-Jefe del órgano o dependencia, central o territorial, desde el que se hayan realizado las actuaciones de comprobación.

7.3.3. Recursos.

El acto de determinación del valor normal de mercado podrá ser recurrido por los interesados en el procedimiento de valoración, es decir, ambas partes vinculadas, pero no de manera autónoma, sino «...al ejercitar los recursos y reclamaciones que procedan contra el acto de liquidación correspondiente al período impositivo en el que se realizó la operación vinculada» (artículo 15.2 Real Decreto 537/1997).

El fundamento de la previsión reglamentaria podría hallarse en dos preceptos legales:

- El artículo 107 de la Ley 30/1992, que establece que la impugnación de los actos de trámite deberá realizarse «...en el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra la misma (la resolución)». En este sentido el acto de valoración puede ser considerado, al tiempo, la resolución que pone fin al procedimiento de valoración y un acto de trámite en el procedimiento de comprobación, y que por no impedir la continuación del mismo ni producir indefensión debe ser impugnado a través del recurso contra el acto administrativo de liquidación.
- El artículo 52 de la Ley General Tributaria, que establece que la tasación pericial contradictoria podrá promoverse «...dentro del plazo de la primera reclamación que proceda contra la liquidación efectuada sobre la base de los valores comprobados administrativamente...».

La tasación pericial contradictoria se dirige contra el acto de comprobación de valor, aunque el momento para ejercitarla se difiere hasta el en que procede la reclamación, excepto si una norma autoriza que la referida tasación se ejercite una vez notificado el acto de comprobación de valor. Ahora bien, así como el acto de trámite es objeto de un recurso, el acto de comprobación de valor es objeto de una tasación pericial contradictoria, lo cual es diferente, de manera tal que la regulación que del acto de trámite se efectúa en el artículo 107 de la Ley 30/1992 puede ser considerada como el verdadero fundamento legal del artículo 15.2 del Real Decreto 537/1997.

Cuestión diferente es si contra el acto de determinación de valor cabe la tasación pericial contradictoria. Para resolverla es preciso decidir si la valoración por el valor normal de mercado prevista en el artículo 16 de la Ley 43/1995 implica un verdadero acto de comprobación de valor en los términos previstos en el artículo 52 de la Ley General Tributaria. A nuestro modo de ver la respuesta es negativa. La valoración de «...rentas, productos, bienes y demás elementos del hecho imponible...» a que se refiere el artículo 52 de la Ley General Tributaria regula un supuesto de hecho diferente al de la valoración de las operaciones vinculadas. En éstas se parte de un valor que, salvo prueba en contrario, se presume cierto, pero que es diferente al normal de mercado, en tanto que en la comprobación de valores se parte de un valor cuya certeza quedará establecida como consecuencia de dicha comprobación o, en su caso, se tendrá por cierto otro diferente que resulte de la misma. El objetivo del procedimiento de valoración de operaciones vinculadas del artículo 16 de la Ley 43/1995 y el del procedimiento de comprobación de valores del artículo 52 de la Ley General Tributaria, son diferentes, aunque ambos terminen con una valoración, y la referencia de esa valoración sea el valor normal de mercado.

El procedimiento de valoración de operaciones vinculadas se rige, a nuestro modo de ver, de manera exclusiva por lo previsto en los artículos 16 de la Ley 43/1995 y 15 del Real Decreto 537/1997, porque el supuesto de hecho que se presenta en la realidad sólo cabe que sea subsumido en las hipótesis contempladas en los referidos preceptos, pero no en la del artículo 52 de la Ley General Tributaria.

7.3.4. Suspensión de la eficacia del acto de determinación del valor.

El acto de determinación de valor «...surtirá efecto, en cuanto no hubiere sido recurrido por ninguna de las partes vinculadas...» (artículo 15.3 Real Decreto 537/1997), pero si dicho valor «...hubiere sido recurrido por alguna de las partes vinculadas, la eficacia del mismo, frente a una y otra, quedará suspendida hasta el momento en que el recurso hubiere sido resuelto con carácter firme...» (artículo 15.4 Real Decreto 537/1997).

El artículo 15.4 del Real Decreto 537/1997 establece un criterio contrario al previsto, con carácter general, por el artículo 111.1 de la Ley 30/1992, a cuyo tenor la interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado. La resolución del procedimiento de valoración queda, por lo tanto, privadas de eficacia ejecutiva inmediata, en cuanto hubiese sido impugnada por cualquiera de las partes vinculadas. Esta especialidad se debe al principio de no gravar una renta superior a la habida, recogido en el artículo 16.1 de la Ley 43/1995, y a su correlativo, tácitamente incorporado a la misma

norma, de no gravar una renta inferior a la habida. En efecto, ambos principios sólo se realizan si la valoración surte efectos frente a ambas partes, lo que sólo sucede cuando el acto determinante de la misma es absolutamente firme, sea porque ha transcurrido el plazo para impugnarlo o porque el recurso interpuesto ha sido resuelto con carácter firme. En consecuencia el acto de valoración puede atravesar una fase en la que su ejecución estará suspendida cuando:

- Alguna de las partes, o ambas, lo hubiesen recurrido.
- Alguna de las partes no hubiese sido objeto de comprobación y, por lo tanto, todavía no tiene abierta la posibilidad de recurrir.

Nótese que los dos supuestos son bien diferentes. En el primero ambas partes han tenido ocasión de ejercitar el recurso o la reclamación contra la liquidación correspondiente y una de ellas o las dos han decidido impugnar el acto de determinación del valor normal de mercado, en tanto que en el segundo una de las partes no ha tenido ocasión de ejercitar dicho recurso o reclamación porque no ha sido objeto de comprobación. Lo correcto sería que la Administración tributaria iniciara una comprobación de carácter parcial, al objeto de producir una liquidación que tuviera en consideración el valor normal de mercado, dando así la oportunidad de recurrir.

A lo largo del tiempo que dura la sustanciación de los recursos administrativos y, en su caso, judiciales, el acto de determinación del valor normal de mercado carece de eficacia. Por eso, los contribuyentes concernidos, esto es, las partes vinculadas, deberán presentar las declaraciones-liquidaciones correspondientes a períodos impositivos posteriores sin atender al mismo, es decir, no estarán obligadas a ajustar tales declaraciones-liquidaciones al valor normal de mercado administrativamente establecido. De igual modo, la Administración tributaria tampoco podrá aplicar dicho valor normal de mercado en las comprobaciones y liquidaciones correspondientes a los referidos períodos impositivos, de aquí que tales liquidaciones tengan carácter provisional, de acuerdo con lo previsto en el segundo párrafo del artículo 15.4 del Real Decreto 537/1997. Establece dicho precepto que «...Las liquidaciones correspondientes a los períodos impositivos en los que, en su caso, deba ser aplicable el valor normal de mercado establecido por la Administración tributaria... hasta el momento en que dicho recurso hubiese sido resuelto con carácter firme». Tal y como está redactado el párrafo parcialmente transcrito parece que el carácter provisional se predica incluso de las liquidaciones objeto del recurso a través del cual se impugna el valor normal de mercado fijado por la Administración tributaria, pero es obvio que dicho carácter sólo puede predicarse respecto de las liquidaciones correspondientes a períodos impositivos posteriores en los cuales también dicho valor podría surtir efecto. Las liquidaciones del período impositivo en el que se realizó la operación vinculada podrán ser definitivas, ya que todos los elementos relativos a la misma podrán estar fijados, incluido el valor normal de mercado de la operación vinculada.

La existencia de un contencioso en relación con el valor normal de mercado, y, por tanto, de un elemento de la valoración del hecho imponible no susceptible de determinación administrativa es lo que confiere a las liquidaciones posteriores el carácter provisional. Sin embargo, tal conten-

cioso no tiene incidencia sobre la prescripción de los períodos impositivos posteriores a aquel en el que se realizó la operación vinculada. En efecto, si la Administración tributaria no ejercita la potestad de comprobación respecto de dichos períodos impositivos dentro del período de prescripción, ésta se producirá, sin que el hecho de estarse ventilando ante los tribunales un contencioso en relación con un valor que podría surtir efecto en los referidos períodos impositivos tenga efectos interruptivos de la prescripción.

Si la prescripción no se interrumpe, y sólo puede interrumpirse por una «...acción administrativa, realizada con conocimiento formal del sujeto pasivo, conducente al reconocimiento, regularización... del impuesto devengado...», sucederá que la sentencia que ponga fin al contencioso sobre el acto de determinación del valor normal de mercado podría no tener eficacia práctica en la medida en que, a causa de la prescripción, el valor de mercado no podrá ser plenamente aplicado frente a ambas partes. Ahora bien, de ello no debe deducirse que el valor normal de mercado administrativamente fijado y declarado correcto por una sentencia devenga automáticamente inaplicable porque alguno de los períodos impositivos a los que hubiera debido aplicarse ha prescrito o por error la Administración tributaria ha dictado una liquidación definitiva. Por el contrario, el valor normal de mercado podrá aplicarse en los períodos impositivos no prescritos respecto de los que no hubiese mediado una liquidación definitiva, siempre que de ello no se derive, en el conjunto de los períodos impositivos afectados por los efectos de la operación vinculada concernientes a ambas partes vinculadas, una renta superior a la efectivamente habida.

7.4. Períodos impositivos a los que afecta la valoración administrativa.

El artículo 16 de la Ley 43/1995 establece que la «...deuda tributaria resultante de la valoración administrativa se imputará, a todos los efectos... al período impositivo en el que se realizaron las operaciones con personas o entidades vinculadas». Este precepto, incorporado mediante una enmienda en el Senado, aparentemente choca con lo previsto en el artículo 18 de la Ley 43/1995 a cuyo tenor cuando un elemento patrimonial o un servicio hubiesen sido valorados, a efectos fiscales, por el valor normal de mercado, la entidad adquirente del mismo integrará en la base imponible la diferencia entre el valor de adquisición y el referido valor, de acuerdo con determinadas reglas.

Para resolver esta contradicción caben dos interpretaciones:

- Se atiende a la literalidad del artículo 16, en razón a que, respecto del artículo 18, estaría en relación de lo especial a lo general de forma tal que la valoración por el valor normal de mercado sólo surtirá efectos en el período impositivo en el que se realizó la operación.
- Se entiende que la literalidad del artículo 16 no impide la aplicación del artículo 18, en razón a que uno y otro precepto regulan dos supuestos de hecho diferentes. El artículo 16 contempla la realización de la operación vinculada y dicha realización está necesariamente comprendida en un determinado período impositivo, de manera tal que todos los efectos que se

desprenden de la realización de la operación vinculada deben regularse por dicho precepto, en tanto que el artículo 18 contempla, en relación con las operaciones vinculadas, el desenvolvimiento de las mismas a través de los períodos impositivos en los que los bienes y servicios correspondientes motivan la formación del resultado de la entidad adquirente.

Esta última interpretación es la que debemos entender correcta, toda vez que el artículo 15.3 del Real Decreto 537/1997 prevé que el valor normal de mercado establecido por la Administración tributaria surtirá efectos, en cuanto no hubiese sido recurrido por ninguna de las partes vinculadas, «...en las liquidaciones de los períodos impositivos que corresponden de acuerdo con lo previsto en los artículos 16 y 18 de la Ley del Impuesto». En consecuencia, debemos entender:

- Que en lo que concierne a los efectos del valor normal de mercado relativos a la realización de la operación se aplicará el artículo 16.
- Que en lo que concierne a los efectos del valor normal de mercado relativos al desenvolvimiento de la operación se aplicará el artículo 18.

Por tanto, las liquidaciones afectadas por la valoración administrativa son las relativas al período impositivo en el que se realizó la operación vinculada y también las correspondientes a los períodos impositivos en los que los bienes y servicios objeto de la misma determinan la formación del resultado contable de la entidad adquirente. Por consiguiente, es irrelevante el período impositivo en el que se comprenda el momento en el que el valor normal de mercado administrativamente fijado devenga firme, sea por no haber sido recurrido por ninguna de las partes vinculadas o porque habiéndolo sido ha recaído sentencia firme desestimatoria.

7.5. La valoración por el valor normal de mercado y el devengo y la calificación de ingresos y gastos.

La valoración por el valor normal de mercado no afecta a la imputación temporal de los ingresos y gastos derivados de la operación vinculada, que se regirá por lo previsto en el artículo 19 de la Ley 43/1995. En consecuencia, los ingresos y gastos generados por la operación vinculada serán fiscalmente computables de acuerdo con las reglas del referido artículo 19 de la Ley 43/1995, y las correcciones derivadas de la aplicación del valor normal de mercado, se integrarán en la base imponible de las entidades concernidas a tenor de lo previsto en los artículos 16 y 18 de la citada ley. Sin embargo, lo normal será que las correcciones derivadas de la aplicación del valor normal de mercado sigan la imputación temporal propia del devengo porque las reglas de integración de la diferencia entre dicho valor y el valor efectivo o bien al mismo se remiten [letra a) del artículo 18] o bien en el mismo se inspiran [letras b), c) y d) del artículo 18].

La valoración por el valor normal de mercado tampoco altera la calificación de los ingresos y gastos derivados de la operación vinculada, sin perjuicio de lo que en apartados anteriores se expuso respecto del denominado «efecto secundario».

7.6. Otros efectos de la valoración administrativa.

La valoración por el valor normal de mercado procede cuando la valoración convenida hubiese determinado, considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas, «...una tributación en España inferior a la que hubiese correspondido por aplicación del valor normal de mercado o un diferimiento de dicha tributación». Nótese que el fundamento de la valoración por el valor normal de mercado no es preservar la correcta formación de la base imponible, sino la correcta tributación del conjunto de las personas y entidades vinculadas, y esto no se logra tan sólo modificando la base imponible. Es verdad que la valoración por el valor normal de mercado motiva una corrección del resultado contable para determinar la base imponible, pero también lo es que los efectos de dicha valoración deben alcanzar a los restantes elementos de la liquidación por el Impuesto sobre Sociedades o por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para lograr el objetivo que justifica el ejercicio de la potestad de valoración. En este sentido entendemos que los efectos de la valoración por el valor normal de mercado se proyectan sobre la totalidad de los elementos que contribuyan a determinar la deuda tributaria. Podemos citar, entre otros:

- El diferimiento por reinversión se aplicará respecto de la renta positiva resultante de la valoración por el valor normal de mercado, y ello aunque el artículo 21 de la Ley 43/1995 nada establezca al respecto.
- La bonificación por rentas obtenidas en Ceuta y Melilla, se aplicará sobre la renta resultante de la valoración por el valor normal de mercado.
- La base de cálculo de todas las deducciones del Capítulo IV del Título IV de la Ley 43/1995, se determinará tomando en consideración el valor normal de mercado.

En ninguno de los artículos reguladores de las referidas materias encontramos alusiones a la valoración por el valor normal de mercado, pero ello no es obstáculo para entender que dicha valoración debe ser tomada en consideración, ya que de otra forma no se daría cumplimiento al artículo 16.1 de la Ley 43/1995, cuyo mandato, repetimos, va dirigido a evitar mermas de tributación o diferimiento de la misma en el conjunto de las personas o entidades vinculadas.

8. LAS OPERACIONES VINCULADAS EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

8.1. Dualidad de regímenes.

El artículo 42 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, establece dos normas. La primera, de carácter general, consiste en una simple remisión al artículo 16 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre. La segunda, de carácter especial, se aplica a las operaciones vinculadas realizadas por personas físicas con sociedades, cuando las referidas operaciones correspondan «...al ejercicio de actividades económicas o a la prestación de trabajo personal...».

La regla de carácter general nada añade a la regulación del artículo 16 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, de cuya redacción se desprende que la valoración por el valor normal de mercado es aplicable también a las personas físicas a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En este sentido, la regla especial viene a recortar el ámbito de aplicación del artículo 16 de la Ley 43/1995.

8.2. El régimen especial.

8.2.1. Supuestos en los que procede.

El supuesto de hecho de la norma especial se configura en base a tres elementos:

- Existencia de una operación vinculada en la que intervienen una sociedad y una persona física. La vinculación podrá derivar de la existencia de una relación socio-sociedad, de una relación de prestación de servicios en calidad de administrador o consejero o, en fin, de dichas relaciones y otra de pertenencia a un vínculo familiar.
- La operación vinculada determina en la persona física la obtención de rendimientos del ejercicio de actividades económicas o de la prestación de trabajo personal, en el sentido de los artículos 25 y 16 de la Ley 40/1998.
- La valoración por el valor normal de mercado determina un aumento de los ingresos de la persona física.

El mandato que se anuda a la producción del referido supuesto de hecho consiste en que ambas partes vinculadas deberán valorar la operación «...en los términos previstos en el artículo 16 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre...».

La aplicación de este mandato a la sociedad no ofrece dudas, ya que el último inciso del apartado 2 del artículo 42 recalca que «...también la entidad procederá a realizar dicha valoración a efectos del Impuesto sobre Sociedades...».

8.2.2. La valoración por el valor normal de mercado como obligación de las partes vinculadas.

La valoración por el valor normal de mercado se configura como una obligación a cargo de las partes vinculadas, de manera tal que debe ser aplicada en la declaración-liquidación, y la Administración tributaria deberá aplicarla incluso si de ello se deriva una menor tributación en el conjunto de las partes vinculadas. Aquí reside la diferencia con el régimen general de las operaciones vinculadas.

La norma del artículo 42.2 de la Ley 40/1998 persigue que los rendimientos netos del trabajo personal y de la realización de actividades económicas se determinen en función de los valores normales de mercado, aun cuando de ello se derive un perjuicio recaudatorio para la Hacienda Pública, lo que acontecerá cuando el tipo de gravamen marginal por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas sea inferior al tipo de gravamen nominal del Impuesto sobre Sociedades, en términos generales.

La doctrina del ajuste bilateral se refleja con claridad en la norma, y también la improcedencia de los efectos secundarios. Nótese que la valoración por el valor normal de mercado procede, justamente, cuando «...implique un aumento de sus ingresos...», de manera tal que la posibilidad de efectuar una calificación diferente no parece procedente. La valoración por el valor normal de mercado determina un mayor rendimiento del trabajo personal o de la realización de actividades económicas, sin que exista otra alternativa.

Como ya hemos dicho son los sujetos pasivos los llamados a aplicar la norma, sin perjuicio de la posterior comprobación administrativa. Lo normal será que, dada la relación de vinculación, ambos apliquen el mismo valor, pero no hay nada en la norma que lo garantice, de aquí que también es concebible la situación de discrepancia e incluso de omisión por una de las partes vinculadas, dando lugar a una situación transitoria de exceso o defecto de imposición, que será corregida por la comprobación administrativa, si la misma se produce. La entidad que ha recibido las prestaciones de trabajo personal, los servicios, o adquirido las mercancías podrá practicar una corrección negativa a su resultado contable para determinar la base imponible sin que para hacer eso esté supeditada a la práctica del ajuste contrario para la persona física. Y la Administración tributaria deberá estar y pasar por dicho ajuste negativo si lo estima acertado por aplicación del valor normal de mercado, y ello aunque la situación tributaria de la persona física que no hubiese realizado el ajuste positivo sea firme. También puede suceder lo inverso. Éstos son los inconvenientes de confiar la valoración por el valor normal de mercado a las partes vinculadas. Frente a estos inconvenientes destaca la ventaja de confiar a los sujetos pasivos las correcciones necesarias para calcular los ingresos y gastos por el valor normal de mercado, lo que alivia grandemente la carga de trabajo de la Administración tributaria.

A diferencia del artículo 16 de la Ley 43/1995, el artículo 42.2 de la Ley 40/1998 no prevé un procedimiento para determinar el valor normal de mercado, de manera tal que la determinación se producirá en el procedimiento de comprobación, con sujeción a los métodos previstos en el apartado 3 del artículo 16 de la Ley 43/1995. Sin embargo, no parece que de ello deba seguirse que la otra parte vinculada es ajena a dicho procedimiento, en cuanto que afecta a la determinación de un valor normal de mercado que potencialmente influirá en su situación tributaria. En este sentido la otra parte vinculada puede entenderse que tiene la consideración de interesada en el procedimiento de comprobación, pues es titular de «...derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte...» [artículo 31.1 b) de la Ley de Procedimiento Administrativo]. Por esta vía se llega a una vía procedimental muy próxima a la regulada por el artículo 15 del Real Decreto 537/1997.

9. LAS OPERACIONES VINCULADAS CON NO RESIDENTES

Los no residentes pueden intervenir en operaciones vinculadas de muy diversas maneras. A efectos de la aplicación del régimen de las operaciones vinculadas podemos distinguir dos supuestos, básicamente:

- El no residente está sujeto al Impuesto sobre la Renta de los no Residentes.
- El no residente no está sujeto al Impuesto sobre la Renta de los no Residentes.

9.1. El no residente está sujeto al Impuesto sobre la Renta de los no Residentes.

La sujeción puede adoptar dos modalidades, según que el cauce de obtención de las rentas en territorio español sea o no un establecimiento permanente.

9.1.1. Establecimientos permanentes.

Tratándose de establecimientos permanentes, el artículo 17.2 de la Ley 41/1998 establece que «Las operaciones realizadas por el establecimiento permanente con su casa central o con otros establecimientos permanentes del contribuyente, ya estén situados en territorio español o en el extranjero, o con otras sociedades o personas a él vinculadas, se valorarán con arreglo a las disposiciones del artículo 16 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades».

El establecimiento permanente forma parte de la entidad residente en el extranjero, aunque determina su base imponible como si se tratase de una entidad independiente, con ciertas salvedades. De aquí que pueda incurrir en dos tipos de operaciones vinculadas:

- Las de carácter interno: con la casa central y otros establecimientos permanentes.
- Las de carácter externo: con las personas y entidades vinculadas con la entidad de la que forma parte.

Las operaciones vinculadas de carácter interno reciben una especial consideración en el artículo 17 de la Ley 41/1998. En realidad, la práctica totalidad de las normas que en el mismo se contienen responden a la existencia de una situación de vinculación de carácter interno.

Las operaciones vinculadas de carácter externo se regulan directamente por lo previsto en el artículo 16 de la Ley 43/1995, de manera tal que incluso los no residentes serán parte interesada en el procedimiento regulado en el artículo 15 del Real Decreto 537/1997. A estos efectos debe tenerse en cuenta que cuando se publicó esta norma reglamentaria el Impuesto sobre Sociedades regulaba también la denominada obligación real de contribuir, de manera tal que la no mención en la misma al Impuesto sobre la Renta de los no Residentes debe entenderse suplida por la mención al Impuesto sobre Sociedades.

La remisión que el artículo 17.2 de la Ley 41/1998 efectúa al artículo 16 de la Ley 43/1995 cierra el paso a la aplicación del artículo 42.2 de la Ley 40/1998, de manera tal que cuando la prestación del trabajo personal o la realización de actividades económicas se realiza por un valor inferior al de mercado y la entidad interviniente no esté sujeta al Impuesto sobre Sociedades, no procederá la valoración por el valor normal de mercado a cargo de los contribuyentes, personas físicas, que realizaron dichas prestaciones o actividades. La sujeción al Impuesto de no Residentes ya no

puede ser equiparada a la sujeción al Impuesto sobre Sociedades, desde el punto y hora que el legislador aprueba, simultáneamente, la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la Ley del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes. Por esta razón, cuando el último inciso del artículo 42.2 de la Ley 40/1998 establece que «...la entidad procederá a realizar dicha valoración a efectos del Impuesto sobre Sociedades», debemos interpretar, en primer lugar, que si la otra parte vinculada estuviera sujeta al Impuesto sobre la Renta de no Residentes, tal ajuste valorativo no procede, y en segundo lugar, que tampoco procede el ajuste valorativo en sede de las personas físicas. Naturalmente esto no quiere decir que las personas físicas estarán inmunes a la valoración por el valor normal de mercado. Lo que quiere decir es que dicha valoración deberá realizarse, exclusivamente, de acuerdo con las normas de la Ley 43/1995, y de su reglamento.

9.1.2. Rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente.

En este tipo de rentas la base imponible es, con carácter general, el rendimiento obtenido «...determinado de acuerdo con las normas de la Ley 40/1998...» (artículo 23 Ley 40/1998).

Como ya sabemos, el artículo 42 de la Ley 40/1998 establece dos normas en relación con la valoración de operaciones vinculadas que, en principio, debemos entender plenamente aplicables a los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes, habida cuenta de la remisión establecida en el artículo 23 de la Ley 40/1998. Sin embargo, pronto advertimos que la norma del apartado 2 carece de sentido. En efecto, no parece lógico que la norma obligue a una minoración de la base imponible de una entidad residente como contrapartida del también obligatorio aumento de la base imponible de las personas físicas no residentes que realizan prestaciones del trabajo personal o actividades económicas para la misma, habida cuenta de la diferencia de tipos de gravamen. De aquí que nos inclinemos por entender que el apartado 2 del artículo 42 de la Ley 40/1998 sólo debe aplicarse a los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, quedando los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes sujetos exclusivamente al apartado 1 del citado artículo, sean personas físicas o jurídicas, y por virtud de la remisión contenida en el mismo a las normas de la Ley 43/1995.

9.2. El no residente no está sujeto al Impuesto sobre la Renta de los no Residentes.

La única especialidad en este supuesto es que el no residente no se considera interesado en el procedimiento de valoración, ya que ningún efecto para el mismo se deriva de la valoración administrativa, fruto de dicho procedimiento. Por eso el artículo 15.1 a) del Real Decreto 537/1997 prevé que la notificación a la otra parte vinculada no se realice cuando «...no está sujeta al Impuesto sobre Sociedades o al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas...».