

# COMENTARIOS AL NUEVO RÉGIMEN DE DOCUMENTACIÓN DE LAS OPERACIONES VINCULADAS

**MIGUEL ÁNGEL CAAMAÑO ANIDO**

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario  
Abogado*

## **Extracto:**

SE trata de un trabajo analítico sobre el nuevo régimen de documentación de las operaciones entre partes vinculadas (RD 1793/2008, de 3 de noviembre). Algunos de los aspectos en los que se centran los comentarios y la crítica del autor son los siguientes:

1. El silencio de la nueva normativa relativo a admisión o no de ajustes extracontables que permitan adaptar el valor por el que se ha contabilizado una operación al principio de libre competencia.
2. La disfunción que provoca el nuevo mandato reglamentario en virtud del cual el método de valoración que haya de emplearse debe venir determinado por los «comparables externos».
3. Las incomprensibles exigencias impuestas a las sociedades de profesionales para evitar tanto posibles ajustes como sanciones a resultados del pago de servicios a profesionales con relación de vinculación.
4. La torpeza de haber equiparado operación vinculada con deber de documentación.
5. La dificultad –y en muchos casos imposibilidad– práctica de cumplir las obligaciones de documentación que la ley impone a cada obligado tributario.
6. Las consecuencias de los muchos errores de concepción y de carencias que la nueva regulación evidencia: utilización de comparables de procedencia extranjera y/o redactados en otro idioma, estándares contables admisibles, equiparables en situaciones de pérdidas, validez temporal de los equiparables empleados, etc.
7. La falta de garantías –causada particularmente por la desacertada tipificación de las infracciones creadas al respecto– de todo grupo de empresas y/o obligado tributario frente a eventuales expedientes sancionadores.
8. La grave confusión del redactor del Reglamento entre valoración a precios de mercado entre partes vinculadas y los procedimientos de comprobación de valores y tasación pericial contradictoria de los artículos 57 y 135 de la LGT.

**Palabras clave:** operaciones vinculadas, obligación de documentación, comparabilidad y equiparabilidad.

# Sumario

1. Consideraciones preliminares.
2. Las carencias de la nueva regulación.
3. La determinación del valor normal de mercado.
4. La elección del método de valoración.
5. Las sociedades que prestan servicios profesionales.
6. La relación entre operación vinculada y obligación de documentación.
7. Las obligaciones de documentación y la comisión de infracciones.
8. Obligaciones de documentación del grupo y obligaciones de documentación del obligado tributario.
9. El procedimiento de comprobación.
10. El ajuste secundario.
11. Las obligaciones documentales en los casos de operaciones con entidades no vinculadas residentes en paraísos fiscales.
12. Los Acuerdos sobre Precios de Transferencia.

**NOTA:** El autor agradece al profesor J.M. CALDERÓN el acceso y uso de las ideas recogidas en escrito de comentarios remitido a la DGT en el trámite de la audiencia pública del Proyecto de Real Decreto de desarrollo de la Ley de Medidas de Prevención del Fraude Fiscal.

## 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Con motivo del comentario a la última reforma del artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS) (Ley 36/2006, de 29 de noviembre), llegábamos a las siguientes conclusiones <sup>1</sup>, que hoy suscribimos palabra por palabra y que adquieren todavía mayor certeza tras la publicación del nuevo régimen de documentación de las operaciones vinculadas:

- 1.<sup>a</sup> El nuevo régimen fiscal de operaciones entre partes vinculadas ha sido redactado y concebido pensando en las grandes empresas, particularmente en los operadores internacionales, pero sin embargo los más afectados serán los pequeños empresarios, incluso profesionales vinculados a empresas de servicios, que deberán poner sumo cuidado –y ni así tendrán la exigible seguridad jurídica– en la determinación de la base imponible en los desplazamientos de bienes y prestaciones de servicios intra grupo. Se acabó la era en que con cierta despreocupación podíamos desplazar a conveniencia ciertos activos (por ejemplo, un solar o un paquete de activos financieros) de una empresa a otra, en la tranquilidad de que no había perjuicio económico para la Hacienda Pública y, consiguientemente, quedaría libre de cualquier posible ajuste. Ahora incluso sin tal perjuicio y sin diferimiento de la tributación, cualquier operación que esté fuera de los supuestos valores del mercado podrá ser objeto de ajuste, con efecto unilateral a veces, y con la consiguiente sanción, a mayor abundamiento. El gran perjudicado será, pues, el día a día de la pequeña y mediana empresa española.
- 2.<sup>a</sup> La nueva regulación no parece haber respetado la naturaleza propia del régimen de operaciones entre sociedades vinculadas. Como es sabido, este régimen no es más que un con-

---

<sup>1</sup> CAAMAÑO ANIDO: «Notas a la reforma fiscal 2007, temas tributarios de actualidad», *Revista de la Asociación Española de Asesores Fiscales*, n.º 34, 2006.

junto de reglas relativas al reparto de los puntos de conexión fiscal de las operaciones entre empresas asociadas, esto es, un sistema de reparto de la soberanía fiscal entre los distintos Estados implicados. Sin embargo, la concepción que está detrás de la nueva regulación española es distinta: el legislador ha regulado el nuevo régimen como si de una cláusula antifraude se tratase. Baste al respecto notar que la regulación nace en una bautizada como *Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal*. En otras palabras, la nueva regulación española encaja más en el modelo de las cláusulas antiabuso que en el modelo que exigen imperativamente las Directrices de la OCDE al respecto, esto es, la mera ordenación de las reglas de la libre competencia.

Al hilo de este último apunte que hacíamos hace ya dos años, cabe ahora poner en mientes la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario (v. gr. sentencia *Test Claimants in the Thin Cap Group*, de 2007), con arreglo a la cual si bien pueden no admitir reproche desde el punto de vista del ordenamiento europeo ciertas cláusulas antifraude (por ejemplo en materia de subcapitalización o de operaciones vinculadas) cuando su configuración supere el test de proporcionalidad comunitario, sin embargo carece de sentido aplicar a transacciones interiores fórmulas concebidas para operaciones transnacionales. Esta doctrina nos brinda un valioso punto de apoyo para la crítica que merece la nueva regulación de las operaciones vinculadas, regulación que se aplicará a operaciones (por ejemplo las no empresariales o las no intra grupo) para las cuales nunca fue pensado, y que además cuya aplicación práctica frecuentemente será muy difícil, cuando no, como veremos, imposible. Baste pensar al respecto en la aplicación de los métodos establecidos en la ley –muy técnicos y de aplicación compleja– al cálculo del valor de mercado de las acciones de una empresa que no cotiza en bolsa o a la retribución de un administrador.

## 2. LAS CARENCIAS DE LA NUEVA REGULACIÓN

Sin perjuicio de cuanto se expondrá en las páginas que siguen, quisiéramos dejar constancia ya de lo que para quien firma estas líneas es una gravísima carencia del Real Decreto 1793/2008, de 3 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (RIS) y se establece el nuevo régimen de documentación de las operaciones entre entidades vinculadas: el silencio relativo a admisión o no de ajustes extracontables que permitan adaptar el valor por el que se ha contabilizado una operación al principio de libre competencia. Estamos ante una omisión grave incluso para la Administración, cuya actitud necesariamente tiene que ser distinta en el caso de que se admitan o no ajustes extracontables, pero especialmente preocupante para los obligados tributarios.

No perdamos de vista que tanto los comparables como la información «equiparable» de que dispondrá cada grupo de empresas para determinar la horquilla de los precios de mercado tendrán siempre dos o tres años de antigüedad. Solo sobre la base de datos de empresas del sector de ejercicios anteriores podrá un grupo calcular los precios, los márgenes y determinar el correcto método de valoración, de modo que es muy probable que cuando se conozcan los datos del ejercicio en que se

contabilizó la operación (o grupo de operaciones), los valores necesiten actualización. Si nos situamos ante líneas de producción o de fabricación con destino a otras empresas del grupo, residentes o no, con toda seguridad los «comparables» que podamos conseguir en el mercado (por ejemplo a través de la consulta a las bases de datos Amadeus o SAVI) para calcular nuestros precios de transferencia tendrán una antigüedad mínima de dos años. Estaremos, en definitiva, operando con parámetros que necesitarán la correspondiente actualización, en algunas ocasiones incluso después de cerrados balances y aprobadas las cuentas, actualización que habrá de instrumentarse a través del correspondiente ajuste fiscal extracontable.

Pero es que la posibilidad de hacer los ajustes adquiere también una especial relevancia desde la perspectiva de la actividad comprobadora de la Inspección. ¿Respetará esta el dato de que las empresas se verán obligadas a operar con datos/márgenes no actualizados a la hora de contrastarlos con el supuesto valor de mercado o la Inspección sí hará la comprobación con datos coetáneos de las empresas de la competencia? En un contexto de crisis económica aguda como la que nos está tocando vivir, ¿somos conscientes de las consecuencias de operar con precios/márgenes de ejercicios anteriores sin posibilidad de hacer el correspondiente ajuste una vez que dispongamos de los actualizados? Habida cuenta de que en la actual coyuntura económica y financiera la volatilidad del concepto «valor de mercado» es la mayor de los últimos 20 años, el derecho a practicar el correspondiente ajuste que nos permita al final del ejercicio (o cuando dispongamos de precios/márgenes/método actualizados, o incluso si conseguimos comparables mejores o más fiables que los utilizados en el momento de contabilizar y declarar las transacciones) revisar los valores contabilizados, es la mínima garantía de seguridad jurídica que el contribuyente puede exigir.

El silencio que al respecto guarda la nueva normativa es especialmente criticable, habida cuenta de que la posibilidad de hacer ajustes a posteriori está prevista en las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia, en el informe de este mismo organismo sobre «equiparabilidad» y «comparabilidad» de 2006 y en el Código de Conducta de la Unión Europea sobre Precios de Transferencia.

### 3. LA DETERMINACIÓN DEL VALOR NORMAL DE MERCADO

El nuevo artículo 16 RIS dice lo siguiente:

#### **«Artículo 16. Determinación del valor normal de mercado de las operaciones vinculadas: análisis de comparabilidad.»**

1. A los efectos de determinar el valor normal de mercado que habrían acordado personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia a que se refiere el apartado 1 del artículo 16 de la Ley del Impuesto, se compararán las circunstancias de las operaciones vinculadas con las circunstancias de operaciones entre personas o entidades independientes que pudieran ser equiparables.

2. Para determinar si dos o más operaciones son equiparables se tendrán en cuenta, en la medida en que sean relevantes y que el obligado tributario haya podido disponer de ellas razonablemente, las siguientes circunstancias.

- a) Las características específicas de los bienes o servicios objeto de las operaciones vinculadas.
- b) Las funciones asumidas por las partes en relación con las operaciones objeto de análisis, identificando los riesgos asumidos y ponderando, en su caso, los activos utilizados.
- c) Los términos contractuales de los que, en su caso, se deriven las operaciones teniendo en cuenta las responsabilidades, riesgos y beneficios asumidos por cada parte contratante.
- d) Las características de los mercados en los que se entregan los bienes o se prestan los servicios, u otros factores económicos que puedan afectar a las operaciones vinculadas.
- e) Cualquier otra circunstancia que sea relevante en cada caso, como las estrategias comerciales. En ausencia de datos sobre comparables de empresas independientes o cuando la fiabilidad de los disponibles sea limitada, el obligado tributario deberá documentar dichas circunstancias.

Si alguna de las circunstancias anteriormente citadas no se ha tenido en cuenta porque el obligado tributario considera que no es relevante, deberá hacer una mención a las razones por las que se excluyen del análisis.

En todo caso deberán indicarse los elementos de comparación internos o externos que deban tenerse en consideración.»

La redacción dada finalmente al artículo 16 del nuevo Reglamento encierra una notable flexibilización en la utilización y aplicación de los llamados «comparables externos» si la contrastamos con la que se había dado al borrador de Reglamento que se publicó hace año y medio en el Boletín Oficial del Congreso. Entonces se exigía en todo caso la determinación de los precios, márgenes y del método de valoración sobre la base de los comparables externos, sin hacer la menor concesión al hecho de que el contribuyente no hubiese podido conseguir –o los conseguidos no fuesen fiables o seguros– datos de otras empresas del sector. El nuevo texto sí admite que los precios de transferencia se hubiesen determinado internamente en el grupo, esto es, sin atender a los referentes de empresas independientes, si bien también en este caso se ha perdido la oportunidad de seguir tanto las Directrices de la OCDE como el estudio de la misma de 2006 sobre precios de transferencia, en el sentido de ceñir la utilización de los comparables externos no absolutamente seguros a la elaboración de meros rangos de precios de mercado. Incluso habiendo omitido el ya vigente RIS toda referencia a la flexibilidad en el uso de la información externa, en aquellos casos, que serán la mayoría, en que no se dispone de detalles de las empresas de la competencia tales como funciones y/o riesgos asumidos por cada parte vinculada en las transacciones, términos contractuales de cada operación, etc. (circunstancias las tres que el nuevo art. 16 RIS obliga a ponderar para cada equiparable

externo), como quiera que la fiabilidad de los datos de que se dispone es limitada, el alcance y utilización de los mismos debe reducirse a la confección de meras tablas de rangos de precios de mercado, sin más.

Como señala CALDERÓN CARRERO<sup>2</sup>, una circular administrativa de carácter interpretativo como la elaborada por las autoridades holandesas sería un modelo muy interesante a seguir por la Administración española para aclarar todo un conjunto de dudas que suscita la aplicación de los métodos de valoración que ni aclaran las Directrices OCDE ni tampoco ha despejado el nuevo Reglamento. A título de ejemplo, debemos saber el criterio de nuestra Administración sobre la admisibilidad general de la presentación de determinados documentos (contratos, estados financieros de empresas comparables, etc.) en inglés, como idioma común generalmente empleado a nivel internacional, sin perjuicio de su traducción al español a requerimiento expreso en casos de documentos de gran relevancia, extremo este en el que abundan las Directrices OCDE (parágrafo 5.5) y el Código Conducta de la Unión Europea de documentación de precios transferencia; el criterio de aquella sobre las condiciones que debe reunir la validez de los comparables externos (idioma, verificabilidad de los datos, estándares contables admisibles, flexibilidad en el cumplimiento de los cinco factores de equiparabilidad, equiparables en situaciones de pérdidas, la eventual equiparabilidad de las *joint-ventures*, las cuestiones temporales relativas a la determinación y a la eventual necesidad de actualización (anual) de los equiparables empleados, etc.); sobre la admisibilidad incondicional de determinadas bases de datos comerciales (Amadeus, SAVI), etc.

Habida cuenta de las dudas de fondo expuestas –y tantas otras– que el nuevo texto reglamentario debía haber aclarado pero no ha hecho, tenemos que hacernos la pregunta de cómo aplicará la Administración dichos comparables externos para eventualmente hacer un ajuste. Es más, cómo va a encajar, si se propusiese actuar con rigor, la conducta de un contribuyente que haya utilizado tan inseguros comparables externos en la infracción tipificada en el apartado 10 del artículo 16 LIS.

#### 4. LA ELECCIÓN DEL MÉTODO DE VALORACIÓN

Los apartados 3 a 5 del artículo 16 RIS establecen lo siguiente:

«3. Cuando las operaciones vinculadas que realice el obligado tributario se encuentren estrechamente ligadas entre sí o hayan sido realizadas de forma continua, de manera que su valoración independiente no resulte adecuada, el análisis de comparabilidad a que se refiere este apartado se efectuará teniendo en cuenta el conjunto de dichas operaciones.

4. Dos o más operaciones son equiparables cuando no existan entre ellas diferencias significativas en las circunstancias a que se refiere el apartado 2 anterior que afecten al precio del bien o

<sup>2</sup> CALDERÓN CARRERO: *Comentarios al Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Medidas para la prevención del Fraude Fiscal.*

servicio o al margen de la operación, o cuando existiendo diferencias, puedan eliminarse efectuando las correcciones necesarias.

El análisis de comparabilidad así descrito forma parte de la documentación a que se refiere el artículo 20 de este Reglamento y cumplimenta la obligación prevista en el párrafo b) del apartado 1 del citado artículo.

5. El análisis de comparabilidad y la información sobre las operaciones equiparables constituyen los factores que determinarán, en cada caso, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 16 de la Ley del Impuesto, el método de valoración más adecuado.»

El transcrito apartado 5.º del artículo 16 RIS constituye uno de los mayores dislates del nuevo texto reglamentario. ¿Es que el método que me permita calcular con mayor corrección los precios de transferencia tiene que imponérmelo las empresas de la competencia? ¿Es que son los datos de las empresas de la competencia los que determinarán mi método para calcular los precios de las transacciones dentro de mi grupo? ¿Es que mi estrategia comercial me puede venir impuesta por las demás empresas del sector? ¿Es que tengo que renunciar a mi personal modelo o plan de negocio para ajustarme al de la competencia, por erróneo o poco rentable que este fuere? ¿No quedamos en que uno de los méritos de la reforma del artículo 16 LIS había sido eliminar la jerarquía y la prelación en la aplicación de los métodos de valoración? ¿Acaso no apela la Exposición de Motivos de la Ley 36/2006, que introdujo el vigente artículo 16 LIS, a la libertad en la aplicación de los métodos?

No solo las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia y el Código de Conducta de la Unión Europea sobre Documentación de Precios de Transferencia [párrafo 5.2 d)] avalan la libertad del contribuyente en la elección del método de valoración de las operaciones con partes vinculadas, sino que la única coordinada que puede condicionar tal elección es el respeto al principio de plena competencia.

Por otra parte, estamos, en opinión de quien firma estas líneas, ante una exigencia reglamentaria (la de que sean la comparabilidad y la información de terceros los que determinen el método de valoración) que, además de disparatada, carece de cobertura legal.

## 5. LAS SOCIEDADES QUE PRESTAN SERVICIOS PROFESIONALES

El último apartado del artículo 16 RIS dota de un especial tratamiento a las relaciones vinculadas entre las sociedades que prestan servicios profesionales y sus socios. Su tenor es el siguiente:

«6. A efectos de lo dispuesto en el artículo 16.4 de la Ley del Impuesto, el obligado tributario podrá considerar que el valor convenido coincide con el valor normal de mercado cuando se trate de una prestación de servicios por un socio profesional, persona física, a una entidad vinculada y se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que la entidad sea una de las previstas en el artículo 108 de la Ley del Impuesto, más del 75 por ciento de sus ingresos del ejercicio procedan del desarrollo de actividades profesionales, cuente con los medios materiales y humanos adecuados y el resultado del ejercicio previo a la deducción de las retribuciones correspondientes a la totalidad de los socios-profesionales por la prestación de sus servicios sea positivo.
- b) Que la cuantía de las retribuciones correspondientes a la totalidad de los socios-profesionales por la prestación de sus servicios a la entidad no sea inferior al 85 por ciento del resultado previo a que se refiere la letra a).
- c) Que la cuantía de las retribuciones correspondientes a cada uno de los socios-profesionales cumplan los siguientes requisitos:
- 1.º Se determine en función de la contribución efectuada por estos a la buena marcha de la sociedad, siendo necesario que consten por escrito los criterios cualitativos y/o cuantitativos aplicables.
  - 2.º No sea inferior a dos veces el salario medio de los asalariados de la sociedad que cumplan funciones análogas a las de los socios profesionales de la entidad. En ausencia de estos últimos, la cuantía de las citadas retribuciones no podrá ser inferior a dos veces el salario medio anual del conjunto de contribuyentes previsto en el artículo 11 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo.

El incumplimiento del requisito establecido en este número 2.º en relación con alguno de los socios-profesionales, no impedirá la aplicación de lo previsto en este apartado a los restantes socios-profesionales.»

Algunas de las observaciones que pueden hacerse a propósito del transcrito apartado 6 –apartado que sustituye al otrora blindaje de los profesionales en las relaciones vinculadas– son las siguientes:

- 1.<sup>a</sup> ¿Qué justificación sensata puede tener el hecho de que las sociedades que presten servicios profesionales que no registren beneficios queden excluidas de la protección del citado apartado 6?
- 2.<sup>a</sup> ¿La protección se pierde en relación con las operaciones vinculadas –las cuales, por tanto, quedan expuestas al ajuste, y además sin posibilidad de apoyarlas en la correspondiente documentación, con el consiguiente riesgo de sanción– del mismo ejercicio en que no se registró el resultado positivo? ¿Habrá caído en la cuenta el autor del nuevo Reglamento de que puede darse el caso de que ciertas sociedades de profesionales se vean obligadas a imputarse ingresos «irreales», o a renunciar a una provisión legítima, para evitar registrar pérdidas un determinado ejercicio y, por consiguiente, perder la protección del apartado 6?

- 3.<sup>a</sup> Si para conservar la protección del apartado 6 los socios profesionales tienen que repartir vía salarios/retribuciones al menos el 85 por 100 del resultado positivo del ejercicio, ¿cómo se calcularán los salarios mes a mes para poder cumplir esta exigencia, si se desconoce a lo largo del año el signo y el importe concreto del que será el resultado del ejercicio? ¿Es que habrá siempre a final de año que hacer pagos complementarios (o dejar de retribuir, que también podría darse el caso) entre los socios para que la suma total de las retribuciones supere el 85 por 100 de los resultados positivos?
- 4.<sup>a</sup> En las sociedades en que todo el personal asalariado sean socios profesionales, ¿qué justificación tiene exigirles que se imputen como ingresos anuales mínimos 42.000 euros? ¿Qué tendrá que ver esta exigencia con las reglas de la libre competencia, principio supuestamente inspirador del régimen de sociedades vinculadas?

## 6. LA RELACIÓN ENTRE OPERACIÓN VINCULADA Y OBLIGACIÓN DE DOCUMENTACIÓN

El artículo 18 del nuevo Reglamento establece el perímetro de los obligados a documentar las operaciones vinculadas. Su primer apartado reza así:

### «Artículo 18. Obligación de documentación de las operaciones entre personas o entidades vinculadas.

1. A los efectos de lo dispuesto en artículo 16.2 de la Ley del Impuesto, y para la determinación del valor de mercado de las operaciones entre personas o entidades vinculadas, el obligado tributario deberá aportar, a requerimiento de la Administración tributaria, la documentación establecida en esta sección, la cual deberá estar a disposición de la Administración tributaria a partir de la finalización del plazo voluntario de declaración o liquidación.

Dicha obligación se establece sin perjuicio de la facultad de la Administración tributaria de solicitar aquella documentación o información adicional que considere necesaria en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y en su normativa de desarrollo.»

La identificación que ha hecho el texto reglamentario entre operación vinculada y obligación de documentación es otro de sus incomprensibles dislates. Solo la legislación fiscal británica cae en el mismo error que el texto español, al extender la obligación de documentación a todo el perímetro de los considerados –personas físicas y jurídicas, ejercientes o no de actividades económicas, operadores internacionales o internos– partes vinculadas.

Es muy importante tener en cuenta que una vez impuesta la obligación de documentar las operaciones vinculadas a una entidad (o persona física), la *vis expansiva* de la obligación es tan extraordinaria que en muchas ocasiones será imposible de cumplir. Más concretamente, una vez impuesta la

obligación de documentación a una sociedad de un grupo, reclutar todos los datos e información que exige el nuevo texto reglamentario de todas las operaciones de todas las sociedades del grupo, por ejemplo, con «los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes, o con los consejeros o administradores», no solo es un deber desproporcionado, sino en muchos casos de imposible cumplimiento. Y si nos situamos ante la citada obligación de documentación (no perdamos de vista que el Reglamento nos impone, por poner solo un ejemplo, la obligación de describir la naturaleza, importes y flujos de las operaciones vinculadas entre las partes vinculadas, así como describir las funciones ejercidas y los riesgos asumidos por las distintas partes, incluyendo los cambios respecto del período impositivo o de liquidación anterior, etc.) en un grupo integrado por establecimientos permanentes ubicados en el exterior o de filiales no residentes, el imperativo reglamentario será materialmente imposible de cumplir. El seguimiento de las relaciones entre las distintas entidades de un grupo y de estas, residentes y no residentes, dentro y/o fuera de territorio comunitario, no solo con las demás, sino con todos los incluidos en el perímetro de vinculación (los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes, o los consejeros o administradores), es a todas luces una carga desproporcionada, decididamente contraria al ordenamiento comunitario, tal como se colige de la doctrina jurisprudencial dictada por el Tribunal de Justicia en el caso *Futura Participations* (C-250/95), sino, insistimos, de cumplimiento imposible. ¿Acaso cree el Fisco español que las sociedades residentes en terceros países donde el régimen de documentación es distinto –más juicioso– le van a facilitar a los socios españoles titulares del 5 por 100 del capital social –o incluso del 1% si la entidad cotiza en bolsa– el ingente caudal de información que necesita para elaborar el *master file*? ¿Cree la Administración española que la matriz extranjera de un grupo, asimismo extranjero, le va a facilitar a la filial española, en su caso con pérdidas y estratégicamente irrelevante, secretos empresariales del grupo tales como la «descripción general de la naturaleza, importes y flujos de las operaciones entre entidades del grupo, la descripción de general de las funciones ejercidas y de los riesgos asumidos por las distintas entidades del grupo, una relación de la titularidad de las patentes, marcas, nombres comerciales y demás activos intangibles de cada una de las empresas del grupo, una descripción de la política del grupo en materia de precios de transferencia que incluya el método o métodos de fijación de los precios adoptado por el grupo»? ¿Cree la Administración española que, en el caso anterior, la matriz extranjera le va a proporcionar a la filial española los «comparables externos» de los que aquella disponga? Es más, ¿serán válidos los comparables externos de un país extranjero? ¿Habrá creído el Ministerio de Hacienda al preparar el nuevo texto reglamentario que respeta la legalidad vigente, incluso desde una perspectiva constitucional, el deber impuesto a una empresa de revelar a un tercero –que no es sino una vinculada indirectamente al 25%– datos confidenciales y secretos estratégicos o empresariales, todos ellos necesarios para que esta última, de acuerdo con la nueva normativa española, pueda cumplir con sus obligaciones de documentación? ¿Es que cree el autor del nuevo Reglamento que tales datos confidenciales pueden ser revelados a una filial, a un establecimiento permanente o al cuñado de un administrador, para más ridículo, sin su expreso consentimiento?

Ha sido, en efecto, un despropósito llevar la obligación de documentación, si no fuera de las operaciones transnacionales, sí más allá del grupo de entidades (nunca personas físicas) en las que haya control, o sea, del grupo definido como tal por el artículo 42 del Código de Comercio, y más allá de aquellos casos en que haya evidencias de fraude.

La regla imperativa de valoración que rige las operaciones entre partes vinculadas está concebida para combatir los supuestos en que una parte influye o puede influir en la determinación del precio o del margen de las operaciones con otra u otras. Es en tales casos en que está justificada la regla imperativa de valoración que gobierna las relaciones entre partes independientes. Carece de toda justificación, *contrario sensu*, cuando se proyecta, con la consiguiente obligación de documentar –y de «comparar», consiguiendo y cotejando con equiparables externos en cada caso– sobre entidades con un grado de influencia mínimo, sin verdadera capacidad de decisión, y no digamos ya sobre personas físicas. No tiene explicación alguna que se impongan deberes documentales tanto a los grupos transnacionales como al pariente colateral de tercer grado de un consejero de una sociedad no residente del grupo, por poner un ejemplo, como tampoco que el castigo derivado del incumplimiento, o sea, la sanción derivada de la infracción cometida por el incumplimiento del detalle exigido para elaborar el *master file*, pueda llegar a ser idéntica en ambos casos.

Pero es que la crítica que estamos haciendo al nuevo régimen de documentación de las operaciones vinculadas tiene mucho que ver con la que hizo el Consejo de Estado a una versión anterior del texto reglamentario, versión que coincidía con la actual en el perímetro de los obligados a llevar la documentación. El Consejo de Estado afirmó entonces lo siguiente: «... *El proyecto que se informa... establece con gran amplitud unas obligaciones de los contribuyentes... La amplitud de la información solicitada –probablemente excesiva– deriva de la remisión que se hace del artículo 16.2 de la Ley del Impuesto, definidor de las personas o entes vinculadas. Si se preparase un precepto legal para regular esta materia tendría que centrarse en los supuestos más trascendentes de vinculación (como los antes mencionados precios de transferencia intra grupo) y dejando fuera supuestos de importancia menor, marginales o cuantitativamente irrelevantes...».*

Pensemos, en fin, que al proyectar las obligaciones documentales sobre las relaciones de unas entidades con aquellas otras sobre las que carecen de toda posibilidad de influir en la política de precios, o sobre las personas físicas, no solo se está desnaturalizando la figura que nos ocupa, apartándose del principio de la libre concurrencia (el denominado *reasonable assessment of a prudent business management*) que constituye su *leitmotiv*, sino que se está emparentando la figura que nos ocupa con la mera comprobación de valores del artículo 57 de la Ley General Tributaria (LGT).

La limitación de las exigencias de documentación a los supuestos de mayor riesgo está muy presente en el Capítulo V de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia, concretamente en los párrafos 5.3 a 5.6 de aquel. Notemos que las propias Directrices OCDE sobre Precios de Transferencia llevan por nombre *Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*, de modo que su misma denominación evoca un ámbito de aplicación mucho más restringido que el actual régimen español.

Asimismo, el Código de Conducta de Documentación Europea se limita a «empresas asociadas en la Unión Europea». En particular, el *master file*, texto del cual trae causa la redacción del

artículo 19 del nuevo Reglamento, cuando hace referencia a la «documentación del grupo», se está refiriendo a los grupos multinacionales, nunca a grupos internos ni, con mayor razón, a operaciones con personas físicas.

Si sometemos a examen, en fin, la legislación fiscal sobre operaciones vinculadas de los países de nuestro entorno, con la excepción de Gran Bretaña, advertiremos que el grado de participación mínimo exigido para que haya vinculación oscila entre el 25 y el 50 por 100. Y para los casos en que la relación de vinculación venga determinada por el «control» de unas entidades sobre otras, se exige siempre unidad de decisión y efectivo control, político y económico.

A título de ejemplo, la Orden de 28 de octubre de 2003, que desarrolla la Ordenanza Tributaria alemana en materia de documentación de operaciones vinculadas, limita las obligaciones documentales a las operaciones internacionales. A las pequeñas y medianas empresas solo se les exige que conserven la documentación que les permita justificar que han cumplido con el principio de plena concurrencia, sin más.

## 7. LAS OBLIGACIONES DE DOCUMENTACIÓN Y LA COMISIÓN DE INFRACCIONES

Los apartados 2.º a 4.º del artículo 18 y el artículo 19 establecen lo siguiente:

«2. La documentación a que se refiere esta sección deberá elaborarse teniendo en cuenta la complejidad y volumen de las operaciones, de forma que permita a la Administración comprobar que la valoración de las mismas se ha ajustado a lo previsto en el artículo 16 de la Ley del Impuesto. En su preparación, el obligado tributario podrá utilizar aquella documentación relevante de que disponga para otras finalidades. Dicha documentación estará formada por:

- a) La documentación relativa al grupo al que pertenezca el obligado tributario. Se entiende por grupo, a estos efectos, el establecido en el apartado 3 del artículo 16 de la Ley del Impuesto, así como el constituido por una entidad residente o no residente y sus establecimientos permanentes en el extranjero o en territorio español.

Tratándose de un grupo en los términos previstos en el apartado 3 del artículo 16 de la Ley del Impuesto, la entidad dominante podrá optar por preparar y conservar la documentación relativa a todo el grupo. Cuando la entidad dominante no sea residente en territorio español, deberá designar a una entidad del grupo residente en territorio español para conservar la documentación.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio del deber del obligado tributario de aportar a requerimiento de la Administración tributaria en plazo y de forma veraz y completa la documentación relativa al grupo al que pertenezca.

- b) La documentación del obligado tributario.

3. No será exigible la documentación prevista en esta Sección en relación con las siguientes operaciones vinculadas:

- a) Las realizadas entre entidades que se integren en un mismo grupo de consolidación fiscal que haya optado por el régimen regulado en el capítulo VII del título VII de la Ley del Impuesto.
- b) A las realizadas con sus miembros por las agrupaciones de interés económico de acuerdo con lo previsto en la Ley 12/1991, de 29 de abril, de agrupaciones de interés económico, y las uniones temporales de empresas, reguladas en la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas y de sociedades de desarrollo industrial regional e inscritas en el registro especial del Ministerio de Economía y Hacienda.
- c) Las realizadas en el ámbito de ofertas públicas de venta o de ofertas públicas de adquisición de valores.

4. El obligado tributario deberá incluir en las declaraciones que así se prevea, la información relativa a sus operaciones vinculadas en los términos que se establezca por Orden del Ministro de Economía y Hacienda.

#### **Artículo 19. Obligación de documentación del grupo al que pertenezca el obligado tributario.**

1. La documentación relativa al grupo comprende la siguiente:

- a) Descripción general de la estructura organizativa, jurídica y operativa del grupo, así como cualquier cambio relevante en la misma.
- b) Identificación de las distintas entidades que, formando parte del grupo, realicen operaciones vinculadas en cuanto afecten, directa o indirectamente, a las operaciones realizadas por el obligado tributario.
- c) Descripción general de la naturaleza, importes y flujos de las operaciones vinculadas entre las entidades del grupo en cuanto afecten, directa o indirectamente, a las operaciones realizadas por el obligado tributario.
- d) Descripción general de las funciones ejercidas y de los riesgos asumidos por las distintas entidades del grupo en cuanto afecten, directa o indirectamente, a las operaciones realizadas por el obligado tributario, incluyendo los cambios respecto del período impositivo o de liquidación anterior.
- e) Una relación de la titularidad de las patentes, marcas, nombres comerciales y demás activos intangibles en cuanto afecten, directa o indirectamente, a las operaciones realizadas por el obligado tributario, así como el importe de las contraprestaciones derivadas de su utilización.

- f) Una descripción de la política del grupo en materia de precios de transferencia que incluya el método o métodos de fijación de los precios adoptado por el grupo, que justifique su adecuación al principio de libre competencia.
- g) Relación de los acuerdos de reparto de costes y contratos de prestación de servicios entre entidades del grupo, en cuanto afecten, directa o indirectamente, a las operaciones realizadas por el obligado tributario.
- h) Relación de los acuerdos previos de valoración o procedimientos amistosos celebrados o en curso relativos a las entidades del grupo en cuanto afecten, directa o indirectamente, a las operaciones realizadas por el obligado tributario.
- i) La memoria del grupo o, en su defecto, informe anual equivalente.

2. Las obligaciones documentales previstas en el apartado anterior se referirán al período impositivo o de liquidación en el que el obligado tributario haya realizado operaciones vinculadas con cualquier otra entidad del grupo, y serán exigibles para los grupos que no cumplan con lo previsto en el artículo 108 de la Ley del Impuesto.

Cuando la documentación elaborada para un período impositivo o de liquidación continúe siendo válida en otros posteriores, no será necesaria la elaboración de nueva documentación, sin perjuicio de que deban efectuarse las adaptaciones que fueran necesarias.

3. A efectos de lo dispuesto en el artículo 16.10 de la Ley del Impuesto, constituyen distintos conjuntos de datos las informaciones a que se refieren cada una de las letras a), c), d), f) e i) del apartado 1 de este artículo. A estos mismos efectos, tendrá la consideración de dato la información relativa a cada una de las personas, entidades o importes mencionados las letras b) y e) de dicho apartado. También tendrá la consideración de dato cada uno de los acuerdos de reparto de costes, contratos de prestación de servicios, acuerdos previos de valoración y procedimientos amistosos a los que se refieren las letras g) y h).»

Nuevamente tenemos que decir que se ha perdido una valiosa oportunidad para solucionar los problemas de seguridad jurídica que el apartado 10 del artículo 16 LIS, regulador de las infracciones y sanciones en el ámbito de las operaciones entre partes vinculadas, está causando. Es de lamentar que el nuevo Reglamento no nos facilite ayuda para tratar de dilucidar qué debe entenderse por «documentación incompleta», expresión que utiliza el citado precepto de la LIS a fin de definir una de las conductas tipificadas como infracción, castigadas, por otra parte, con severísimas sanciones. No es fácil dilucidar el significado de la expresión «documentación incompleta» referido a la justificativa de los precios de mercado. Parece como si el autor de la norma estuviese pensado en las obligaciones contables y/o registrales. En estos casos sí es fácil de dilucidar cuándo están incompletas. En el caso de la documentación de precios de transferencia, que encierra una exposición tan personal y subjetiva como se quiera de la visión estratégica de un grupo, que algunos de los parámetros (por ejemplo, la descripción de las funciones ejercidas y de los riesgos asumidos por las distintas entidades del grupo, así como la política de precios de transferencia) son meramente descriptivos, además de

coyunturales y cambiantes, determinar en qué casos no se han cumplido «completamente» no solo pertenece al terreno de lo opinable, sino que no resiste la menor prueba desde la perspectiva del principio de tipicidad.

Por otra parte, tampoco es fácil saber cuándo se ha cometido la infracción consistente en incumplir la obligación de proporcionar una «descripción general de la estructura organizativa, jurídica y operativa del grupo, así como de las funciones ejercidas y de los riesgos asumidos por las distintas entidades del grupo». Cuándo una «descripción general» será o no suficiente es una cuestión meramente valorativa, y al recibir ahora dicha «descripción general» la consideración de «grupo de datos» a los efectos de que su omisión –o su falta de complitud, que es todavía más grave– sea sancionable, pone en manos de la Inspección una herramienta sancionadora que escapa a los más elementales rigores de la seguridad jurídica. Una «descripción general», por poner solo los ejemplos de las letras a) y d) del artículo 19, no es algo concretizable, sino por naturaleza subjetivo, que admite tantas caras, tal graduación en su detalle y tan variable fisonomía como quiera el equipo de personas responsable de su preparación. No hay manera, en definitiva, de objetivar su incumplimiento, razón por la cual en ningún caso el criterio personal de la Inspección acerca de si la «descripción general» a que obliga la norma es o no completa, de si ha llegado al suficiente grado de detalle o de si le convence el modo en que ha sido expuesta puede ser merecedora de sanción.

## **8. OBLIGACIONES DE DOCUMENTACIÓN DEL GRUPO Y OBLIGACIONES DE DOCUMENTACIÓN DEL OBLIGADO TRIBUTARIO**

El artículo 20 regula la obligación de documentación del obligado tributario del siguiente modo:

«1. La documentación específica del obligado tributario deberá comprender:

- a) Nombre y apellidos o razón social o denominación completa, domicilio fiscal y número de identificación fiscal del obligado tributario y de las personas o entidades con las que se realice la operación, así como descripción detallada de su naturaleza, características e importe.

Asimismo, cuando se trate de operaciones realizadas con personas o entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales, deberá identificarse a las personas que, en nombre de dichas personas o entidades, hayan intervenido en la operación y, en caso de que se trate de operaciones con entidades, la identificación de los administradores de las mismas.

- b) Análisis de comparabilidad en los términos descritos en el artículo 16.2 de este Reglamento.
- c) Una explicación relativa a la selección del método de valoración elegido, incluyendo una descripción de las razones que justificaron la elección del mismo, así como su forma de aplicación, y la especificación del valor o intervalo de valores derivados del mismo.

- d) Criterios de reparto de gastos en concepto de servicios prestados conjuntamente en favor de varias personas o entidades vinculadas, así como los correspondientes acuerdos, si los hubiera, y acuerdos de reparto de costes a que se refiere el artículo 17 de este Reglamento.
- e) Cualquier otra información relevante de la que haya dispuesto el obligado tributario para determinar la valoración de sus operaciones vinculadas, así como los pactos parasociales suscritos con otros socios.»

En el intento de flexibilizar las obligaciones de documentación, de acuerdo con los informes y críticas que desde muchos sectores se han hecho al primer borrador de Reglamento de documentación de operaciones vinculadas (texto que vio la luz en el mes de julio de 2006), se ha echado mano de una fórmula mixta que con toda seguridad suscitará confusiones.

El nuevo régimen no clasifica las obligaciones documentales en virtud de la trascendencia internacional o no de las operaciones, o del tipo/estructura de grupo de empresas, como han hecho las legislaciones alemana, belga u holandesa, sino en virtud del tipo de obligado tributario (personas físicas no ejercientes de actividades empresariales, personas físicas sometidas al régimen de estimación objetiva y empresas de reducida dimensión), combinado con otra clasificación, la que conecta con el tipo de bien sobre el que versa la transacción (transmisión de mercancías, transmisión de negocios, transmisión de valores, transmisión de inmuebles, transmisión de intangibles y servicios profesionales).

A pesar de que la redacción pudo ser ostensiblemente más clara y sencilla, parece que debe llegarse a la conclusión de que las empresas de reducida dimensión, salvo que realicen negocios sobre inmuebles o sobre intangibles, deberán únicamente cumplir las obligaciones documentales descritas en las letras a) («Nombre y apellidos o razón social o denominación completa, domicilio fiscal y número de identificación fiscal del obligado tributario y de las personas o entidades con las que se realice la operación, así como descripción detallada de su naturaleza, características e importe») y e) («Cualquier otra información relevante de la que haya dispuesto el obligado tributario para determinar la valoración de sus operaciones vinculadas, así como los pactos parasociales») del artículo 20. Ahora bien, se les ha impuesto también a las PYME la obligación de «identificar el método de valoración utilizado y el intervalo de valores derivados del mismo que hayan aplicado», de modo que necesariamente tendrán que hacer el correspondiente análisis de comparabilidad y equiparabilidad. Todos los intentos que desde sectores tales como la AEDAF, el REAF o la Universidad invocaban sentido del equilibrio y sensatez a los autores del Reglamento para que liberasen a las empresas de reducida dimensión españolas de tan desproporcionado cuadro de obligaciones documentales, han sido infructuosos.

No deja de sorprendernos, en otro orden de cosas, la obligación impuesta por el RIS a las empresas de revelar a la Administración tributaria los pactos parasociales, obligación que no solo los desnaturaliza, sino que en muchos casos será el fin de los mismos. Los pactos parasociales son, no lo olvidemos, contratos privados, amparados ciertamente por el artículo 1.255 del Código Civil, pero deliberada y estratégicamente privados, ya que de lo contrario su contenido se habría incorporado a

los Estatutos sociales. Si el nuevo Reglamento obliga no solo a hacerlos públicos, sino incluso a facilitárselos al amplísimo círculo de personas vinculadas (pensemos en el caso de pactos de sindicación de las acciones, de sindicación del voto, de los pactos denominados *tag along*, que regulan el otorgamiento a uno de los socios del derecho a adherirse a la venta de las acciones que realiza otro socio con un tercero o de los denominados pactos *drag along*, que permiten a un socio arrastrar al otro socio en la venta pactada con un tercero), pocas dudas quedan de que se está firmando su certificado de defunción.

Pero más que sorpresa nos causa perplejidad el trato especialmente severo que se dispensa a las personas físicas sujetas al régimen de estimación objetiva. En opinión de quien firma estas líneas, si reflexionamos un poco sobre la magnitud de las obligaciones documentales que se les impone y las conectamos con las sanciones que el apartado 10 del artículo 16 LIS establece para el caso de incumplimiento, fácil es llegar a la conclusión de que cualquier persona bien asesorada que esté sujeta al régimen de estimación objetiva evitará a toda costa entregar y/o recibir bienes y prestar y/o recibir servicios con partes vinculadas. Las obligaciones documentales que se les imponen a estos sujetos pasivos, precisamente una categoría que nace a fin de facilitarles formal y registralmente el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y contables, son las siguientes: *a) Nombre y apellidos o razón social o denominación completa, domicilio fiscal y número de identificación fiscal del obligado tributario y de las personas o entidades con las que se realice la operación, así como descripción detallada de su naturaleza, características e importe; en caso de que se trate de operaciones con entidades, la identificación de los administradores de las mismas; b) Análisis de comparabilidad en los términos descritos en el artículo 16.2 de este Reglamento, o sea, una ponderación de las características específicas de los bienes o servicios objeto de las operaciones vinculadas; de las funciones asumidas por las partes en relación con las operaciones objeto de análisis, identificando los riesgos asumidos y ponderando, en su caso, los activos utilizados; de los términos contractuales de los que, en su caso, se deriven las operaciones teniendo en cuenta las responsabilidades, riesgos y beneficios asumidos por cada parte contratante; de las características de los mercados en los que se entregan los bienes o se prestan los servicios, u otros factores económicos que puedan afectar a las operaciones vinculadas; de cualquier otra circunstancia que sea relevante en cada caso, como las estrategias comerciales. Y, en fin, c) una explicación relativa a la selección del método de valoración elegido, incluyendo una descripción de las razones que justificaron la elección del mismo, así como su forma de aplicación, y la especificación del valor o intervalo de valores derivados del mismo.* El régimen de documentación establecido para los sujetos pasivos de módulos bien pudiera ser la primera medida de un proceso directamente dirigido a su supresión.

Los apartados 2 a 4 del artículo 20 dicen lo siguiente:

«2. Las obligaciones documentales previstas en el apartado anterior se referirán al período impositivo o de liquidación en el que el obligado tributario haya realizado la operación vinculada.

Cuando la documentación elaborada para un período impositivo o de liquidación continúe siendo válida en otros posteriores, no será necesaria la elaboración de nueva documentación, sin perjuicio de que deban efectuarse las adaptaciones que fueran necesarias.

3. Las obligaciones documentales previstas en el apartado 1 anterior serán exigibles en su totalidad, salvo cuando una de las partes que intervenga en la operación sea una de las entidades a que se refiere el artículo 108 de la Ley del Impuesto o una persona física y no se trate de operaciones realizadas con personas o entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales, en cuyo caso las obligaciones específicas de documentación de los obligados tributarios comprenderán:

- a) Las previstas en las letras a), b), c) y e) del apartado 1 cuando se trate de operaciones realizadas por contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas a los que resulte de aplicación el régimen de estimación objetiva con sociedades en las que aquellos o sus cónyuges, ascendientes o descendientes, de forma individual o conjuntamente entre todos ellos, tengan un porcentaje igual o superior al 25 por 100 del capital social o de los fondos propios.
- b) Las previstas en las letras a) y e) del apartado 1, así como las magnitudes, porcentajes, ratios, tipos de interés aplicables a los descuentos de flujos, expectativas y demás valores empleados en la determinación del valor cuando la operación consista en la transmisión de negocios o valores o participaciones representativos de la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidades no admitidos a negociación en alguno de los mercados regulados de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE.
- c) Las previstas en las letras a), c) y e) del apartado 1 en los supuestos de transmisión de inmuebles o de operaciones sobre intangibles.
- d) La prevista en la letra a) del apartado 1, así como la justificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 16.6 de este Reglamento cuando se trate de las prestaciones de servicios profesionales a las que les resulte de aplicación lo previsto en el citado artículo.
- e) Las previstas en las letras a) y e) del apartado 1, así como la identificación del método de valoración utilizado y el intervalo de valores derivados del mismo, en el resto de los casos.

4. En relación con cada operación o conjunto de operaciones, cuando estas se encuentren estrechamente ligadas entre sí o hayan sido realizadas de forma continua por el obligado tributario, y a efectos de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 16.10 de la Ley del Impuesto, constituyen distintos conjuntos de datos las informaciones a que se refieren cada una de las letras b), c), d) y e) del apartado 1 y las descritas en las letras b), d) y e) del apartado 3. A estos mismos efectos, tendrá la consideración de dato la información relativa a cada una de las personas o entidades a que se refiere la letra a) del apartado 1.»

Reiteramos en este punto los comentarios que hemos hecho a propósito del apartado último del artículo anterior.

## 9. EL PROCEDIMIENTO DE COMPROBACIÓN

### «Artículo 21. Comprobación del valor normal de mercado de las operaciones vinculadas.

1. Cuando la corrección valorativa no sea el objeto único de la regularización que proceda practicar en el procedimiento de inspección en el que se lleve a cabo, la propuesta de liquidación que derive de la misma se documentará en un acta distinta de las que deban formalizarse por los demás elementos de la obligación tributaria. En dicha acta se justificará la determinación del valor normal de mercado conforme a alguno de los métodos previstos en el apartado 4 del artículo 16 de la Ley del Impuesto y se señalarán adecuadamente los motivos que determinan la corrección de la valoración efectuada por el obligado. La liquidación derivada de este acta tendrá carácter provisional de acuerdo con lo establecido en el artículo 101.4.b) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

2. Si el obligado tributario interpone recurso o reclamación contra la liquidación provisional practicada como consecuencia de la corrección valorativa, se notificará dicha liquidación y la existencia del procedimiento revisor a las demás personas o entidades vinculadas afectadas al objeto de que puedan personarse en el procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 223.3 y 232.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Transcurridos los plazos oportunos sin que el obligado tributario haya interpuesto recurso o reclamación, se notificará la liquidación provisional practicada a las demás personas o entidades vinculadas afectadas para que aquellas que lo deseen puedan optar de forma conjunta por interponer el oportuno recurso de reposición o reclamación económico-administrativa. Si, por no existir acuerdo entre las distintas partes o entidades vinculadas se simultanearan ambas vías de revisión, se tramitará el recurso o reclamación presentado en primer lugar y se declarará inadmisibile el segundo o ulterior.»

Este apartado 2.º no solo carece de cobertura legal, constituyendo en tal sentido un exceso reglamentario, sino que no resiste la más elemental prueba de validez desde la perspectiva del principio constitucional de tutela judicial efectiva. En el año 1987 ya el legislador fiscal se propuso algo semejante cuando se discutía en las Cortes Generales la actualmente vigente Ley 29/1987, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, tratando de hurtarle al contribuyente vías de recurso y forzar a la pluralidad de herederos a ponerse de acuerdo y actuar conjuntamente contra los actos administrativos de comprobación de valores. Aquella propuesta fue abandonada por lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, constitucionalmente consagrado. Se ve que aquella fórmula no quedó en el olvido de algunos, sino en la herida, y ha sido recuperada, con la agravante de que se introduce nada menos que mediante una norma de rango reglamentario.

Los apartados 3.º a 5.º del artículo 21 RIS señalan lo que a continuación se transcribe:

«3. Cuando para la aplicación de los métodos previstos en el apartado 4 del artículo 16 de la Ley del Impuesto haya sido necesario comprobar el valor de bienes o derechos por alguno de los medios establecidos en el artículo 57.1 de la Ley General Tributaria, el obligado tributario podrá promover la tasación pericial contradictoria para corregir el valor comprobado de dicho bien o dere-

cho. Si el obligado tributario promueve la tasación pericial contradictoria, el órgano competente notificará al obligado tributario y a las demás personas o entidades vinculadas afectadas el informe emitido por un perito de la Administración, concediéndoles un plazo de 15 días para que puedan proceder al nombramiento de común acuerdo de un perito, que deberá tener título adecuado a la naturaleza de los bienes o derechos a valorar, tramitándose el procedimiento de tasación pericial contradictoria conforme a lo dispuesto en el artículo 135 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Una vez finalizado el procedimiento de tasación pericial contradictoria, se procederá conforme a lo señalado en el apartado 2 anterior, en cuanto a los posibles recursos o reclamaciones a interponer contra la liquidación provisional derivada del valor resultante de la tasación.

Cuando conforme a lo dispuesto en este apartado sea posible promover el procedimiento de tasación pericial contradictoria y hayan transcurrido los plazos oportunos sin que el obligado tributario haya promovido dicha tasación o interpuesto recurso o reclamación, la liquidación provisional practicada se notificará a las demás personas o entidades vinculadas afectadas para que aquellas que lo deseen puedan optar de forma conjunta por promover la tasación pericial contradictoria o interponer el oportuno recurso o reclamación. Si, por no existir acuerdo entre las distintas partes o entidades vinculadas la solicitud de tasación pericial contradictoria se simultaneara con un recurso o reclamación, se sustanciará aquella en primer lugar, a efectos de determinar el valor a que se refiere el artículo 16.1.2.º de la Ley del Impuesto. La presentación de la solicitud de tasación pericial contradictoria surtirá efectos suspensivos conforme a lo dispuesto en el artículo 135.1 de la Ley General Tributaria y determinará la inadmisión de los recursos y reclamaciones que se hubieran podido simultanear con dicha tasación pericial contradictoria.

Una vez finalizado el procedimiento de tasación pericial contradictoria a que se refiere el párrafo anterior, las partes o entidades vinculadas podrán optar de forma conjunta en los términos previstos en el apartado 2 anterior, por interponer recurso de reposición o reclamación económico-administrativa contra la liquidación provisional derivada del valor resultante de la tasación.

4. Una vez que la liquidación practicada al obligado tributario haya adquirido firmeza, la Administración tributaria regularizará la situación tributaria de las demás personas o entidades vinculadas conforme al valor comprobado y firme, reconociendo, en su caso, los correspondientes intereses de demora. Esta regularización se realizará mediante la práctica de una liquidación correspondiente al último período impositivo cuyo plazo de declaración e ingreso hubiera finalizado en el momento en que se produzca tal firmeza. Tratándose de impuestos en los que no exista período impositivo, dicha regularización se realizará mediante la práctica de una liquidación correspondiente al momento en que se produzca la firmeza de la liquidación practicada al obligado tributario.

En esta liquidación se tendrán en cuenta los efectos correspondientes al valor comprobado y firme respecto de todos y cada uno de los períodos impositivos afectados por la corrección valorativa llevada a cabo por la Administración tributaria e incluirá, en su caso, los correspondientes intereses de demora calculados desde la finalización del plazo establecido para la presentación de la autoliquidación o desde la fecha de la presentación fuera de plazo de la autoliquidación si la regularización da lugar a una devolución de cada uno de los ejercicios en los que la operación vinculada

haya producido efectos, hasta la fecha en que se practica la liquidación correspondiente al ejercicio en que el valor comprobado de dicha operación es eficaz frente a las demás personas o entidades vinculadas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 16.9.3.º de la Ley del Impuesto y en el párrafo anterior.

Los obligados tributarios deberán, asimismo, aplicar el valor comprobado en las declaraciones de los períodos impositivos siguientes a aquel al que se refiera la regularización administrativa cuando la operación vinculada produzca efectos en los mismos.

Para la práctica de la liquidación anterior, los órganos de inspección podrán ejercer las facultades previstas en el artículo 142 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y realizar las actuaciones de obtención de información que consideren necesarias.

5. El procedimiento regulado en este artículo no se aplicará a las personas o entidades afectadas por la corrección valorativa que no sean residentes en territorio español o establecimientos permanentes situados en el mismo, de acuerdo con lo dispuesto en el número 4.º del apartado 9 del artículo 16 de la Ley.

Las personas o entidades afectadas no residentes en territorio español, salvo que se trate de establecimientos permanentes radicados en el mismo, que puedan invocar un tratado o convenio que haya pasado a formar parte del ordenamiento interno, deberán acudir al procedimiento amistoso o al procedimiento arbitral para eliminar la posible doble imposición generada por la corrección valorativa, de acuerdo con lo dispuesto en el número 5.º del apartado 9 del artículo 16 de la Ley.»

La inaplicación del procedimiento llamado a garantizar el ajuste bilateral a los establecimientos permanentes no ubicados en territorio español pero que realizaron actividades –y, por consiguiente, presentaron la correspondiente declaración fiscal– en España plantea serias dudas de legalidad. ¿Por qué no se aplica el ajuste bilateral directo, por ejemplo, a cobro de *royalties* por parte de un establecimiento permanente a su casa central española? ¿Qué problema suscita? ¿Qué mayor garantía para el ajuste bilateral que practicar el ajuste positivo (negar parte del gasto en concepto de canon, por excesivo) a la casa central española y simultáneamente hacer el correspondiente ajuste negativo sobre la declaración en calidad de no residente presentada en España en virtud del *royalty* cobrado a la entidad española? ¿Qué queda de la enfática garantía de bilateralidad en el ajuste que establece el artículo 16.1 LIS?

Pero es que desde la perspectiva del ordenamiento comunitario, estamos ante una posible lesión del principio de no discriminación por razón de nacionalidad en aquellos casos en que el establecimiento permanente estuviese ubicado en territorio comunitario. Recuérdese a este respecto que no solo las discriminaciones directas por razón de la nacionalidad están prohibidas, es decir, aquellas que utilizan el criterio de la nacionalidad como factor diferenciador a los efectos de una norma concreta, sino también aquellas que, sin referirse a la nacionalidad (v. gr: empleando criterios como la residencia), producen el mismo efecto (es la llamada «discriminación indirecta o encubierta»). Y recordemos

también que la prohibición de no discriminación es operativa tanto en cuestiones de índole sustantivo como en cuestiones de orden procedimental (*Commerzbank 1993, Hoechst 2000*).

Teniendo en cuenta que la normativa española nada prejuzga sobre el sentido y los efectos del correspondiente ajuste que pueda hacer la Administración extranjera, esto es, la Administración de la entidad vinculada no residente, no es admisible negar a esta o a un establecimiento permanente los derechos procedimentales que el artículo 21 del nuevo texto reglamentario le reconoce a los sujetos pasivos residentes en España. No es jurídicamente admisible que le sean negados a aquellos los derechos de notificación, el trámite de audiencia y alegaciones, de recurso, etc., que el artículo 21 generaliza para los residentes en España. Ni el principio comunitario de no discriminación lo permite, ni los Convenios para Evitar la Doble Imposición con cláusula de intercambio de información ni, en fin, las Directivas europeas en materia de Asistencia mutua en el Intercambio de Información permiten semejante diferencia de trato.

El engarce del artículo 21 con lo establecido en los precedentes suscita, asimismo, estas otras reflexiones:

No acabamos de comprender la remisión expresa que se hace en el citado artículo 21 RIS a los artículos 57 y/o 153 LGT. En otras palabras, no acabamos de entender cómo es posible remitir la comprobación de los valores declarados por operaciones vinculadas a los medios de comprobación del artículo 57 LGT, cuando cinco artículos más atrás, o sea, en el 16 del nuevo texto reglamentario imperativamente se dice que para determinar el valor de mercado «se compararán las circunstancias de las operaciones vinculadas con las circunstancias de operaciones entre personas o entidades independientes que pudieran ser equiparables», operación para la cual deben ponderarse las características específicas de los bienes o servicios objeto de las operaciones vinculadas; las funciones asumidas por las partes, identificando los riesgos asumidos y ponderando, en su caso, los activos utilizados, los términos contractuales de la operación, las características de los mercados en los que se entregan los bienes o se prestan los servicios, etc. El autor del nuevo RIS tiene que decirnos en qué quedamos: ¿La comprobación de los valores declarados en operaciones vinculadas se hace de acuerdo con los medios del artículo 57 LGT (por ejemplo, dictamen de peritos de la Administración, valor asignado a los bienes en las pólizas de contratos de seguros o valor asignado para la tasación de las fincas hipotecadas) o se hace de acuerdo con el artículo 16 del nuevo RIS? ¿Ya se ha olvidado el autor del RIS que el valor de mercado no se extrae de los simples métodos del artículo 57 LGT, sino que, de acuerdo con lo que él mismo ha establecido en el artículo 16, es el análisis de comparabilidad y la información sobre las operaciones equiparables los factores que determinarán el método de valoración más adecuado? ¿Cómo va a aplicar la Inspección cualquiera de los medios de comprobación de valores del artículo 57 LGT a los supuestos en que el contribuyente hubiese utilizado el «método del margen neto del conjunto de las operaciones» o el «método de distribución del resultado» (apartado 4.º del art. 16 LIS) a conjuntos agrupados de bienes o a líneas completas de producción que se desplazan a centros vinculados residentes en España o en otro país? ¿Es que tiene algún sentido en tales casos apelar al artículo 57 LGT? ¿Es que tiene algún sentido pensar en aplicar los parámetros de verificación individual de bienes o servicios –por ejemplo, valores obrantes en Registros Oficiales o precio de reventa– a un proceso de fabricación en que se venden a sociedades vinculadas líneas enteras, o sea, agrupadas, de productos semiterminados? ¿Qué posibilidades hay incluso de que los medios de determinación del valor del

artículo 57 LGT permitan concretar con cierto rigor el valor de venta de ciertos intangibles (por ejemplo, patentes sin evolucionar, en proceso de mutación, o marcas en fase de incipiente explotación) que carecen de todo referente en el mercado libre?

No cabe duda de que estamos ante una nueva evidencia de que la concepción del nuevo régimen de las operaciones entre partes vinculadas obedece más al de las cláusulas antifraude que a su naturaleza genuina, esto es, al de fórmula sobre la base de la cual respetar las reglas de la libre competencia. Una vez más nos vemos obligados a recordarle al autor del nuevo RIS que la finalidad de la regulación de las operaciones entre partes vinculadas no es la de comprobar los valores de un bien o derecho, sino establecer las reglas que garanticen el respeto al principio de libre competencia. La determinación de valor de un concreto bien o derecho es solo una parte de todo un proceso complejo de comparabilidad y equiparabilidad de transacciones y servicios. En un entorno de grupo empresarial, de operaciones agrupadas en procesos ensamblados, de integración horizontal de la producción, etc., no tiene ni pies ni cabeza hablar ni de tasación pericial contradictoria ni de «perito con titulación adecuada a la naturaleza de los bienes».

## 10. EL AJUSTE SECUNDARIO

Al ajuste secundario se refiere el artículo 21 bis del nuevo RIS en los siguientes términos:

### **«Artículo 21 bis. Diferencias entre el valor convenido y el valor normal de mercado de las operaciones vinculadas.»**

1. En aquellas operaciones en las cuales el valor convenido sea distinto del valor normal de mercado, la diferencia entre ambos valores tendrá para las personas o entidades vinculadas el tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia.

2. En particular, en los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, la diferencia tendrá con carácter general el siguiente tratamiento:

- a) Cuando la diferencia fuese a favor del socio o partícipe, la parte de la diferencia que se corresponda con el porcentaje de participación en la entidad se considerará como retribución de fondos propios para la entidad, y como participación en beneficios de entidades para el socio.

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

- b) Cuando la diferencia fuese a favor de la entidad, la parte de la diferencia que se corresponda con el porcentaje de participación en la misma tendrá la consideración de aportación del socio o partícipe a los fondos propios de la entidad, y aumentará el valor de adquisición de la participación del socio o partícipe.

La parte de la diferencia que no se corresponda con el porcentaje de participación en la entidad, tendrá la consideración de renta para la entidad, y de liberalidad para el socio o partícipe. Cuando se trate de contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de no Residentes sin establecimiento permanente, la renta se considerará como ganancia patrimonial de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.1.i) 4.º del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo.

3. La calificación de la renta puesta de manifiesto por la diferencia entre el valor normal de mercado y el valor convenido, podrá ser distinta de la prevista en el apartado 2 anterior, cuando se acredite una causa diferente a las contempladas en el citado apartado 2.»

Han sido muchas las ocasiones en las que quien firma estas líneas ha criticado el ajuste secundario, al menos con el automatismo que ha sido configurado en el artículo 16 LIS. Poco puede hacer el Reglamento en desagravio de este.

Nos hubiera gustado una fórmula semejante a la norteamericana, que ha establecido un cauce para evitar el ajuste secundario: la restitución al pagador de los importes considerados como exceso sobre el valor de mercado.

Particularmente interesante, incluso conciliadora, nos parece la fórmula establecida en el párrafo 4.68 de las Directrices OCDE sobre Precios de Transferencia. La OCDE ha optado por calificar el exceso del precio pagado sobre los parámetros del mercado como un préstamo, el cual habrá que cancelar para evitar el ajuste secundario, y que tiene la condición de remunerado, de modo que devengará los correspondientes intereses (compete a cada Estado cifrar esta obligación en el interés legal o en el de demora) hasta que pueda ser saldado. Esta opción ha sido articulada sobre la base de la idea defendida por la OCDE en virtud de la cual los ajustes secundarios generan en muchos casos doble imposición, de modo que los Estados miembros, que deben evitar su aplicación automática, deben aplicarla solo a aquellos supuestos en que haya prueba de que la utilización de precios de transferencia entre partes vinculadas encierre pretensiones de abuso o evasión fiscal.

En lo que se refiere a la nueva regulación del RIS relativa al ajuste secundario, la primera cuestión que al respecto hay que aclarar es la relativa a **quién practica el ajuste secundario**, esto es, a si le corresponde a la Administración o si se lo debe hacer a sí mismo cada parte vinculada, después de que la Inspección les haya practicado el ajuste primario, supuestamente bilateral. Se trata de una cuestión que la ley no aclara, pero que a cuya respuesta sí nos ayuda tanto la lógica del sistema como el apartado tercero del párrafo 4.º del artículo 21 del nuevo RIS.

En efecto, después de decir el apartado anterior que corresponde a la Administración practicar las correspondientes liquidaciones a las partes vinculadas, señala el citado apartado tercero que «los

obligados tributarios deberán aplicar el valor comprobado en las declaraciones de los períodos impositivos siguientes a aquel al que se refiera la regularización administrativa cuando la operación vinculada produzca efectos en los mismos». El ajuste secundario, o sea, la repercusión que en cada parte tendrá la calificación de la diferencia entre valor declarado y valor de mercado como dividendo o como aportación a los fondos propios de la sociedad, deberá, pues, hacerlo el sujeto pasivo.

Una cuestión debe, además, ser tenida en cuenta porque nos ayudará tanto a admitir la respuesta que hemos dado como a comprender ciertos porqués del nuevo régimen de operaciones entre partes vinculadas. Se trata de la siguiente: **el legislador ha partido en todo momento de la base de que los ajustes de signo contrario (positivo en una parte y negativo en la vinculada) no tienen por qué practicarse en el mismo ejercicio fiscal.** Fijémonos a este respecto en que deliberadamente se ha suprimido del texto de la ley la exigencia contenida en la legislación anterior de que ambos ajustes se practicasen en el mismo ejercicio fiscal, para lo cual una vez que comenzaba la inspección a un sujeto pasivo y se detectaban operaciones vinculadas, inmediatamente el RIS vigente hasta ahora obligaba a notificar tal vicisitud a la parte vinculada a fin de interrumpir la prescripción. Hasta tal punto ello era así que si la Inspección no llegaba a tiempo y el ejercicio fiscal de la parte vinculada en que debía hacerse el ajuste negativo había prescrito, aquella no podía regularizar al contribuyente en inspección, o sea, no podía hacerse un ajuste meramente unilateral (positivo). La reforma de la ley, en cambio, no solo evitó toda referencia a la obligación de practicar los ajustes de signo contrario en el mismo ejercicio fiscal, sino que por el contrario la Administración, una vez que la liquidación derivada del ajuste positivo sea firme (en cuyo momento el ejercicio fiscal en que se formalizó la operación vinculada fácilmente puede haber prescrito para la otra parte), practicará a la parte vinculada un ajuste de signo contrario, pero no en el período impositivo en que tuvo lugar la operación sino en el «correspondiente al último período impositivo cuyo plazo de declaración e ingreso hubiera finalizado en el momento en que se produzca tal firmeza» (art. 20.4.º del nuevo RIS); o sea, la Administración no hará el ajuste bilateral en el ejercicio en que la operación fue contabilizada sino en aquel en que la liquidación derivada del ajuste a la primera entidad –o sea, a la que estaba en inspección– haya adquirido firmeza. Con la «pirueta legal» expuesta salva la Administración los problemas que siempre le ha generado la exigencia de que los ajustes de signo contrario se imputen no solo al mismo ejercicio en ambas entidades, sino también al concreto ejercicio en que tuvo lugar –y fue contabilizada– la operación. No cabe duda, sin embargo, de que es difícil imaginar un atropello más flagrante de la lógica del sistema, particularmente de las reglas del propio IS relativas a la imputación temporal de ingresos y gastos, que dicha «pirueta legal».

Pero es que la conclusión a la que hemos llegado nos permite también dotar de solución a la siguiente duda que la nueva regulación del artículo 16 LIS nos planteaba: si la ventaja fiscal que una de las partes ha obtenido por el hecho de haber operado con precios de conveniencia debe someterse a gravamen –y así lo hace la ley vía ajuste secundario, tratando la diferencia entre estos y los de mercado como «participación en los beneficios de entidades si dicha diferencia fuese a favor del socio o partícipe o como aportación del socio o partícipe a los fondos propios si la diferencia fuese a favor de la entidad»– solo rompiendo la paridad entre los ejercicios fiscales puede cada parte vinculada practicar la correspondiente retención sobre el dividendo que implica el ajuste secundario, o liquidar en tiempo y forma el gravamen sobre operaciones societarias que exige toda aportación de socios a los fondos propios de una entidad (véase al respecto el nuevo apartado 6 al art. 93 del Reglamento del IRPF, introducido por RD 1804/2008, de 3 de noviembre –BOE del 18–, precisamente para aclarar la práctica de la retención sobre el dividendo).

Por cierto, que el nuevo RIS deja sin efecto la afortunada –por una vez– doctrina de la Dirección General de Tributos (DGT) al respecto. Recordemos que este órgano consultivo estableció en su Resolución de 24 de octubre de 2006 que aun en el caso de producirse por parte de la Administración tributaria una valoración que lleve consigo una imputación de rentas al socio (en clara referencia al ajuste por operaciones vinculadas), no nace para la sociedad la obligación de retener o efectuar ingreso alguno. La DGT justificó su tesis en el hecho de que la entidad no ha satisfecho ni abonado realmente rentas por dicha operación, en cuyo caso la imputación de rentas al socio que deriva de un ajuste practicado por la Administración no está sujeta a retención. Desdichadamente todo ha cambiado, en efecto, con el Real Decreto 1804/2008, de 3 de noviembre, que expresamente establece que «cuando la obligación de retener tenga su origen en el ajuste secundario [...], constituirá la base de la retención la diferencia entre el valor convenido y el valor de mercado».

### Efectos fiscales derivados del ajuste secundario:

Volviendo a las consecuencias del ajuste secundario que impone la nueva regulación del artículo 16 LIS, a continuación examinaremos cada posible supuesto de entrega de bienes y servicios entre partes vinculadas para ver qué efectos produce en el socio y cuáles en la sociedad:

1. Cuando **las relaciones económicas** han tenido lugar **entre dos personas jurídicas entre las que existe relación socio-sociedad**, los ajustes, tanto el primario como el secundario, dice la ley que tendrán en ambas un efecto fiscal neutral. El ajuste positivo en la primera debería ir seguido de un ajuste de signo contrario en la segunda.

Cuando la diferencia entre valor de transacción y valor de mercado beneficiase a la filial, el efecto producido por el ajuste secundario (incremento en el valor de su participación) se compensará en la mayoría de los casos al practicar la deducción por doble imposición de plusvalías de fuente interna cuando aquella participación se transmita a terceros.

Y también se compensará si la diferencia entre el valor pactado y el valor de mercado beneficiase a la matriz –salvo que el porcentaje de participación fuese inferior al 5% o la tenencia de las participaciones/acciones fuese inferior a un año–, en este caso vía deducción por doble imposición de dividendos de fuente interna.

2. Y lo propio podríamos decir para el **caso de que una de las partes vinculadas sea no residente**. Si la diferencia fuese a favor de la sociedad participada no residente, de manera que fuese calificada como una aportación del socio persona jurídica con residencia en España a los fondos propios de la primera, la recalificación derivada del ajuste secundario tendrá un efecto fiscalmente neutral a la hora de transmitir la participación por aplicación de la deducción por doble imposición internacional del artículo 31 LIS.

Si la diferencia fuese a favor de la sociedad participada residente en España en virtud de una operación con un socio persona jurídica (o sea, sociedad dominante) fiscalmente no residente, el ajuste secundario obligará a que aquella diferencia sea considerada como mayor aportación de la entidad no residente a los fondos propios de la española, en cuyo caso la entidad no residente experimentará una menor ganancia de patrimonio en el momento de la venta de la participación española.

Si la diferencia, procedente de una operación con una sociedad no residente, fuese a favor del socio persona jurídica (o sea, entidad dominante) con residencia en España, la imputación del dividendo derivada del ajuste secundario se verá neutralizada (salvo que la longevidad de la cartera y el porcentaje de la participación lo impidiesen) por la exención de dividendos de fuente extranjera o, en su caso, por la deducción para evitar la doble imposición internacional de los artículos 31 y 32 LIS.

Si la diferencia, procedente de una operación con una sociedad residente en España, fuese a favor del socio persona jurídica no residente (o sea, de la sociedad dominante), la imputación del dividendo derivada del ajuste secundario se traduce en que tendrá que tributar al tipo de gravamen del 18 por 100 por aplicación del artículo 25.1 f) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (LIRNR), pero podrá también aplicar tanto la exención relativa a los dividendos *ex* artículo 14.1 h) LIRNR como el precepto correspondiente en cada caso del Convenio de Doble Imposición firmado por España aplicable en virtud del país de residencia de la matriz.

3. Si, por el contrario, las **relaciones económicas** tuviesen lugar **entre dos partes vinculadas en las que una de ellas fuese una persona física**, entonces sí que los ajustes secundarios pueden producir severos efectos entre las partes.

- a) Si el socio de la entidad fuese una persona física y las operaciones (pago de retribuciones o venta de bienes o servicios al socio, por poner solo un par de ejemplos) se formalizasen a precios superiores a los del mercado, el ajuste secundario impone recalificar la diferencia que se produce a favor del socio como reparto de beneficios, de modo que fiscalmente dicha diferencia deberá imputarse en el IRPF del socio como dividendo, tributando al 18 por 100, y sin derecho, como sabemos, a practicar deducción por doble imposición de ningún tipo.

En definitiva, aquella diferencia deja de calificarse fiscalmente de acuerdo con su verdadera naturaleza (por ejemplo, como rentas de la actividad económica si el socio comprase a título de profesional), convirtiéndose a efectos del IRPF del socio como renta del ahorro, con las consecuencias que de ello deriva, no solo en términos de coste fiscal, sino también de cambio de las reglas de integración y compensación de rentas.

Téngase en cuenta que en este caso el efecto que se produce también vulnera la norma imperativa del artículo 16.1.2.º LIS con arreglo a la cual del ajuste no puede derivarse *una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las personas o entidades que la hubieran utilizado*.

Pero es que, además, tengamos en cuenta que el diferencial que es objeto de ajuste secundario, calificándose como dividendos para el socio contratante, pierde también la condición de gasto deducible para la entidad compradora/pagadora.

- b) Si en el ejemplo anterior (relación sociedad-socio persona física) las operaciones se formalizasen a precios inferiores a los del mercado, el ajuste secundario impone recalificar la diferencia que se produce a favor del socio como aportación de fondos del socio a la socie-

dad. Consiguientemente, la sociedad verá incrementados sus fondos propios, y el socio verá incrementado el valor de su participación, con la consiguiente incidencia en el cálculo de la ganancia de patrimonio en la fecha y hora en que transmita la participación.

- c) Si la relación de vinculación derivase de la condición de administrador no socio de la entidad vendedora de bienes o servicios, aunque existen opiniones doctrinales discrepantes al respecto (CENCERRADO MILLÁN: «Los efectos del ajuste secundario en el nuevo régimen de las operaciones vinculadas», *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 133, enero-marzo 2007, pág. 80), en opinión de quien firma estas líneas no procede practicar ajuste secundario alguno. Para que proceda practicar dicho ajuste, la ley exige que «la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad», de modo que al carecer el administrador de la condición de socio o partícipe, no se dan las circunstancias legalmente establecidas para que proceda el ajuste secundario.
- d) ¿Qué efectos producirá el ajuste secundario en relación con la parte de la renta que no se corresponda con el porcentaje de participación de aquel que tiene la condición de socio en la entidad? Pues el nuevo RIS da respuesta a esta cuestión, con una solución disparatada, sin precedentes en el Derecho comparado ni en las Directrices OCDE:
- Cuando la diferencia fuese a favor del socio o partícipe, la parte de la renta que no se corresponda con el porcentaje de participación en la entidad tendrá para esta la consideración de retribución de los fondos propios, y para el socio o partícipe la condición de renta del ahorro;
  - Pero es que si la diferencia fuese a favor de la entidad, la parte de renta que no se corresponda con el porcentaje de participación en la misma, tendrá la consideración de renta en la entidad y nada menos que de donación para el socio o partícipe.

## 11. LAS OBLIGACIONES DOCUMENTALES EN LOS CASOS DE OPERACIONES CON ENTIDADES NO VINCULADAS RESIDENTES EN PARAÍSO FISCALES

El artículo 21 ter del nuevo RIS fija obligaciones de documentación para aquellos casos en que las transacciones de bienes y servicios no tienen lugar en partes vinculadas, esto es, se produce entre partes independientes, si bien una de ellas reside en un territorio considerado como paraíso fiscal.

Con este nuevo precepto el RIS pone en evidencia la realidad que criticamos líneas atrás: la grave equivocación sobre la naturaleza propia del régimen de operaciones entre sociedades vinculadas. Hemos reiterado que este régimen no es más que un conjunto de reglas relativas al reparto de la soberanía fiscal entre los distintos Estados implicados. Sin embargo, la concepción que está detrás de la nueva regulación española es distinta: el legislador ha regulado el nuevo régimen como si de una cláusula antifraude se tratase. El tratamiento conjunto que se hace en el texto reglamentario de las operaciones entre partes vinculadas y de las operaciones entre partes no vinculadas —o sea, independientes—,

pero que una de ellas sea residente en un paraíso fiscal es una clara muestra del grave error de concepción que ha venido sufriendo en la DGT y en AEAT españolas al proponer –y en muchos casos imponer– sus ideas sobre el régimen de documentación, tratando conjuntamente las operaciones entre partes vinculadas y las operaciones con territorios calificados como paraísos fiscales.

## 12. LOS ACUERDOS SOBRE PRECIOS DE TRANSFERENCIA

El Capítulo VI del RIS desarrolla el régimen de los acuerdos entre la Administración y los obligados tributarios sobre precios de transferencia.

De la nueva regulación pueden extraerse las siguientes conclusiones:

En primer lugar, que se ha desperdiciado una valiosa oportunidad para convertir los acuerdos con la Administración sobre precios de transferencia (APA) en lo que vienen siendo en países de nuestro entorno. Cuando entró en vigor la redacción actual del artículo 16 de la ley, algunos criticamos la excesiva rigidez de la regulación de los APA, la cual nada tiene que ver con el carácter paccional que los define. En España no son propiamente «acuerdos», aunque así los denomine la LIS. El vigente régimen carece de la flexibilidad que los preside en países como Holanda, Bélgica o EE.UU. En España es el contribuyente que insta el acuerdo quien asume toda la carga probatoria y documental, sin que la Administración adopte al respecto más que un papel pasivo, un papel de mera intervención y control.

Los modelos que el ya vigente Reglamento hubiera debido seguir de APA son aquellos en que la Administración interviene en la elaboración del acuerdo activamente, proponiendo puntos de encuentro, incluso facilitándole datos, márgenes y «comparables» a la empresa que ha promovido el APA. La actitud constructiva de la Administración es equiparable a la del contribuyente en el afán de lograr un acuerdo. Es más, la Administración no interviene como Inspectora, sino bajo un papel activo en la consecución de un acuerdo que interesa a ambas partes. En el modelo holandés de APA, por ejemplo, donde el régimen fiscal de las operaciones vinculadas sí está inspirado en el respeto a las reglas de la libre competencia y no en las cláusulas antiabuso, está muy presente la idea de que el APA nunca debe hurtar competitividad a la empresa holandesa, de ahí la disposición de la Administración especialmente colaboracionista.

En segundo lugar, que la irrecorribilidad de los APA establecida en el apartado 6.º del artículo 29 bis del Reglamento vulnera frontalmente una norma con rango de ley, concretamente lo dispuesto en el apartado b) del artículo 227 de la Ley 58/2003, General Tributaria, a cuyo tenor «será admisible la reclamación económico-administrativa contra los actos de trámite que decidan, directa o indirectamente, el fondo del asunto o pongan término al procedimiento». El acto administrativo de liquidación que se dicte constituye, como es sabido, un acto definitivo; el APA es un acto de trámite, pero que no solo decide el fondo del asunto, sino que pone fin al procedimiento regulado en los artículos 22 a 29 ter del nuevo reglamento, razón por la cual admitirá recurso en vía económico-administrativa.