

ÁNGEL ESTEBAN MARINA

*Doctor en Ciencias Económicas
Inspector de Finanzas del Estado*

Extracto:

EL presente trabajo tiene por objeto analizar y exponer el trato discriminatorio dado a las operaciones efectuadas en el período 1992-1995 entre sociedades vinculadas, discriminación que inclusive se produce dentro de una misma empresa según que sus transacciones con sociedad vinculada se hayan efectuado dentro o fuera del referido período.

Sumario:

- I. Presentación.
- II. Antecedentes.
 - 1. Texto refundido de 1922.
 - 2. Órdenes Ministeriales de 17 de marzo de 1955 y 17 de julio de 1956.
 - 3. Ley de 26 de diciembre de 1957.
 - 4. Ley 41/1964 y Texto refundido, Decreto 3359/1967.
 - 5. El grupo de sociedades en el ámbito fiscal: Ley de 10 de noviembre de 1942 y normas complementarias.
- III. Normativa inmediatamente anterior a la vigente.
 - 1. Proyecto de Ley del Impuesto sobre Sociedades enviado a las Cortes. Ley 61/1978.
 - 2. Anteproyecto de reglamento. Dictamen del Consejo de Estado de 30-9-1982.
 - 3. Real Decreto 2631/1982: Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.
- IV. Tribunal Económico-Administrativo Central: Resolución de 10-9-1986.
- V. Ley 18/1991, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, disposición transitoria 5.ª 5.
 - 1. Reparos doctrinales.
 - 2. Consideraciones en orden a la actuación inspectora.
 - 3. Hacia una interpretación coherente de la referida disposición transitoria.
- VI. Ley 43/1995, artículos 10 y 16.
- VII. Legislación y jurisprudencia que admiten la aplicación retroactiva de la Ley 43/1995.
- VIII. Conclusión.

I. PRESENTACIÓN

Las modificaciones en las normas que regulan determinados hechos imponibles o concretas figuras tributarias se producen, en bastantes ocasiones, en plazos relativamente cortos y con más frecuencia de la que fuera de desear. Ejemplo notorio de lo que acabamos de decir es la legislación que, en el Impuesto sobre Sociedades, ha regulado en los últimos veinte años la fiscalidad de las operaciones efectuadas entre entidades vinculadas.

Resulta escasamente lógico y manifiestamente injusto que en una de dichas operaciones efectuada el 31-12-1995 se aplique el ajuste unilateral y en cambio en otra, realizada el 1-1-1996, se emplee el ajuste bilateral. Este mismo ejemplo, sólo que a la inversa, podía ponerse con otras operaciones efectuadas en días situados antes y después del 10-9-1986 (fecha de la Resolución del TEAC que falló que era de aplicación el ajuste bilateral).

En la actualidad la Inspección, en bastantes casos, ante transacciones como las anteriormente descritas, que se han efectuado en el período 1992-1995, aplica con cierto automatismo el ajuste unilateral; repito que esta forma de proceder no me parece justa y, además, origina agravios comparativos con respecto a hechos imponibles realizados en ejercicios distintos a los reseñados.

El presente trabajo tiene por objeto analizar y exponer la consistencia de los referidos injusticia y agravio comparativo y proponer una solución que considero equitativa.

En el número 57 de la revista *Crónica Tributaria* (2.º trimestre de 1986) publiqué un artículo titulado «La elusión fiscal mediante los precios de transferencia (el ajuste bilateral)». En el mismo se exponen con cierta extensión las normas que configuran el devenir histórico de los ajustes unilateral y bilateral; no obstante, se considera conveniente efectuar las breves precisiones que sobre el particular aparecen a continuación.

II. ANTECEDENTES

La consideración de los «precios de transferencia» como posible fuente de elusión fiscal es relativamente reciente. En concreto, en el Impuesto sobre Sociedades, desde comienzo de este siglo y hasta mediada la década de los cincuenta, la contabilidad empresarial llevada con arreglo a las normas del Código de Comercio era el único elemento determinante de la cifra de beneficios sometida a imposición.

1. Texto refundido de 1922.

El precepto básico era la disposición quinta, regla primera (se comprenderán entre los ingresos...), cuyo apartado b) establecía: «Los beneficios provenientes del incremento del valor de los efectos u otros elementos del activo, en cuanto se realicen por la enajenación de los valores, o de otra manera luzcan en cuentas o se destinen a alguno de los fines expresados en los apartados A) a H), ambos inclusive, de esta disposición (conceptos impositivos que en el seno de la Tarifa III «tenían siempre la consideración de beneficios).

El valor contabilizado por la empresa se aceptaba generalmente; en caso de discrepancia, la Inspección de Hacienda -a quien correspondía la carga de la prueba- podía proponer la competencia del Jurado de Estimación (art. 23 del Texto refundido de 22 de septiembre de 1922).

2. Órdenes Ministeriales de 17 de marzo de 1955 y 17 de julio de 1956.

Cuando la Inspección discrepaba de los valores contables, el campo de variabilidad existente al pretender fijar el *valor de enajenación* era muy amplio; para acotarlo se dictó la primera de las Órdenes citadas (la segunda aclaraba y complementaba la primera en los casos de fusión y absorción de sociedades), que decía: *A los exclusivos efectos previstos en el apartado b) de la regla primera de la disposición quinta de la Tarifa III de Utilidades, el incremento de valor que habrá de computarse en los casos de aplicación de dicho precepto no deberá ser inferior al que determine la diferencia que existe entre el atribuido en cuenta al elemento enajenado o cedido y el que realmente tenga éste en el mercado.*

Vemos, pues, que el criterio de valorar las enajenaciones empresariales a precios de mercado nació por una simple Orden Ministerial y como mera regla interpretativa del apartado b), regla primera, disposición quinta de la Tarifa III.

La norma de valorar a precios de mercado era de aplicación tanto a la enajenación de toda clase de mercaderías como a la de elementos patrimoniales. Hasta 1979, en el Impuesto sobre Sociedades, no se hizo distinción entre las diversas fuentes de ingresos; todas ellas tenían los mismos consideración y tratamiento, e iguales tipos de gravamen y mecánica liquidatoria.

3. Ley de 26 de diciembre de 1957.

La Ley de Reforma del Sistema Tributario de 26 de diciembre de 1957 otorgó sustantividad propia al Impuesto sobre Sociedades. Este impuesto se reglamentó a través de una Instrucción provisional aprobada por Orden Ministerial de 13 de mayo de 1958. La regla 11 de dicha Instrucción (enunciaba los distintos conceptos de ingresos), en su apartado b), transcribía literalmente la regla primera, apartado b) de la disposición quinta, a lo que añadía: «*El cómputo de los incrementos de valor a que se refiere este apartado se determinará, en su caso, según lo establecido en las Órdenes de 17 de marzo de 1955 y de 17 de julio de 1956*».

4. Ley 41/1964 y Texto refundido, Decreto 3359/1967.

La Ley 41/1964, de 11 de junio, artículo 78.1, párrafo primero, eleva a rango de ley el precepto antes reproducido de la Orden Ministerial de 17 de marzo de 1955.

El Decreto 3359/1967, de 23 de diciembre, aprobó el Texto refundido del Impuesto. El artículo 15.2 constaba de tres párrafos: el *primero* recogía la regla primera, apartado b), de la disposición quinta; el *segundo*, el precepto ya citado de la Orden Ministerial de 17 de marzo de 1955, y el *tercero*, el tratamiento que había de darse a las plusvalías que se están comentando en los casos de fusión de sociedades realizada con arreglo a las leyes, en los que, «mediante cualquiera de las modalidades admitidas en ellas, se produzcan además del correspondiente traspaso en bloque de patrimonio o patrimonios, la agrupación en una sola entidad de los socios respectivos y con disolución de alguna o de todas las sociedades preexistentes». El artículo 15.2 del Texto refundido ha regulado la materia que nos ocupa hasta el 1 de enero de 1979, en que entró en vigor la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

Además del artículo 15.2, existía en el Texto refundido otra norma que permitía a la Inspección de Hacienda rechazar los precios de transferencia. Era el artículo 67.1 que establecía: «En el régimen de estimación directa corresponderá a los Jurados tributarios el avalúo de las bases imponibles cuando el sujeto pasivo incumple sus obligaciones de modo que impida la aplicación de dicho régimen. En particular se estimará que no puede ser debidamente aplicado en los casos siguientes: ...d) *Cuando exista presunción fundada de que los datos contables no se ajustan a la reali-*

dad de los hechos económicos. Creo que los precios de transferencia fueron la justificación principal de que por ley (Ley 230/1963, art. 147, que después se incluyó en el Texto refundido) se estableciera esta presunción.

5. El grupo de sociedades en el ámbito fiscal: Ley de 10 de noviembre de 1942 y normas complementarias.

Tradicionalmente, el Derecho Fiscal español ha ignorado a los grupos de sociedades y a las vinculaciones intersocietarias. Partiendo de las normas del Derecho Mercantil, consideraba que la sociedad, por tener personalidad jurídica propia, independiente de la de los socios, era sujeto pasivo único de las correspondientes obligaciones tributarias.

Inicialmente, cuando el legislador decide contemplar los grupos de sociedades, lo hace considerándolos como fuente de beneficios superiores a los que se obtendrían de actuar las empresas en forma aislada. En este sentido se manifiesta la Ley de 10 de noviembre de 1942, cronológicamente la primera disposición que contempla los grupos financieros como sujetos de imposición, que al respecto establece (art. 5.º) «...quedando autorizado el Ministerio de Hacienda para liquidar las contribuciones sobre beneficios considerando como unidad económica a la entidad que ejerza el control y a las que estén sometidas al mismo, mediante la consolidación o integración de sus respectivos Balances y Cuentas de Resultados o a integrar en la base positiva de aquélla la expresada diferencia (valor real de los bienes menos el valor contable de las acciones), en la parte proporcional que corresponda, en caso de absorción o incorporación total o parcial del Activo de la empresa o empresas controladas». En el mismo sentido se manifiestan el Decreto-Ley de 17 de julio de 1947 (art. 4.º) y la Ley de 26 de diciembre de 1957 (arts. 75 y 130).

El Texto refundido, Decreto 3359/1967, artículo 22, transcribe casi literalmente los artículos 5.º y 6.º (este último relativo al informe obligatorio del Jurado Central Tributario en los respectivos expedientes) de la Ley de 10 de noviembre de 1942. Del citado artículo 22, que creo precisaba ser adecuadamente reglamentado, no se hizo uso en ninguna ocasión. La disposición final tercera del Real Decreto-Ley 15/1977, de 25 de febrero, lo derogó para dar paso a nueva legislación: tributación, con carácter opcional, por balance consolidado del grupo de sociedades.

Cuando parecía que la Administración había renunciado a imponer -por razones fiscales o financieras- la consolidación obligatoria de balances de sociedades pertenecientes a un mismo grupo empresarial, la Ley 10/1985, de 26 de abril, *disposición adicional segunda*, establece: «Para evitar la evasión o el fraude fiscal y en general irregularidades financieras, el Ministro de Economía y Hacienda podrá imponer la consolidación de estados financieros en los casos de grupos económicos formados por sociedades vinculadas mediante participación directa o indirecta, al menos en el 25 por 100 del capital social o cuando, sin mediar esta circunstancia, una o varias sociedades ejerzan en otra u otras funciones que impliquen el ejercicio del poder de decisión (reproducción del Reglamento del Impuesto, Real Decreto 2631/1982, art. 39.3)».

Del anterior precepto tampoco se ha hecho uso en el ámbito fiscal; la tributación mediante balance consolidado siempre ha sido optativa para los grupos de sociedades. Únicamente, **por razones financieras**, se han promulgado normas que obligan a confeccionar balances consolidados.

III. NORMATIVA INMEDIATAMENTE ANTERIOR A LA VIGENTE

La reforma legislativa que se inicia en 1978 adoptó, respecto de los grupos de sociedades, criterios antitéticos. Por un lado, les amplió el beneficioso trato otorgado a los mismos en 1977, toda vez que, además de mantener la opción para tributar por balance consolidado, permitió su acogimiento al régimen de transparencia fiscal voluntaria; pero, por otra parte, los discriminó con respecto a las sociedades consideradas de modo individual. Para éstas, al derogarse el artículo 15.2 del Texto refundido de 1967, la contabilidad llevada correctamente cifraba el beneficio a gravar, sin que hubiera lugar a aplicar valores de mercado en las transacciones determinantes de los ingresos; a la Inspección correspondía la carga de la prueba en orden a demostrar que tal contabilidad era incorrecta (arts. 284 a 287 del Real Decreto 2631/1982).

Con la anterior salvedad, el hecho cierto es que el Gobierno, en aquellos momentos, se inclinaba por reforzar la posición de la contabilidad en el cálculo de la base imponible y, consecuente con esta idea, **limitaba** las valoraciones extracontables a precios de mercado a las operaciones entre sociedades vinculadas. Claro ejemplo de lo que acabamos de decir se encuentra en la correspondiente Memoria del Proyecto de LIS que se estaba elaborando (pág. 133), en la que se afirma: «La existencia de dos o más empresas relacionadas se traduce en un conjunto de prestaciones recíprocas de carácter económico que en definitiva se traduce *en una transferencia de beneficios* de las filiales a la matriz correspondiente».

1. Proyecto de Ley del Impuesto sobre Sociedades enviado a las Cortes. Ley 61/1978.

Con toda claridad se expresan en dicho proyecto («Boletín Oficial» de las Cortes de 20 de julio de 1978, pág. 2.897) las ideas del Gobierno sobre el particular. Dentro de su exposición de motivos, dedica un capítulo a «valoración de ingresos y gastos», que dice:

«Una novedad importante en este Proyecto de Ley es la que se refiere a la valoración de ingresos y gastos. Es evidente que en la determinación de la base del Impuesto un elemento importante es el criterio de valoración utilizado. En este tema el Proyecto ofrece una gran flexibilidad y admite cualquier sistema de valoración, siempre que utilice costes históricos.

Con la idea de *potenciar la contabilidad empresarial*, y en el ánimo de aproximar en todo lo posible los resultados económicos-empresariales a los fiscales, se establece *como principio general de valoración que los ingresos y los gastos se computarán por sus valores contables, siempre que la contabilidad refleje con claridad y veracidad la situación patrimonial de la empresa al mismo tiempo que los beneficios obtenidos o las pérdidas sufridas durante el ejercicio*. Junto a este principio general se introducen unas *cautelat valorativas que tienen por objeto evitar que mediante precios de transferencia se produzcan posibles economías de opción que abran una puerta a la evasión fiscal*. En este orden de cosas se estipula que los *ingresos y gastos se valorarán en más o en menos*, respectivamente, sobre su registro contable, cuando *éste sea diferente del precio de mercado*, en los supuestos de sociedades *vinculadas*. Se aplicará la *misma cautela* cuando se trate de operaciones en que intervenga una *sociedad extranjera*, cuando se realicen entre la *sociedad y sus socios* o cuando las operaciones se lleven a cabo entre *sociedades con socios comunes*. Asimismo, da normas de valoración específicas para las *Cooperativas*».

En consonancia con la declaración de principios reseñada en el párrafo anterior, la Ley 61/1978, artículo 16.3 (en la discusión parlamentaria no se alteró su redacción), establece: «No obstante lo dispuesto en los números anteriores (cómputo por valores contables), 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*.

2. Anteproyecto de reglamento. Dictamen del Consejo de Estado de 30-9-1982.

Pienso que, con la redacción definitiva dada al artículo 16.3 de la Ley 61/1978, en el propio Ministerio de Economía y Hacienda eran conscientes de la posibilidad de que, en la comprobación de los grupos de sociedades, se pudiera pedir por éstos a la Inspección el ajuste bilateral de aquellas operaciones en las que se presumiera la existencia de precios de transferencia.

Por ello, en el anteproyecto de reglamento enviado al Consejo de Estado había añadido a la redacción del artículo 39.1 (art. 16.3 de la Ley 61/1978): «...independientes; *siempre que ello determine un mayor ingreso o menor gasto respecto de los reflejados en contabilidad*».

Evidentemente, con el anterior añadido se pretendía no tener que tomar en consideración la existencia de **menores ingresos o mayores gastos** que el ajuste bilateral pudiera traer consigo.

El citado Consejo, en dictamen emitido el día 30 de septiembre de 1982, dice a propósito del artículo 39:

En el apartado 1 debe suprimirse **el último inciso**, que dice «siempre que ello determine un mayor ingreso o menor gasto respecto de los reflejados en contabilidad», porque **para ser justos habría que admitir también la hipótesis contraria**.

En el apartado 5 parece que falta la palabra «entidades», entre «aquellas» y «cuya», pues de otro modo quedaría restringido el alcance del precepto a las cooperativas de consumo, lo cual no responde al propósito que se persigue.

Además, sería conveniente **añadir un nuevo apartado** que dijera:

«6. Cuando en virtud de lo dispuesto en este artículo proceda **rectificar** la valoración reflejada en la contabilidad de una sociedad, **se practicará al mismo tiempo en la vinculada la rectificación correspondiente**», ya que si no se corrige **simultáneamente** el valor de ambas sociedades **se va a gravar una renta ficticia**, aparte de que se establecería un trato discriminatorio para las sociedades domésticas respecto a las amparadas por Convenio de doble imposición, pues el artículo 9.º del Convenio modelo de la OCDE establece la corrección en doble sentido cuando se trata de operaciones entre sociedades vinculadas.

Con el precedente dictamen se abrían las puertas al denominado «ajuste bilateral», figura tributaria hasta entonces desconocida en el Derecho Fiscal español.

3. Real Decreto 2631/1982: Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

Ante el dictamen del Consejo de Estado acabado de reseñar, el Ministerio de Economía y Hacienda adopta una postura un tanto salomónica. Por una parte, **elimina** el inciso que previamente había insertado (*siempre que ello determine un mayor ingreso o menor gasto respecto de los reflejados en contabilidad*) en el anteproyecto pero, por otra, **no incluye** ninguno de los párrafos del dictamen del Consejo de Estado que hubieran configurado claramente el ajuste bilateral, con lo cual el artículo 39 del reglamento acabó reproduciendo literalmente el artículo 16.3 de la ley. Pese a esta ambigüedad, el Real Decreto 2631/1982 se inclinaba de modo notorio por la unilateralidad; los siguientes artículos, que resumimos, lo demuestran:

- Artículo 39: reproduce literalmente el artículo 16.3 de la Ley 61/1978.
- Artículo 99, Diferencias positivas de valoración, número 1, f): «Las correspondientes a la aplicación de reglas especiales de valoración en los casos de las operaciones vinculadas a que se refiere el artículo 39 de este Reglamento, cuando supongan la consideración de mayores ingresos o menores gastos. (*Obsérvese la incongruencia que significa incluir este último inciso cuando, previamente, se ha suprimido en el art. 39*)».

- Artículo 120, Diferencias negativas de valoración: no menciona las operaciones entre sociedades vinculadas; ello pone claramente de manifiesto una total inclinación por el ajuste unilateral.
- Artículo 131, Determinación del incremento o disminución patrimonial, número 2 (se tomará como valor de adquisición, integrante del valor neto contable, o como valor de enajenación, según proceda), b): «En los casos de operaciones vinculadas, el señalado según los artículos 39 y 99.1, b) de este Reglamento».
- Artículo 133, Enajenación de valores mobiliarios, número 2 (el valor de enajenación vendrá dado), B). Por el importe efectivamente abonado, salvo que sean aplicables las normas que para operaciones vinculadas establece el artículo 39 de este Reglamento...».

IV. TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL: RESOLUCIÓN DE 10-9-1986

La ambigüedad con que estaba redactado el artículo 16.3 de la ley y la supresión, en el artículo 39 del reglamento, del inciso que pretendió introducir el Ministerio de Economía y Hacienda provocaron diferencias interpretativas que se manifestaron primero, a nivel doctrinal, en tribunas, revistas y prensa especializada, llegando posteriormente a los Tribunales.

Cronológicamente, el primer veredicto sobre el particular fue una Resolución del TEAC de 10-9-1986. En ella, tras un amplio análisis histórico-doctrinal, se llega a la **conclusión** de que el legislador, a través de los artículos 16.3 y 39 antes citados (de la ley y el reglamento, respectivamente), ha establecido el ajuste bilateral para proceder a la valoración fiscal de las operaciones entre sociedades vinculadas y, en su virtud, resuelve: «...3.º Acordar se practique a la sociedad recurrente (*la vinculada que creía tener derecho a «mayores gastos», puesto que a la otra se le habían imputado «mayores ingresos»*) liquidación provisional, ajustando su base **correlativa e inversamente** al ajuste fiscal que se hizo a la sociedad vinculada por el mismo concepto impositivo y ejercicio. 4.º Se proceda a devolver la cantidad resultante de la liquidación provisional, con abono de intereses de demora».

A partir de la precedente resolución, los debates entre contribuyentes y Administración se hicieron más intensos y frecuentes. La segunda defendía la UNILATERALIDAD que, según entendía, se recogía en el reglamento y en otras normas posteriores a éste (Leyes de Presupuestos de 1983 a 1990, Real Decreto 2027/1985, Reglamento de Activos Financieros, preámbulo y Ley 48/1985, art. 3.º).

Por su parte, en el TEAC se incrementó notoriamente el número de expedientes sometidos a su resolución relativos a la materia que nos ocupa. En el período 1987-1990 fueron muchos los acuerdos dictados, lógicamente con las correspondientes matizaciones, que afectaban al procedimiento para fijar el valor de mercado computable, a la obligación de la Inspección de demostrar que los precios concertados se desviaban de los normales de mercado y a criterios especiales para fijar estos

valores en función de la localización geográfica, de las características de ciertas mercaderías o de específicas operaciones financieras. El elevado número hace que se renuncie a su enunciación o resumen; en todos ellos se imponía la aplicación del ajuste BILATERAL.

Por el contrario, en los Tribunales de Justicia fueron muy pocos los recursos tramitados. En cuanto conozco, únicamente se manifestaron sobre el asunto la AT de Bilbao (11-5-1988) que dispuso la aplicación del ajuste bilateral y la AT de Zaragoza (8-6-1987) que decretó el empleo del ajuste unilateral.

V. LEY 18/1991 DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS, DISPOSICIÓN TRANSITORIA 5.ª 5

La reiteración de las resoluciones del TEAC a que acabamos de hacer referencia y la frecuentísima petición de las sociedades, en los procesos de comprobación inspectora, en orden a que les fuera aplicado el ajuste bilateral, determinaron que el Ministerio de Economía y Hacienda optase por modificar la normativa sobre la figura tributaria que estamos estudiando; curiosamente, dicho Ministerio no explicó en ningún informe o documento que fuese publicado las causas concretas que originaron la citada modificación. La Exposición de Motivos de la Ley 18/1991 se limita a decir que «el Impuesto sobre Sociedades es objeto de adaptación a las modificaciones del Impuesto sobre la Renta, particularmente en materia de tributación de no residentes, de incrementos y pérdidas de patrimonio y de transparencia fiscal»; es decir, ni siquiera hace referencia a que la valoración de ingresos y gastos era objeto de reforma.

La modificación consistió (disp. trans. 5.ª 5) en añadir al único párrafo que hasta entonces tenía el artículo 16.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (reproducido en el número 3.1 de este trabajo) otro, que decía: «Cuando la Administración deba proceder, fuera del plazo voluntario de declaración, a ajustar la valoración de las operaciones entre sociedades vinculadas, el ajuste no podrá suponer minoración de ingresos ni incremento de gastos o de costes para ninguna de las partes». Vemos que con esta norma la Administración retornaba a su vieja pretensión de no computar, en los ajustes bilaterales, «menores ingresos» o «mayores gastos», pretensión que, como se ha visto en el anterior apartado III.2, fue rechazada de plano por el Consejo de Estado en su dictamen de 30-9-1982.

1. Reparos doctrinales.

Es notorio que el anterior precepto fue duramente criticado por la doctrina; los aspectos de más frecuente crítica fueron los siguientes:

- a) La Administración iba contra sus propios actos y decisiones en la medida que promulgaba una norma que en 1982 había decidido eliminar del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

- b) Contravenía el dictamen del Consejo de Estado de 30-9-1982 a que se ha hecho referencia en varias ocasiones a lo largo de este trabajo.
- c) De hecho, imponía el ajuste unilateral en los casos en los cuales las sociedades, previamente al fin del plazo de declaración voluntaria, no hubieran efectuado el ajuste bilateral; con ello, se vulneraba el reiterado criterio del TEAC de aplicar esta segunda modalidad de ajuste en todos los casos.
- d) Quebrantaba los principios de «**inscripción y veracidad contables**», toda vez que obligaba a recoger ingresos en una sociedad y gastos en la otra que, realmente, no se habían producido. Tal comportamiento llevaba consigo que también se atentara contra el principio de la «imagen fiel».
- e) Dudas en el importe del ajuste bilateral a realizar en las transacciones de productos que no tenían un precio de mercado claramente cuantificado, o que, aun teniéndolo, existiera diversidad de modalidades del producto o su precio sufriera grandes oscilaciones.
- f) En la mayoría de las sociedades en que se aplicaba el ajuste unilateral se provocaba doble imposición o, por lo menos, sobreimposición.
- g) Pero seguramente el aspecto más censurado en la nueva norma era su inciso inicial que dice: «Cuando la **Administración deba** proceder...», porque la pregunta era inmediata: ¿En qué casos la Administración debía proceder, y en cuáles no? Evidentemente, este indeterminismo provocaba inseguridad jurídica.

2. Consideraciones en orden a la actuación inspectora.

Frecuentemente, la Inspección de Hacienda, apoyándose en la disposición transitoria 5.ª 5 de la Ley 18/1991, ante hechos imponderables acontecidos entre 1-1-1992 y 1-1-1996, procede con cierto automatismo. Éste consiste en que al contemplar la existencia de operaciones efectuadas entre sociedades vinculadas pasa, inmediatamente, a «**vislumbrar**» que las mismas se han realizado a precios de transferencia. Entiendo que esta manera de actuar no es justa ni equitativa, puesto que además de provocar, en muchos casos (lo reiteramos), doble imposición, origina agravios comparativos con respecto a hechos imponderables realizados en ejercicios distintos de los reseñados.

Para soslayar estas situaciones entendemos que sería conveniente -y acaso legalmente necesario-, antes de incoar actas por precios de transferencia, analizar los siguientes aspectos:

- a) Lo que para la vendedora ha podido suponer un menor beneficio, para la compradora ha significado un menor coste y, por tanto, un mayor beneficio al enajenar el bien adquirido.

- b) La responsabilidad de los respectivos gestores y la medida de su eficiencia empresarial hace que éstos no acepten, por lo menos de buen grado, enajenaciones de bienes por debajo de su valor de mercado.
- c) Los accionistas minoritarios -fuera de los que constituyen «el núcleo» en los grupos financieros- difícilmente prestarán su conformidad, puesto que a ellos les perjudican las enajenaciones a precios de transferencia y, por ello, podrían impugnarlas.

Conviene tener en cuenta que para las sociedades firmar actas de disconformidad supone afrontar perjuicios de diversa índole, aun en el supuesto de que las recurran y, posteriormente, las ganen ante los Tribunales; entre tales perjuicios se encuentran:

- 1.º Pagos de minutas a asesores fiscales por sus trabajos en el estudio y redacción de los correspondientes recursos de reposición, económico-administrativo y contencioso-administrativo; petición de tasación pericial contradictoria con arreglo a lo dispuesto en el artículo 52.2 de la Ley General Tributaria, etc.
- 2.º Intereses de demora por el tiempo que transcurre entre la fecha en que se incoa el acta y aquella en que se produzca resolución o sentencia definitiva, así como los avales precisos para afianzar la deuda. Estas partidas, por el retraso de todos los Tribunales en dictar sus fallos -alrededor de cuatro años-, alcanzan cuantías muy elevadas.
- 3.º Obliga a provisionar por la cifra de deuda en discusión con la Administración. A veces, cuando ésta es importante, desequilibra el resultado repartible como dividendo, con las consiguientes quejas de los accionistas y críticas de éstos contra los administradores.

3. Hacia una interpretación coherente de la referida disposición transitoria.

Pese al automatismo con que la Inspección aplica -lo reitero, en algunos casos- la disposición transitoria 5.ª 5 de la Ley 18/1991, entiendo que la situación legislativa del período 1-1-1979 – 10-9-1986 es distinta de la del período 1-1-1992 – 1-1-1996. En mi opinión, como veremos seguidamente, en este segundo período la aplicación del ajuste unilateral está **bastante más condicionada** que lo estaba en el primero. Creo que la interpretación correcta de la expresión «Cuando la Administración **deba...**» nos aporta la solución adecuada.

Obsérvese que la norma dice que «cuando la Administración **deba proceder...**» y no dice que «cuando la Administración detecte la posible existencia de precios de transferencia **deberá ajustar...**». Así pues, vemos que emplea el **condicional** y no el **imperativo** y, entonces, ¿cuál era la **condición** para poner en juego el ajuste a precios de mercado? Evidentemente, la condición que venía **implícita** desde la publicación de la Ley 61/1978: que el eventual precio de transferencia deter-

minase un ingreso conjunto inferior al que se hubiera producido de tratarse de contribuyentes no vinculados, de contribuyentes independientes. La Inspección, antes de proceder al ajuste unilateral, debería realizar el análisis correspondiente a la vista de las explicaciones y datos facilitados por la empresa visitada. La aplicación automática del ajuste unilateral, sin un estudio previo de la cuestión, quebranta un principio básico en Derecho: la aceptación de la «prueba en contrario», y a la vez origina, en la mayoría de los casos, ya se ha dicho, doble imposición.

VI. LEY 43/1995, ARTÍCULOS 10 Y 16

A mi entender la Ley 43/1995, al **soslayar** la discusión relativa a la existencia o no de precios de transferencia y **centrar** la cuestión en que se produzca «una tributación en España inferior a la que hubiera correspondido por aplicación del valor normal de mercado», ha resuelto definitivamente el asunto.

Considero que la Ley 43/1995 es concluyente y, **simultáneamente, coadyuva a la interpretación de los diversos preceptos sucesivamente vigentes con anterioridad a su promulgación relativos a la sustitución fiscal de los valores contables por los valores de mercado**. La memoria explicativa del anteproyecto de dicha ley definía el objeto de tal sustitución con toda claridad: «...con ánimo de **evitar las evasiones** de beneficios, mediante la utilización de los precios de transferencia...». Vemos que el fin es similar (se ha reproducido en el apartado III.1 de este trabajo al hablar de la publicación de la Ley 61/1978) al fijado en el Libro Blanco para la reforma tributaria (Instituto de Estudios Fiscales, 1975-1976), reforma que se inició con la Ley 50/1977 y fue continuada con la Ley 44/1978 del IRPF y con la Ley 61/1978 del Impuesto sobre Sociedades.

Así pues, la condición (en la legislación anterior y en la presente) para poner en marcha todo el proceso valorativo es que se haya producido **evasión fiscal** o, lo que es lo mismo, una **tributación en España inferior** a la que se hubiera dado de operarse a precio de mercado.

Del articulado de la Ley 43/1995 se desprenden las características y condiciones que debe reunir la sustitución del valor contable por el valor de mercado; son las siguientes:

- a) El contribuyente tiene vedado practicar dicha sustitución. Debe contabilizar a precio de adquisición y abstenerse de realizar cualquier «**corrección**» que no sea alguna de las específicas **establecidas** en la ley (art. 10.3).
- b) La Administración es la única competente para efectuar el ajuste, así lo preceptúa el artículo 16.1, párrafo primero: La Administración Tributaria podrá valorar dentro del período de prescripción, por su valor normal de mercado, las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas cuando la valoración convenida

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

- c) La valoración administrativa no puede provocar doble imposición (art. 16.1, párrafo tercero): 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 hubieren realizado.

Tras la anterior síntesis normativa del tratamiento fiscal de las operaciones entre sociedades vinculadas, creo estar en condiciones de resumir el procedimiento a seguir, en fases sucesivas, en la comprobación inspectora (pensamos que es de aplicación en el período de vigencia de la Ley 61/1978 y en el de la Ley 43/1995):

- 1.º **Concretar** la existencia de la vinculación.
- 2.º **Detallar** las operaciones en las que se ha operado con precios de transferencia.
- 3.º Cuantificar la **reducción tributaria conjunta** originada por dichas operaciones.
- 4.º Fijar el **concepto impositivo afectado por el ilícito tributario** (aumento o reducción en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades o del IRPF, incremento o disminución de patrimonio, interés, dividendo, etc.).

VII. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA QUE ADMITEN LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LEY 43/1995

La afirmación que hago en líneas precedentes relativa a la posible aplicación retroactiva de la Ley 43/1995 **no es**, en absoluto, voluntarista; creo que pueden **fundamentarse**, entre otros, los siguientes preceptos y sentencias:

- 1.º Ley 30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículo 57.3, que dispone: Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando... y, asimismo, «cuando produzcan efectos favorables al interesado,...». Soy consciente de que esta norma es de carácter general y de que la disposición adicional quinta de la citada ley preceptúa que los procedimientos administrativos en materia tributaria se regirán por su normativa específica y, **subsidiariamente**, por las disposiciones de esta ley. Mas el hecho cierto es que, como veremos a continuación, los Tribunales vienen decretando la aplicación retroactiva de normas fiscales.

- 2.º Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de octubre de 1996, la cual establece que «la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades,... sirve como **critério de interpretación válido**» y otra del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1997, que determina: «**venturosamente**, la nueva Ley del Impuesto de 27 de octubre de 1995 (que, por supuesto, no es de aplicación al caso de autos, **si bien puede servir de elemento interpretativo de la anterior**), dice...».
- 3.º Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías del Contribuyente. El artículo 4.º 3 establece: «Las normas que regulan el **régimen de infracciones y sanciones tributarias**, así como el de los recargos, **tendrán efectos retroactivos** cuando su aplicación resulte **más favorable** para el afectado». Aunque la aplicación del **ajuste unilateral** -que reiteramos, es lo que se hace en bastantes expedientes relativos al período 1-1-1992 – 1-1-1996- no constituye, técnicamente, «**una sanción propiamente dicha**», lo cierto es que, «**de hecho**» tiene los mismos efectos «mayor quebranto económico para la entidad contribuyente». Por tanto, podría considerarse como una **sanción atípica**, sobre todo si se tiene en cuenta que el ajuste unilateral, nacido de la aplicación automática de la disposición transitoria 5.ª 5 de la Ley 18/1991, **soslaya** (lo que quiere decir que pone en tela de juicio) a las contabilidades de las sociedades vinculadas, a los contratos realizados y, en su caso, a las escrituras públicas que los recogieron, a los justificantes de pagos e ingresos bancarios, etc.

VIII. CONCLUSIÓN

Dado que la tan reiterada disposición transitoria 5.ª 5 de la Ley 18/1991 fue derogada por la Ley 43/1995, y que existen legislación y jurisprudencia suficientes que permiten la aplicación retroactiva de esta última a las transacciones efectuadas en el período 1992-1995 entre sociedades vinculadas, **la Administración debería admitir** que a dichas transacciones, efectuadas en el período citado, se les aplicara el artículo 16.1, párrafo tercero, de la Ley 43/1995, lo cual llevaría a tener que averiguar «si la tributación **realizada** era igual, superior o inferior a la **efectivamente** derivada de la operación para el **conjunto** de las entidades que la hubieran realizado. **Únicamente** en el supuesto de que FUERA INFERIOR PROCEDERÍA EL AJUSTE UNILATERAL».

Con ello se pondría fin a la injusticia que, en mi opinión, significa el trato discriminatorio dado a las operaciones reseñadas en el párrafo anterior, discriminación que inclusive se produce dentro de una misma empresa según que sus transacciones con sociedad vinculada se hayan efectuado dentro o fuera del reiterado período.