

LOS AJUSTES SECUNDARIOS EN LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS OPERACIONES VINCULADAS

JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO

*Profesor de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de La Coruña*

ADOLFO MARTÍN JIMÉNEZ

*Profesor de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Cádiz*

Extracto:

EL presente trabajo tiene por objeto analizar uno de los aspectos de la nueva regulación de las operaciones vinculadas que ha suscitado mayor controversia y dudas, a saber: el denominado ajuste secundario. Así, este estudio analiza la regulación española contenida en los artículos 16.8 del TRLIS y 21 bis del Real Decreto 1793/2008, de 3 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades. En primer lugar, se abordan los fundamentos del ajuste secundario, para luego considerar los diferentes enfoques nacionales e internacionales en la materia. Particularmente, se pone de relieve la recomendación de la OCDE contraria al establecimiento de este tipo de ajustes, salvo en casos de evasión fiscal. La parte central del estudio se dedica a exponer las consecuencias jurídico-tributarias derivadas de la aplicación de los ajustes secundarios, poniendo de relieve los problemas de constitucionalidad y de legalidad que puede suscitar la normativa española. También se examinan otras cuestiones como las relativas a la interrelación entre los ajustes secundarios y las retenciones y sanciones tributarias, así como su conexión y aplicación en el marco de los convenios para evitar la doble imposición.

Palabras clave: ajustes secundarios, operaciones vinculadas, recalificación de rentas, distribuciones encubiertas de beneficios, aportaciones encubiertas de capital, cláusulas antiabuso y constitución y convenios de doble imposición.

Sumario

1. Consideraciones generales sobre la naturaleza del ajuste secundario.
2. Los diferentes enfoques en materia de ajustes secundarios.
 - 2.1. Inexistencia de un consenso internacional en torno a los ajustes secundarios.
 - 2.2. Enfoques y modelos en materia de ajustes secundarios.
3. La nueva regulación española del ajuste secundario.
 - 3.1. Características generales del modelo de ajuste secundario introducido por la LMPFF en el artículo 16.8 del TRLIS.
 - 3.2. La normativa española relativa al ajuste secundario.

Bibliografía.

NOTA: El presente trabajo constituye una versión del Capítulo recogido en la obra *Fiscalidad de las Operaciones Vinculadas*, CISS, Valencia, 2009.

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NATURALEZA DEL AJUSTE SECUNDARIO

Los ajustes secundarios se originan o plantean en el marco de un ajuste primario de las operaciones realizadas por dos personas o entidades vinculadas, a efectos de aplicar el tratamiento fiscal correspondiente a las diferencias entre la base imponible que ha sido objeto de ajuste (valorativo) y el resultado o beneficio contable que figura en los libros que registraron la operación tal y como se realizó y contabilizó originariamente ¹. Por ejemplo, ello acontece en casos donde como consecuencia del ajuste primario se ha incrementado la base imponible de un contribuyente (filial española) al considerar que procedía un menor gasto en una operación (*v.gr.*, venta de mercancías) con su matriz, de suerte que en este contexto se plantea la cuestión del tratamiento fiscal del exceso sobre el valor de mercado efectivamente percibido por esta última en el marco de la operación originaria con el precio de transferencia. Así, las autoridades fiscales que realizaron el ajuste primario –corrección de la base imponible de la filial– podrían recalificar fiscalmente los rendimientos transferidos que exceden del valor normal de mercado de la operación vinculada declarada por las partes para adecuar la tributación a la situación patrimonial de la persona o entidad vinculada tras el precio de transferencia (objeto del ajuste) ².

La cuestión de los ajustes secundarios se plantea normalmente en relación con la calificación fiscal del exceso de renta que figura en la contabilidad de una entidad vinculada en relación con la que se considera que procedería haberse obtenido y pagado en condiciones de plena competencia de acuerdo con el ajuste primario realizado por las autoridades fiscales de un determinado país. Por tanto, el ajuste secundario procedería realizarlo eventualmente únicamente sobre la persona o entidad vinculada que ha recibido un beneficio en exceso de acuerdo con lo establecido en un ajuste primario realizado por una administración tributaria.

¹ Parágrafo 4.67 de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia 1995. En relación con el concepto de ajuste secundario, nos hemos basado en la terminología empleada por la OCDE e IFA (1996), pág. 21. *Vid.* también SALA GALVÁN (2003), págs. 205 y ss.

² Pensemos en un caso donde la filial española paga un precio de 100.000 euros a su matriz francesa por unas mercancías cuyo valor normal de mercado (resultante de un ajuste de la autoridad española) es de 80.000 euros. Tras el ajuste de la base imponible de la filial esta registra fiscalmente un gasto de 80.000 euros, sin embargo el ajuste primario no resuelve la situación de que la matriz francesa ha obtenido una renta de 100.000 euros, y, por tanto, 20.000 euros en exceso de lo que resultaría de acuerdo con el principio de plena competencia. El ajuste secundario así estaría concebido para calificar fiscalmente ese exceso efectivamente percibido sobre el valor normal de mercado comprobado administrativamente. Tal cuestión también puede plantearse donde el ajuste primario es al alza, esto es, las partes acuerdan un precio (X) y una administración entiende que el precio de mercado es más elevado (X + 5).

Asimismo, entendemos que, para que pueda aplicarse un ajuste secundario, debe existir una discrepancia o diferencia entre la base imponible atribuible a las personas vinculadas de acuerdo con un ajuste primario y el flujo de renta o tesorería derivado de la operación vinculada originariamente realizada. A este respecto, cabe destacar la posibilidad de que se lleven a cabo ajustes secundarios en casos donde hay cesión de bienes, activos, servicios sin mediar remuneración alguna entre las personas o entidades vinculadas (*v.gr.*, un préstamo sin intereses, o un *leasing* no remunerado), toda vez que también aquí existe una diferencia entre la base imponible redeterminada o ajustada (en aplicación del principio de plena competencia, esto es, el ajuste primario) y los estados financieros y contabilidad³. En casos de operaciones gratuitas (sin remuneración) o donde la remuneración sea inferior a la de mercado (ajuste primario al alza) lo cierto es que no se ha transferido efectivamente un exceso de utilidades o de renta de una persona vinculada a otra, de manera que podría cuestionarse la procedencia de un ajuste secundario en el sentido de crear una ficción de operación secundaria que justificara tal exceso y lo sometiera a tributación y de hecho la OCDE en las Directrices de Precios de Transferencia se refiere fundamentalmente al ajuste secundario en casos donde la operación primaria conllevó una transferencia excesiva de utilidades (ajuste a la baja del precio de transferencia)⁴. En este sentido, entendemos que allí donde los ajustes primario y correlativo eliminan el beneficio o ventaja fiscal que resultó de la operación vinculada que no fue valorada originariamente de acuerdo con el principio de plena competencia no deberían realizarse ajustes secundarios⁵.

Tampoco procedería el ajuste secundario en casos donde la administración tributaria ha aplicado el principio de no reconocimiento (*disregard*), toda vez que el ajuste secundario requiere de un ajuste primario que establezca que la valoración de las operaciones no se ajusta al principio de plena competencia de forma que tras tal ajuste de la base imponible existe una diferencia entre el resultado contable y el «resultado fiscal»; por el contrario, en los casos de no reconocimiento de una operación o estructura la administración tributaria no aplica un enfoque valorativo sino un enfoque de sustancia *vs.* forma que es previo al valorativo; allí donde la administración recharacteriza la operación sería extraño que se llevara a cabo un ajuste secundario dado que la propia recalificación de la operación

³ Véase en este sentido el para.4.67 de las Directrices OCDE y la Treas. Reg. Sec. 1.482.1 (g)(3)(i). Véase, igualmente la RDGT de 7 de febrero de 2008 [V0249-08 (NFC028498)], en la que la DGT parece entender que cabría ajuste secundario en el marco de un préstamo sin intereses entre entidades que forman parte de un grupo fiscal o consolidado. Nótese que la procedencia de los ajustes secundarios en supuestos de operaciones vinculadas sin remuneración efectiva afectaría particularmente a las operaciones casa central-EP. Téngase en cuenta, no obstante, que la normativa alemana considera que no existe aportación encubierta de capital (*Verdeckte Einlagen*) cuando el activo no se ha registrado en el balance societario, de manera que un préstamo sin intereses o servicios prestados sin remuneración por entidades vinculadas no son susceptibles de integrar una aportación oculta de capital [BRICKER (2001), pág. 287 y SCHNORBERGER (1999), págs. 190 y ss.].

⁴ Para. 4.67-68 Directrices OCDE de Precios de Transferencia. No obstante, no puede dejar de reconocer que en este tipo de casos la tesorería de las personas vinculadas implicadas en la operación (sin remuneración o con remuneración inferior a la de mercado) es distinta de la que existiría en un caso donde la operación se hubiera realizado entre partes independientes. Sin embargo, el ajuste secundario no corrige tal efecto –la diferencia de tesorería– sino que crea una transacción ficticia para explicar tal diferencia de tesorería y someterla a imposición, de manera que agrava la diferencia entre las operaciones entre personas vinculadas y las que se realizan entre personas independientes, sin que tal diferencia de trato posea una clara justificación técnica. En relación a la posición de la normativa española en este punto, consideramos que el legislador español ha adoptado una posición de máximos, de manera que el ajuste secundario podría ser aplicado tanto en casos de operaciones sin remuneración o con remuneración inferior a la de mercado, como en los típicos supuestos de remuneración excesiva (véase el apartado 8 del art.16 TRLIS).

⁵ Así se pronunció la Tax Court de EE.UU. en los casos *White Tool and Machine Co v Comm'r*; y *Central de Gas de Chihuahua SA* [102 TC 515 (1994)]. *Vid.* WARNER (1998), pág. 4.

debería pivotar sobre las operaciones y flujos de tesorería realizados de manera que se estableciera la correcta tributación de los mismos ⁶.

La idea, por tanto, del ajuste secundario tiene que ver con la calificación fiscal que habría que otorgar al exceso de los beneficios (rendimientos) efectivamente pagados y obtenidos en el marco de la operación originaria con precio de transferencia en relación con los beneficios (rendimientos) de mercado que resultan del ajuste primario practicado por la administración. En estos casos, acontece que incluso después de que se practiquen el ajuste primario y el ajuste correlativo o bilateral existe un exceso de renta en manos de la persona o entidad que percibió el precio de transferencia como consecuencia de su entrega de bienes, prestación de servicios, etc.

El ajuste secundario califica tal renta a partir de una ficción de considerar que existe una operación secundaria a la que cabe imputar tal renta, de manera que se construye la ficción de una operación secundaria y se califica la renta en función de tal ficción jurídica ⁷. Ni que decir tiene que tal

⁶ Véanse los paras. 1.36-1.42 de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia y el informe OCDE 2008, *Transfer Pricing Aspects of Business Restructuring*, paras. 194-221. Sobre este informe, *vid.*: CALDERÓN 2009.

⁷ En este sentido, *vid.* para. 4.67 Directrices OCDE de Precios de Transferencia, IFA (1996), pág. 21 y SALA GALVÁN (2003), pág. 205. Esta construcción desde el ámbito tributario contrasta con la posición sustentada desde el Derecho mercantil, donde se viene manteniendo que el hecho de que las contraprestaciones sean desproporcionadas en las operaciones sociedad-socio no autoriza a considerar que tal operación entraña en realidad un doble contrato (*Doppelgeschäft*) o un negocio mixto compuesto por un negocio obligacional, al que respondería la parte de la prestación correspondiente a condiciones normales de mercado, y por la atribución de la ventaja patrimonial, que tendría su causa en las relaciones de derecho societario; así, se considera que tal construcción solo se ajustaría al supuesto en que las partes hayan simulado la operación, pero en cualquier otro caso ello supondría violentar la voluntad negocial de las partes que quieren efectivamente celebrar un negocio obligacional, sin que el pacto de condiciones favorables para el socio le haga perder su carácter unitario [BALLERSTEDT 1949, págs. 116 y ss., y ESTEVE PARDO (1996), págs. 23 y ss.]. Resulta igualmente destacable la evolución de la doctrina y jurisprudencia alemana sobre los repartos ocultos de dividendos en el ámbito mercantil, dado que evidencia cómo se ha trascendido de criterios puramente subjetivos –basados en la intención de la sociedad de otorgar una ventaja al socio, y la consciencia y voluntad de estos últimos de percibir tal ventaja en su condición de socio– al desarrollo de criterios que intentan progresivamente ser puramente objetivos. Así, en la actualidad –y siguiendo la exposición de ESTEVE PARDO (1996), págs. 29-30– la mayoría de la doctrina sostiene que la existencia de una distribución encubierta de beneficios no viene dada por la intención de otorgar una ventaja al socio o la voluntad de eludir las normas reguladoras de aquella. Por el contrario, basta que concurra el requisito objetivo de privar a la sociedad de un valor patrimonial a favor del socio, circunstancia que se da en los negocios en los que existe una desproporción efectiva entre la prestación y la contraprestación. La medida de comparación valorativa para determinar la existencia de tal proporción o desproporción la ha encontrado la jurisprudencia alemana en la conducta que un ordenado empresario y representante leal hubiera observado. Así, se considera que existe distribución encubierta de beneficios si un ordenado empresario y representante leal, actuando según los principios que rigen la actividad empresarial, en igualdad de circunstancias y bajo las mismas condiciones no hubiera celebrado ese negocio con un tercero a la relación societaria. Así, tal atribución de ventajas patrimoniales por parte de la sociedad al socio al margen del procedimiento legalmente previsto para la aplicación del resultado, cualquiera que sea el medio empleado para articularla, constituye una distribución encubierta e irregular de beneficios siempre que tenga su origen en las relaciones de naturaleza jurídico-societaria que unen a la sociedad con el socio. El contraste de la construcción jurídico-tributaria clásica del ajuste secundario con la doctrina mercantil sobre las distribuciones encubiertas de dividendos permite hacer algunas consideraciones. Por un lado, la tesis tributaria de la doble operación parece infundada (salvo en casos de simulación). Por otro lado, los criterios determinantes de la distribución encubierta de beneficios en el ámbito mercantil y tributario no están tan alejados, ya que en ambos casos se ha trascendido hacia la objetivación de criterios y existe una cierta semejanza entre el principio del empresario ordenado y el principio de plena competencia. No obstante, la legislación tributaria –cuando menos en algunos países como Francia y Alemania– ha rebasado claramente a la construcción mercantil al considerar que puede existir distribución encubierta de beneficios en caso donde no existe tal relación sociedad-socio, bastando la existencia de vinculación o pertenencia al mismo grupo societario. Asimismo, el desarrollo de la doctrina de los precios de transferencia basada en el principio de plena competencia ha conducido a una mayor complejidad jurídica

ficción y calificación de la renta poseen virtualidad únicamente a efectos fiscales, esto es, de cara a someter a imposición a la persona que obtuvo tal beneficio (renta) en el caso de que exista tras los ajustes primario y correlativo. Ahora bien, tal construcción, en línea con la desarrollada desde la doctrina y jurisprudencia mercantil sobre distribución encubierta de beneficios, no debe conducir a pensar que el principio de plena competencia y el ajuste secundario entrañan cláusulas antisimulación⁸, en el sentido de que buscan la verdadera operación negocial realizada (disimulada), sino que estamos ante una regulación que tutela la correcta atribución y determinación de las rentas en un contexto donde rige el principio de separación de esferas patrimoniales de los distintos sujetos pasivos, de forma que la aplicación del principio de plena competencia en el contexto de las relaciones entre personas o entidades vinculadas constituye una norma cautelar que previene que se realicen (intencionadamente o no) imputaciones y determinaciones de la renta entre tales sujetos que no reflejan su verdadera situación patrimonial o económica y, por tanto, se tribute de forma no acorde con el principio de capacidad económica⁹.

Así, el ajuste primario (y el correlativo) operan de forma que la valoración de mercado permite la correcta determinación de la renta en una operación vinculada y que tal renta sea correctamente imputada entre los sujetos que toman parte en la misma, en tanto que el ajuste secundario buscaría adecuar la tributación a la situación patrimonial de la persona o entidad vinculada tras el ajuste primario de precios de transferencia, calificando fiscalmente el exceso sobre el precio de mercado percibido por una de las personas vinculadas¹⁰.

A este respecto, cabe destacar que la aplicación de los ajustes secundarios puede traer consigo un nuevo gravamen sobre una renta que en su día ya fue objeto de imposición en el marco de la operación originaria con el precio de transferencia. Así, si una entidad filial española en una com-

donde se ha objetivado normativamente el criterio para determinar la existencia de precios de mercado –sin requerirse el elemento de la intencionalidad a la hora de determinar la existencia de proporción o desproporción de los precios empleados en relación con los de mercado o el ánimo de eludir impuestos– aunque en la práctica la aplicación de tal criterio objetivo es tremendamente subjetiva, incierta e inexacta (más un arte que una ciencia, como indican las propias Directrices de la OCDE de Precio de Transferencia).

⁸ El profesor ALONSO ha criticado en este sentido el artículo 16.8 del TRLIS al considerar que el ajuste secundario que tal norma establece se basa en una presunción de simulación parcial –la parte del precio no acorde con el principio de plena competencia–, pero que se integra en una norma de valoración [ALONSO GONZÁLEZ (2007), pág. 84]. En todo caso, debe clarificarse que en el ámbito de las operaciones vinculadas, con anterioridad a la aplicación de la regla de valoración de mercado, cabe la aplicación de otras cláusulas antiabuso como las relativas al fraude de ley, la simulación o la calificación. Los ajustes sobre operaciones vinculadas se proyectan sobre operaciones comerciales, financieras, reales, etc.

⁹ COMBARROS (1988), págs. 17-18; ESTEVE PARDO (1996), págs. 74 y ss.; SANZ GADEA (2004), págs. 935 y ss.; y CALDERÓN (2004).

¹⁰ La profesora ESTEVE considera que la ventaja que integra la renta pagada en exceso sobre el principio de plena competencia, aunque es conferida a través de un negocio jurídico, no responde a la causa onerosa del contrato, sino que tiene su causa en la relación societaria (*societatis causa*) que une a ambas sociedades [ESTEVE (1996), pág. 77]. A nuestro entender, tal opinión debe ser matizada, entre otras razones, porque en la mayoría de las ocasiones el precio de transferencia se basa en una metodología de determinación de precios teóricamente objetiva pero muy subjetiva en su aplicación, de suerte que los ajustes de tales precios pueden reflejar las diferencias entre la administración y los obligados tributarios a la hora de aplicar tal metodología. Nótese a su vez que en muchas ocasiones no hay relación societaria entre las personas o entidades vinculadas. La cuestión de fondo en la que coincidimos es que el principio de plena competencia no se emplea en este contexto como el instrumento legal a través del cual se descubren las operaciones efectivamente realizadas *societatis causa* bajo la cobertura del precio de transferencia [vid. SALA GALVÁN (2003), pág. 209].

prava de mercancías satisface un precio de 100.000 euros a su matriz italiana (y esta integra tal renta en su base imponible); con posterioridad tal operación es ajustada por la administración española de manera que el precio de mercado de la mercancía se cifra en 80.000 euros de forma que tanto la filial española (ajuste primario) como la matriz italiana (ajuste correlativo o bilateral) tributan de acuerdo con tal corrección valorativa; en este contexto, la aplicación por las autoridades españolas de un ajuste secundario sobre los 20.000 euros (el exceso pagado sobre la remuneración de mercado) conllevaría una nueva tributación de la matriz italiana en España calificando tal renta como distribución oculta de dividendos ¹¹ en tanto que en Italia la referida matriz tendría dificultades para eliminar la doble imposición sobre tal renta ¹². De esta forma, resulta evidente que los ajustes secundarios pueden dar lugar a un nuevo acto de imposición (como consecuencia de la realización de un hecho imponible derivado de una operación ficticia obra de la ley) que solo tiene justificación si media una renta real que se ha transferido a una entidad vinculada en el marco de una operación vinculada con precios de transferencia que es ajustada posteriormente a precios de mercado. Y del mismo modo resulta necesario coordinar los ajustes primario, correlativo y secundario para evitar la doble imposición que, de otra forma, surgiría para las personas vinculadas parte en la operación objeto de tales ajustes. En este sentido, lo cierto es que la eliminación de los diferentes problemas (doble imposición) que surgen en este contexto en el marco de una operación transfronteriza únicamente puede resolverse de forma coordinada a través de un procedimiento amistoso (o arbitral) previsto en un CDI ¹³.

Por todo ello, lo que parece razonable es limitar la automaticidad de los ajustes secundarios, de manera que no todo ajuste primario conlleve necesariamente la realización de un ajuste secundario; por el contrario, estos solo deberían realizarse cuando a través de un análisis sustancia *vs.* forma se llegue a la conclusión de que a través de la operación vinculada se pretendió ocultar una distribución de dividendos o una aportación de capital (o cualquier otra «operación secundaria»), pero no allí donde las partes trataron de establecer un precio de mercado de forma diligente con los medios a su alcance ¹⁴. Piénsese, que en el contexto actual, como regla, las relaciones intragrupo se rigen desde el punto de vista fiscal por el principio de plena competencia en lo que se refiere a la valoración de tales operaciones vinculadas, de suerte que en muchas ocasiones el ajuste (primario)

¹¹ Otra cuestión será si a esta distribución encubierta de dividendos resulta aplicable o no la Directiva 90/435/CEE, de manera que se pudiera eliminar la eventual retención en España a exigir sobre los dividendos presentes (a nuestro juicio, nada impide tal posibilidad).

¹² Así, en el caso donde la administración tributaria italiana hubiera llevado a cabo un ajuste bilateral excluyendo los 20.000 euros de la base imponible de la entidad italiana, todavía existiría el problema del impuesto exaccionado en España sobre la distribución encubierta de dividendos; en este caso, lo normal es que existiera doble imposición económica dado que tal renta ha tributado en manos de la entidad española y de la entidad italiana. Por otro lado, en el caso de que la administración tributaria italiana no aceptara el ajuste primario realizado por las autoridades españolas, los 20.000 euros soportarían también doble imposición internacional, a menos que se permitiera la deducción del impuesto español en Italia. Ciertamente, solo cuando hay coordinación entre las administraciones tributarias en torno a los ajustes primario, bilateral y secundario (tratando el exceso de renta como dividendo también en el Estado de residencia) se pueden eliminar estas sobreimposiciones.

¹³ OECD, *Manual on effective mutual agreement procedures*, 2008, Chapter 4.6. Secondary adjustments, withholding tax, and repatriation on transfer pricing adjustments. *Vid* a este respecto MARTÍN JIMÉNEZ (2009) sobre el Procedimiento amistoso en general y los cambios en relación con los ajustes en materia de precios de transferencia en los Comentarios al artículo 25 del MC OCDE 2008.

¹⁴ En el mismo sentido, HIMINO (1996), págs. 49-50.

que llevan a cabo las administraciones tributarias en aplicación de tal principio y regla de valoración no obedece tanto a que se haya detectado la concesión de una ventaja de una sociedad a un socio (o a otra entidad vinculada) y esta tenga su fundamento en la relación societaria (*societatis causa*); por el contrario, lo que sucede en un buen número de casos es que no existe intención de conceder ventaja alguna, sino que existe una discrepancia en lo que se refiere a la aplicación de la compleja y siempre difícil metodología de los precios de transferencia; así, puede ocurrir que la administración y los contribuyentes discrepen sobre la selección de los comparables (por definición siempre inexactos y relativos) o sobre la aplicación de un método (por ejemplo, los costes a integrar en la base del *cost-plus*, la aplicación del rango de precios o valores o los propios comparables), de suerte que los contribuyentes se han comportado de buena fe y de forma diligente a la hora de fijar sus precios o valorar sus operaciones; de hecho puede ocurrir que la otra administración tributaria (extranjera) implicada en la operación pueda discrepar sobre la valoración realizada por la administración que realizó el ajuste primario alineándose de esta manera con los contribuyentes. Es decir, existen muchos casos donde no puede afirmarse en rigor que se ha concedido una ventaja (una distribución encubierta de beneficios), ni tampoco puede entenderse que esta tenga su origen en una relación societaria, de manera que los presupuestos básicos que vienen fundamentando la teoría del ajuste secundario (basados en la construcción alemana sobre la distribución encubierta de dividendos) solo concurren en casos donde los precios se han fijado arbitrariamente o hay una manipulación de los mismos. Tampoco en estos casos cabría entender que concurre otro de los fundamentos que se vienen invocando para justificar el ajuste secundario: la recalificación de la operación ajustándola al «fondo económico» de la misma ¹⁵, ya que estaríamos ante operaciones económicas reales (venta

¹⁵ En esta línea de pensamiento se sitúa la AEAT (Circular del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria, Operaciones Vinculadas, 24 abril de 2008, pág. 6) y CORDÓN EZQUERRO (2009), págs. 164 y ss., haciendo referencia a la norma de valoración 21.ª del PGC 2007. Entendemos que no debería emplearse la referida norma 21.ª PGC 2007, ni el artículo 34.2 del Código de comercio (regla de contabilización de las operaciones atendiendo a su realidad económica y no solo a su forma jurídica) como pseudo-cláusula «antiabuso» con la finalidad de superar las limitaciones y condicionantes de las auténticas cláusulas antiabuso propias del ordenamiento tributario. Una posición distinta ha sido mantenida por destacados autores como E. SANZ GADEA (*Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, n.º 295, octubre 2007) pág. 128 y ss. En particular, entendemos que el nuevo artículo 34.2 del Código de Comercio adaptado a las NIIF debe interpretarse en el sentido de que solo permite prescindir de la forma jurídica a efectos de la calificación contable de las operaciones, allí donde existe un total desajuste o falta de correspondencia entre la forma jurídica adoptada por las partes y el «fondo económico» de la operación. No se trataría tanto de propiciar una interpretación económica –con todos los problemas que conllevaría–, sino de que se tenga en cuenta el conjunto de condiciones contractuales acordadas realizadas por las partes, esto es, las condiciones jurídicas y económicas en las que tiene lugar la operación a efectos de su calificación contable. Tal interpretación, a nuestro juicio, viene confirmada por lo expuesto en la propia exposición de motivos de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la UE, cuando al hilo de la modificación operada en el artículo 34.2 del Código de Comercio se indica que su finalidad es la siguiente: «Es decir, se exige que última instancia una calificación de los hechos económicos atendiendo a su fondo, tanto jurídico como propiamente económico, al margen de los instrumentos que se utilicen para su formalización». Por otro lado, el punto II de la exposición de motivos de la referida Ley 16/2007 parece haber establecido como fuente interpretativa de la reforma contable las Directivas Comunitarias y Reglamentos de la UE sobre NIIF, de suerte que estas establecen la referida regla de la contabilización teniendo en cuenta su «fondo económico» y no únicamente su forma legal; en este sentido, consideramos que la contabilización debería realizarse con carácter general siguiendo la forma jurídica adoptada por las partes, salvo cuando el negocio jurídico estipulado no se correspondiera materialmente con el fondo económico configurado por el conjunto de condiciones económicas y jurídicas pactadas (véanse los ejemplos recogidos en las NIIF, *vid.* KPMG (*Las NIIF comentadas*, Aranzadi, Madrid, 2007, págs. 8-12). A nuestro entender, estamos, ante una norma (contable) emparentada con la cláusula de calificación prevista en el artículo 13 de la LGT, y en este sentido pensamos que las facultades que la Inspección de los Tributos ostenta de acuerdo con el artículo 143 del TRLIS deberían ejercerse en el sentido indicado, so pena de vulnerar, cuando menos, el principio de seguridad jurídica (*vid.* en este sentido la SAN de 4 de octubre de 2007 (NFJ026798), limitando la potestad de la administración tributaria para presumir la exis-

de mercancías, prestaciones de servicios, cesiones de activos) que se han realizado efectivamente y tienen contenido real (no hay negocio aparente o ficticio), en los que la administración tributaria discrepa de la valoración de las operaciones efectuadas por el contribuyente en términos que no resulta evidente una manipulación artificiosa de los precios empleados¹⁶. Y en este sentido, pensamos que, al menos, podría resultar dudosa la constitucionalidad del ajuste secundario fuera de los casos de manipulación artificiosa de los precios (tratándose de operaciones reales), al establecerse un gravamen sobre una capacidad económica ya gravada (en base a los ajustes primario y correlativo), sin que la prevención del fraude fiscal justificase tal nuevo gravamen, de acuerdo con la propia doctrina del TC (no concurrencia de justificación, o de proporcionalidad y razonabilidad)¹⁷.

La propia OCDE se ha pronunciado en varias ocasiones a favor de restringir el ámbito de aplicación de estos ajustes secundarios. Así, en el para. 4.72 de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia se indica: «Dadas las dificultades que acaban de señalarse, es conveniente que las Administraciones tributarias, cuando los ajustes secundarios se consideren necesarios, procedan a estos de forma tal que los riesgos de doble imposición que podrían resultar se redujeran al mínimo, salvo cuando el comportamiento del contribuyente denote su intención de disfrazar un dividendo con la finalidad de evitar la retención en la fuente. Además, los países que se encuentran en proceso de definir o revisar su política en este terreno deben tener en cuenta las dificultades mencionadas anteriormente». Por otro lado, en el para. 69 del informe OCDE, *Transfer Pricing, Corresponding Adjustments and the Mutual Agreement Procedure* (OECD, París, 1982) se indica la falta de consenso entre los países miembros de la OCDE en relación con legalidad convencional de los ajustes secundarios y la forma de eliminar la doble imposición internacional que pueden generar estos ajustes. Ideas similares se derivan tanto del contexto de los nuevos Comentarios al artículo 25 del MC

tencia de negocios jurídicos y sus condiciones en el marco de operaciones vinculadas cubiertas por la regla imperativa de valoración del art. 16 Ley 61/1978). Por último, y no menos importante, no debe descuidarse que contablemente el criterio del valor de mercado / valor razonable no se aplica a los mismos sujetos y operaciones que la regla de las operaciones vinculadas, por lo que no coincidiendo el ámbito subjetivo y objetivo del criterio contable con el definido en el artículo 16 del TRLIS, pretender aplicar contablemente el criterio contable del valor razonable / mercado a cualquier sujeto cubierto por el artículo 16 del TRLIS es, en nuestra opinión, un intento de forzar la realidad contable y leer una cláusula general antiabuso donde deberían aplicarse los artículos 13, 15 y 16 de la LGT.

¹⁶ Piénsese en un caso donde una matriz vende a sus filiales mercancía aplicando el método del TNMM-Resale Minus sobre la base de la asignación de un margen neto operativo del 2% a la filial atendiendo a los comparables externos seleccionados y extraídos de una base de datos reconocida (v.gr., Amadeus). La administración tributaria española discrepa de tal valoración al realizar una selección de los comparables distinta o bien considerar que el contribuyente utilizó el cuartil superior del rango mientras que corresponde aplicar a su juicio el cuartil inferior del rango de valores de mercado. Como consecuencia de tal discrepancia en la aplicación de los métodos, la administración tributaria ajusta el precio de mercado de la mercancía. Nótese que este tipo de casos, que pueden ser los más frecuentes, se trata de operaciones económicas reales y efectivas donde la forma y el fondo económico de la operación coinciden. Las partes quisieron realizar una compraventa de mercancías y además trataron de valorarla razonablemente a un precio de mercado. No hay ni simulación, ni fraude ni tampoco una intención de transferencia artificial de beneficios entre las partes. Por ello, consideramos no resulta adecuado presumir siempre y en todo caso la existencia de una «operación secundaria» y recalificar el exceso de renta transferido. El ajuste primario (y el correlativo) ya constituyen medidas que corrigen el eventual error de valoración realizado por el contribuyente, no resultando procedente un segundo ajuste secundario, al carecer de fundamento de acuerdo con los principios de capacidad económica y justicia tributaria. El propio artículo 16.1 del TRLIS podría además servir de fundamento para esta posición cuando establece que «la valoración administrativa no determinará la tributación por este impuesto ni, en su caso, por el IRPF o el IRNR de una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de entidades que la hubieran realizado».

¹⁷ Véanse las SSTC 146/1994 (NFJ003364), 194/2000 (NFJ009087) y 255/2004 (NFJ018644) (fj. 6).

OCDE 2008 (de los documentos que con carácter previo a la revisión de tales comentarios publicó la OCDE) como del Manual de Procedimientos Amistosos Eficaces («MEMAP») de 2007.

En relación con esto último, debe señalarse que la doble imposición que puede resultar de la aplicación de ajustes secundarios no constituye un caso expresamente mencionado a los efectos del procedimiento amistoso del artículo 25 del MC de la OCDE¹⁸. En particular, nótese que no estamos ante un caso de aplicación del artículo 9 de los CDI. Como se pone de relieve en los Comentarios al artículo 9 del MC y en las propias Directrices OCDE de Precios de Transferencia (para. 4.70) el mencionado artículo 9 no trata de los ajustes secundarios y, en consecuencia, no prohíbe ni obliga a las administraciones tributarias a practicar tales ajustes, de suerte que la única base jurídica para la aplicación de los mismos es la proporcionada por la legislación interna. Así, el artículo 9 ni otorga cobertura a tales ajustes (ni los prohíbe), ni tampoco obliga a los demás países a aplicar desgravación alguna como consecuencia de su práctica por otro Estado contratante¹⁹. Es más, podría llegar a cuestionarse la compatibilidad de tales ajustes secundarios con otras disposiciones del convenio (por ejemplo, la calificación como dividendos del exceso pagado por una entidad a otra sociedad hermana en una venta de mercancías podría colisionar con el art. 10, dependiendo del tenor de este precepto), por más que nos encontremos ante una importante laguna de los CDI que pone en tela de juicio su finalidad principal²⁰.

¹⁸ Tal circunstancia planteará problemas allí donde el precepto convencional regulador del procedimiento amistoso no haya incluido la cláusula del artículo 26.3 *in fine* del MC OCDE 2005 que permite la eliminación de la doble imposición en casos no previstos en el convenio. Con todo, en el Manual del Procedimiento Amistoso OCDE (2008) se reconoce cómo el procedimiento amistoso constituye una vía adecuada para resolver los problemas que plantean los ajustes secundarios, en la medida en que surgen en el marco de o como consecuencia de ajustes de precios de transferencia. En este sentido, la eliminación de los problemas que plantea un ajuste secundario puede acordarse en el marco de un MAP en la medida en que se corrija un ajuste primario o se acuerde la repatriación de fondos a los efectos de un ajuste correlativo. *Vid.*: OECD, *Manual on effective mutual agreement procedures*, 2008, Chapter 4.6. *Secondary adjustments, withholding tax, and repatriation on transfer pricing adjustments*.

¹⁹ HELMINEN (1999), pág. 245, ha destacado cómo el artículo 9 solo establece que los beneficios corregidos pueden ser «sometidos a imposición en consecuencia», sin precisar la calificación aplicable a tal renta o la forma en que debe ser gravada. Lo mismo acontece en los artículos 11.6 y 12.3 del MC OCDE cuando establecen que el exceso de intereses y cánones pagados en relación con lo dispuesto por el principio de plena competencia no constituyen intereses y cánones, sin precisar la calificación aplicable. No obstante, en ambos casos el gravamen sobre la renta objeto de la corrección valorativa debe resultar compatible con las demás disposiciones del convenio. Los conflictos de calificación que pudieran surgir en este contexto deben resolverse a través del procedimiento amistoso.

²⁰ Por el contrario, allí donde el ajuste secundario conllevara una recalificación de renta como dividendo de forma consistente con el artículo 10 del CDI, el otro Estado contratante debe tratar tal renta como un dividendo de acuerdo con lo previsto en el precepto convencional que regula los métodos para eliminar la doble imposición [VOGEL (1997), art. 9. para. 83; *id.* el para. 2 de los comentarios al art. 9 del MC de EE.UU. 2006]. HELMINEN [(1999), pág. 247 y ss.] considera que el exceso pagado por una entidad filial a su matriz en el marco de operaciones vinculadas –ya sean prestaciones de servicios, venta de mercancías, pagos de intereses o cánones– puede ser calificado y gravado como un dividendo del artículo 10 del MC OCDE (e incluso en el marco de la Directiva Matriz-Filial al emplear la expresión «distribución de beneficios»), siempre que así lo establezca la legislación interna del Estado de la fuente. Entiende esta autora que se trata de renta derivada de acciones que encaja en el artículo 10 y resulta consistente con lo previsto en los artículos 11.6 y 12.4 del MC. También considera que el exceso de beneficios transferido en el marco de operaciones entre entidades hermanas puede caer en el ámbito de aplicación del artículo 10. A su vez, mantiene que el otro Estado contratante debe aceptar tal calificación como dividendo y aplicar las medidas previstas en el convenio para la eliminación de la doble imposición sobre este tipo de renta. A nuestro juicio, el Estado de residencia no está obligado a aceptar tal recalificación como tampoco está obligado a aceptar el ajuste primario realizado por el otro Estado contratante, de manera que ambas cuestiones deberán abordarse en el procedimiento amistoso o arbitral (en parecidos términos: VOGEL/SHANNON/DOERNBERG/VAN RAAD, art. 9, págs. 453-455).

2. LOS DIFERENTES ENFOQUES EN MATERIA DE AJUSTES SECUNDARIOS

2.1. Inexistencia de un consenso internacional en torno a los ajustes secundarios.

Actualmente, no puede decirse que exista uniformidad entre los diferentes países (incluso entre aquellos Estados miembros de la OCDE) en lo que se refiere a la realización de ajustes secundarios en el marco de la normativa de precios de transferencia. De hecho, existe un cierto número de países que no prevén la realización de este tipo de ajustes (por ejemplo, el Reino Unido, Brasil, Irlanda, India, Portugal, Singapur, e incluso España hasta la reforma de la LMPFF), en tanto que otros sí vienen realizándolos aunque no exista uniformidad en el modo de llevarlos a cabo (por ejemplo, Alemania, Australia, Austria, Argentina, Bélgica, Canadá, China, Corea, Dinamarca, EE.UU., Indonesia, Japón, Noruega, Suecia, Suiza y Sudáfrica).

Buena muestra de esta falta de uniformidad y de consenso internacional sobre el ajuste secundario se refleja (aunque también podría ser su causa) en la propia posición adoptada por la OCDE en la materia. Así, llama poderosamente la atención que, como ya indicamos, en los Comentarios al artículo 9 del MC de la OCDE ²¹ y en las propias Directrices OCDE de Precios de Transferencia ²² se afirme que este precepto, que constituye la base jurídica del principio de plena competencia y de la doctrina de los precios de transferencia, no trata de los ajustes secundarios y que, en consecuencia, no prohíbe ni obliga a las administraciones tributarias a efectuar tales ajustes, de suerte que la realización de los mismos dependerá de lo previsto en su legislación interna. Y de hecho, la OCDE viene considerando que la realización de los ajustes secundarios genera un buen número de dificultades prácticas de difícil solución ²³ y en tal sentido «es conveniente que las Administraciones tributarias, cuando los ajustes secundarios se consideren necesarios, procedan a estos de forma tal que los riesgos de doble imposición que podrían resultar se redujeran al mínimo, salvo cuando el comportamiento del contribuyente denote una intención de disfrazar un dividendo con la finalidad de evitar la retención en la fuente ²⁴». La aplicación del ajuste secundario únicamente en casos de elusión enca-

²¹ Paras. 8-9 de los CMC ModCDI.

²² Para. 4.70 de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia.

²³ Tales dificultades se exponen en el para. 4.71 de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia. En este párrafo se ponen de relieve especialmente los problemas para aplicar la teoría del reparto oculto de dividendos allí donde las entidades vinculadas sean hermanas integradas en el mismo grupo, de suerte que la teoría de los dividendos triangulares (esto es, que el ajuste secundario pueda producir la distribución de un dividendo teórico por una de las sociedades hasta la sociedad matriz común a través de una vía de participaciones seguida de aportaciones presuntas de fondos propios en sentido inverso hasta la otra sociedad implicada en la operación a través de una cadena de participaciones) puede resultar compleja de aplicar y sus consecuencias son poco previsibles al estar implicadas varias jurisdicciones fiscales. Se considera que tal problemática podría evitarse asimilando la operación secundaria a un préstamo, pero la mayor parte de los países no utilizan los préstamos presuntos con esta finalidad y estos últimos plantean en sí mismos problemas en lo que respecta a los intereses imputados. A su vez, también se destaca la problemática que resulta del ajuste secundario para los accionistas minoritarios, de suerte que estos no son parte de las operaciones vinculadas y, en consecuencia, no han recibido un exceso de pagos, de manera que no resultaría apropiado que pudieran ser considerados como beneficiarios de un dividendo presunto. No obstante, la OCDE entiende que la imputación de un dividendo constructivo no proporcional a la participación podría considerarse incompatible con las disposiciones aplicables del derecho de sociedades.

²⁴ Este es el enfoque adoptado por el legislador neerlandés, tras la reforma de su legislación de precios de transferencia llevada a cabo en el año 2002.

ja igualmente mejor con la doctrina del TJCE sobre cláusulas antiabuso nacionales que pivotan sobre el principio de plena competencia [vid. la STJCE de 13 de marzo de 2007, C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group* (NFJ024996)].

La doctrina internacional también se ha mostrado contraria a la realización de ajustes secundarios considerando su casuismo y complejidad, así como los efectos impositivos (doble imposición) y sobre los accionistas minoritarios, de suerte que o bien se aboga por su improcedencia, por sustituirlos por un sistema de reembolso del exceso de renta que resulte neutral fiscalmente para las partes vinculadas²⁵, o por aplicarlos únicamente cuando resulte evidente la intención del contribuyente de utilizar el precio de transferencia para evitar una retención en origen sobre dividendos²⁶.

2.2. Enfoques y modelos en materia de ajustes secundarios.

Con todo, existe un cierto número de países cuya legislación prevé la realización de ajustes secundarios, por más que no exista uniformidad en los presupuestos y forma de llevarlos a cabo²⁷. Con carácter general, se prevé que la operación secundaria adopte la forma de dividendos ocultos o constructivos, de aportaciones encubiertas de capital, o de préstamos.

a) Enfoque basado en los dividendos constructivos o distribuciones encubiertas de dividendos (*constructive/hidden dividends approach*): como regla, se considera que allí donde una filial realiza una operación vinculada con su matriz –venta de bienes con precio inferior al de mercado o le compra bienes con precios superiores a los de mercado–, de manera que tiene lugar una transferencia de beneficios filial-matriz y el ajuste primario se practica a la sociedad filial la administración tributaria puede tratar fiscalmente el exceso de beneficios transferido a la matriz como una distribución encubierta de beneficios que puede ser objeto de retención en la fuente.

²⁵ KANEKO (1995); y BRACEWELL-MINES en IFA (1996), págs.66-67.

²⁶ HIMINO en IFA (1996), pág. 47. Insiste este autor en que estos ajustes secundarios pueden ser tremendamente arbitrarios y caprichosos, dado que la autoridad fiscal tiene discreción para determinar la calificación de la operación como aportación encubierta de capital, distribución oculta de dividendos o préstamos constructivos, de suerte que la elección entre estos dos últimos resulta muy compleja. También pone de relieve las dificultades que existen para aplicar estas fórmulas pensadas para operaciones societarias (sociedad/socio) cuando se trata de operaciones vinculadas entre entidades hermanas con matriz común, de suerte que la aplicación de la teoría de los repartos ocultos de dividendos triangulares resulta tremendamente compleja y de consecuencias imprevisibles. Así, en el caso de que la operación vinculada fuera entre dos entidades hermanas de matriz común, podría asumirse tanto la existencia de una distribución oculta de dividendos por parte de una entidad a su matriz, como la aportación encubierta de capital de la matriz a la otra filial, de suerte que la matriz (residente en un tercer país) podría ser sometida a imposición de acuerdo con ello (en este mismo sentido, véase el para. 4.71 de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia). En tercer lugar, si la operación vinculada ajustada es entre la matriz con participación mayoritaria sobre la filial, debería asumirse que los accionistas minoritarios de la filial han recibido dividendos constructivos y entonces han realizado aportaciones de capital, de forma que resultaría la aplicación de retenciones en la fuente sobre tales dividendos, de suerte que aunque tales accionistas minoritarios no han participado en la operación vinculada su situación tributaria puede verse afectada. Por último, si la operación entre entidades en las que media una relación «abuela-nieta» (*grandparent/grandchild subsidiary*), entonces habría que asumir dos pagos de dividendos encubiertos y exaccionar retenciones en la fuente sobre los mismos en dos ocasiones.

²⁷ En torno a esta cuestión seguimos la exposición de PETERSON y HORNER en IFA (1996), pág. 15 y ss.

b) Enfoque basado en las aportaciones encubiertas de capital o fondos propios (*constructive equity contribution*): cuando se plantea el supuesto inverso, esto es, cuando la matriz realiza una operación vinculada con su filial –venta de bienes o prestación de servicios a precios inferiores a los normales de mercado, o le compra bienes a precios superiores a los de mercado–, y la administración tributaria realiza un ajuste primario positivo en su base imponible (en la matriz), también podrá tratar fiscalmente tal transferencia de beneficios como una aportación encubierta de capital de la matriz a la filial.

El enfoque basado en las distribuciones disfrazadas de dividendos o aportaciones encubiertas de capital ha sido desarrollado fundamentalmente en Alemania y Austria, aunque también se emplea en EE.UU.²⁸ con algunas peculiaridades. En particular, en Alemania la construcción relativa a las denominadas distribuciones ocultas de dividendos [*Verdeckte Gewinnausschüttung*, Sec. 8 (3)KStG] responde a una construcción jurisprudencial muy consolidada con arreglo a la cual tales distribuciones ocurren allí donde se produce una disminución del valor de los activos de una entidad causada por una relación societaria (*societatis causa*), que afecta a la base imponible de la entidad y no está relacionada con una distribución de dividendos realizada de acuerdo con la legislación societaria-mercantil²⁹. Es decir, cuando una sociedad concede una ventaja o un beneficio a un accionista (o a una persona relacionada con un accionista) y tal ventaja es conferida precisamente en virtud de tal relación (sin resultar relevante el porcentaje de participación). Sin embargo, esta construcción se ha objetivado (y en cierta medida se ha acercado a la doctrina del principio de plena competencia)³⁰ en

²⁸ Véanse los Comentarios al para. 2 del artículo 9 del MC de EE.UU. 2006 y VOGEL/SHANNON/DOERNBERG/VAN RAAD, artículo 9, pág. 453 y ss.

²⁹ Sobre esta cuestión, *vid.*: COMBARROS (1988), ESTEVE PARDO (1996), SCHNORBERGER (1999) y BRICKNER (2001).

³⁰ El principio de plena competencia en Alemania se establece igualmente por referencia a las condiciones de libre competencia en el mercado, pero reconociendo la improcedencia de los ajustes si las condiciones comerciales hubieran sido acordadas por un diligente hombre de negocios. En el fondo, ello supone un reconocimiento de la razonabilidad objetiva en la aplicación del principio de plena competencia, en el sentido de que la existencia de razones o factores comerciales objetivos pueden justificar una determinada política de precios y, por tanto, resultar improcedente el ajuste. Es decir, se reconoce que los precios de transferencia no son una ciencia exacta y deben analizarse no solo a través de una excesivamente mecánica de comparabilidad sino también atendiendo a consideraciones comerciales, empresariales, etc. [*vid.* COMBARROS (1988), pág. 74 y ss.; y SALA GALVÁN págs. 197-199 y el para. 2.1.1 de la Circular de Precios de Transferencia alemana de 1983 (en BRICKNER, pág. 957)]. No obstante, la doctrina alemana ha criticado el empleo de tal principio del «hombre diligente de negocios» (o comerciante ordenado y diligente), al considerar que, si bien introduce cierta flexibilidad en la aplicación del principio de plena competencia, genera un gran inseguridad jurídica a los contribuyentes toda vez que el «razonamiento lógico» que subyace en este principio puede enfocarse de forma muy diferente por la administración y los contribuyentes. A su vez, se critica que a través de este principio se aleja la aplicación de la normativa alemana sobre precios de transferencia de la práctica internacional basada en datos empíricos y manejo de bases de datos. También se indica que las Directrices OCDE de Precios de Transferencia no otorgan ningún reconocimiento o validez a este principio alemán (salvo en sede de documentación), lo cual plantea problemas en un contexto transnacional (*v.gr.*, mayores posibilidades de doble imposición económica en ajustes no correlativos). Es más, se argumenta que tal principio alemán puede resultar contrario al principio de plena competencia en la medida en que únicamente atiende a la posición de una de las partes en la operación, de forma que no tiene en cuenta que una negociación de mercado se configura a través del acuerdo entre dos partes con intereses contrapuestos. Asimismo, se ha observado cómo las autoridades y tribunales alemanes han llevado a cabo ajustes (denegación de deducción de gastos por servicios de dirección y generales) en casos donde el precio de mercado pactado era correcto, al considerar que un hombre diligente de negocios no se hubiera comportado de tal forma, esto es, hubiera exigido un contrato que definiera claramente las obligaciones de ambas partes. En este sentido, se considera que tal principio del hombre diligente de negocios podía estar justificado en el momento de su origen (1967) dado el limitado desarrollo del principio de plena competencia, pero en el contexto actual las autoridades alemanas deberían seguir la concepción objetiva y empírica establecida a nivel internacional (Directrices OCDE), sin que ello signifique un abandono total de las consideraciones basadas en la racionalidad y lógica de los negocios y el mundo empresarial (*vid.*: EIGELSHOVEN/STEMBER 2008, págs. 63 y ss.; KROPPE/RASCH 2004, pág. 28).

el sentido de que se considera que se concede un beneficio debido a la relación societaria (*societatis causa*) si la entidad concede la ventaja al accionista en condiciones tales que un «comerciante ordenado y diligente» (*Fremdvergleich*) no hubiera concedido a una entidad o persona no vinculada. Nótese que en este contexto puede acontecer que la normativa sobre dividendos disfrazados se solape con la regulación general de operaciones vinculadas (el principio de plena competencia, Sec.1 AStG), en cuyo caso la Circular alemana de precios de transferencia establece la prioridad de tal normativa (y las aportaciones encubiertas de capital, Sec. 8.a KStG). Resulta, igualmente, reseñable cómo la construcción basada en las aportaciones encubiertas de capital, donde el accionista le transfiere un beneficio o activo a la entidad—siendo tal beneficio o activo susceptible de ser incluido en los estados financieros y contabilidad de la entidad—no opera simétricamente en casos de operaciones transnacionales, donde una matriz residente realiza una operación vinculada con una filial utilizando un precio de transferencia (*v.gr.*, de las mercancías, bienes, servicios, intangibles, etc.) inferior al de mercado (o simplemente no existiendo contraprestación). En estos supuestos, la legislación alemana y la austríaca no aplican la construcción basada en la aportación oculta de capital de la matriz a la filial extranjera, sino que consideran que se debe realizar un ajuste positivo en la base imponible de la matriz (residente) resultando tal imputación de renta sometida a imposición. Tal tratamiento asimétrico respecto de las situaciones internas (donde el ajuste conduciría a calificar la renta como aportación de capital de la matriz a la filial), además de plantear serios problemas de discriminación desde el punto de vista de los CDI y del Derecho Comunitario³¹, revela la dificultad (o inadecuación) para aplicar este enfoque en un contexto transfronterizo, de suerte que es entonces donde resulta de aplicación la regulación del ajuste valorativo (al alza) que establece el principio de plena competencia (y que opera subsidiariamente respecto de la relativa a aportaciones encubiertas de capital).

c) Enfoque alternativo basado en préstamos encubiertos (*constructive loan approach*): a pesar de que los ajustes secundarios suelen adoptar alguna de las fórmulas que acabamos de exponer (distribución de dividendos/aportación de capital) en algunos países, como EE.UU. y Alemania³², también se han articulado de otra forma de cara a evitar los problemas que se plantean cuando la transferencia de beneficios resulta de una operación vinculada realizada entre entidades que no están unidas por una relación societaria directa (sociedades hermanas), en la medida en que la teoría de los dividendos triangulares no deja de suscitar problemas en su aplicación³³. Así, una

³¹ En relación con Austria *vid.*: BRUGGER (2008), pág. 180, y respecto de Alemania *vid.* (*vid.*: EIGELSHOVEN/STEMBER 2008, pág. 67 y la bibliografía citada allí).

³² SCHNORBERGER (1999) y BRICKNER (2001).

³³ La teoría de los dividendos triangulares fue creada por el IRS de EE.UU. a través de su Revenue Ruling 69-630, 1969-2 CB 112, aunque actualmente también se aplica por Alemania. Tal y como explica la profesora SALAS GALVÁN (1996, pág. 213 y ss.), el IRS entendía que toda diferencia entre el precio de transferencia y el valor normal de mercado en operaciones internacionales entre filiales de un socio común constituía automáticamente un dividendo encubierto al socio común y una posterior aportación encubierta de este a la sociedad filial extranjera que efectivamente posee el exceso de beneficios provocado por el precio de transferencia comprobado. Y ello con independencia de que el motivo de la operación hubiera sido o no un intento de atribuir impropriamente ingresos y gastos entre las entidades vinculadas implicadas. La jurisprudencia de los tribunales norteamericanos ha ido estableciendo los contornos de esta teoría de los dividendos triangulares, de suerte que para considerar que el socio común ha recibido un dividendo resultante de la operación vinculada realizada por sus dos sociedades filiales se requiere la concurrencia de dos condicionantes, a saber: a) la operación vinculada debe satisfacer el denominado *distribution test* en el sentido de que ha debido provocar una pérdida de control de fondos por parte de la sociedad filial transmitente que permita al socio común ejercer el control sobre los mismos,

de las vías para evitar este problema es tratar fiscalmente el exceso de beneficios como un préstamo realizado por la sociedad vinculada objeto del ajuste primario a la otra sociedad vinculada extranjera parte de la operación vinculada objeto de comprobación. Esta vía también resulta problemática debido a que, por un lado, se puede considerar que tal préstamo devenga intereses (¿desde qué fecha?) que se someterían a imposición en sede de la sociedad vinculada comprobada y que, de aceptarse tal configuración por el Estado de residencia de la otra entidad vinculada podrían ser objeto de tributación en origen ³⁴.

d) Los *conforming adjustments* en EE.UU. como válvula de escape frente a los ajustes secundarios: una segunda vía ideada por los EE.UU. para evitar los problemas que plantean los ajustes secundarios son los denominados *conforming adjustments* que vendrían a ser el reverso de los primeros, en el sentido de que constituyen medios que aportan una explicación operativa de cómo las posiciones de caja de las partes vinculadas no coinciden con los ajustes fiscales de precios de transferencia realizados sobre su base imponible ³⁵. Tal simetría se logra permitiendo que los contribuyentes recalifiquen los flujos de renta derivados de otra operación realizada entre ellos –por ejemplo, una distribución de dividendos– de cara a que sus cuentas financieras coincidan con el ajuste fiscal de su base imponible motivado por la comprobación que determinó la existencia de un exceso de transferencia de beneficios de una entidad a otra. La principal forma de alcanzar tal resultado es tratar el pago no vinculado, como un dividendo de la entidad del Estado B a la entidad del Estado A, como un pago realizado respecto de la operación que ha dado lugar al ajuste de precios de transferencia. Piénsese, por ejemplo, que el Estado A determina que la entidad del Estado A ha vendido mercancías a un precio inferior al de mercado a la entidad del Estado B, de suerte que ajusta positivamente el precio en 100.000 euros. En este contexto, se asume que la entidad del Estado B pagó un dividendo de 200.000 euros a la entidad del Estado A en el mismo año en que se realizó la operación vinculada. En este contexto, el Estado A le permitiría a la entidad del Estado A realizar un *conforming*

directa o indirectamente, a través de cualquier medio que no sea la propia sociedad filial que los transfiere; allí donde el socio común no ha recibido ningún beneficio directo o tangible de la operación vinculada, hecha abstracción de beneficios incidentales, no se considerará que concurre este condicionante; y b) debe cumplir el *business purpose test*, de forma que la operación vinculada enjuiciada debe haber sido realizada principalmente para beneficiar al socio común y no por motivos comerciales. Sobre esta cuestión *vid* también LOWELL *et alter* (1996), Ch. 6. págs. 121 y ss. En España existen autores que se han hecho eco de la misma: *vid*. BAENA SALAMANCA (2009).

³⁴ PETERSON/HORNER en IFA [(1996), pág. 16] considera que esta vía plantea problemas circulares, en la medida en que si se imputa fiscalmente un interés y este realmente no se paga efectivamente el exceso de beneficios sigue en manos de la entidad vinculada que los percibió como consecuencia de la operación vinculada. Por otro lado, apunta que se plantean aquí cuestiones similares a las que se plantean respecto de los dividendos ocultos en relación con la aplicación del artículo 10 de los CDI y la concesión de la deducción por doble imposición económica internacional. En relación con la aplicación del artículo 10 de los CDI en relación con las distribuciones encubiertas de dividendos los CMC al artículo 10 Mod CDI (para.28) se limitan a indicar que estarían cubiertos por su ámbito de aplicación siempre que el Estado de residencia de la entidad pagadora los trate como dividendos de acuerdo con su legislación interna. En algunos casos donde tal presupuesto no concurría se ha considerado aplicable la cláusula convencional relativa a las «Otras rentas» (art. 21 Mod CDI). En relación con esta cuestión, la profesora HELMINEN (1999), pág. 245 y ss., considera que existe un cierto consenso en calificar este tipo de exceso de beneficios transferido en el marco de operaciones con precios de transferencia como dividendos constructivos que caen en el ámbito del artículo 10 de los CDI, en la medida en que el Estado de residencia de la entidad pagadora los califique como dividendo con arreglo a su legislación, de suerte que el principal problema que se plantea en este contexto es el de la calificación asimétrica por el Estado de residencia del contribuyente receptor de tal renta; tal problema únicamente puede resolverse en el marco del procedimiento amistoso de un CDI o a través del Convenio 90/436/CEE.

³⁵ *Vid*. WARNER (1998) y SALA GALVÁN (1996), págs. 217 y ss.

adjustment tratando fiscalmente la mitad del dividendo como pago por las mercancías, en lugar de como dividendo. En tal caso, la entidad del Estado A perdería la deducción por doble imposición respecto del dividendo recharacterizado, y también se vería privado de la posibilidad de imputarse la retención en origen que hubiera gravado tal dividendo. Esta vía plantea problemas de doble imposición residual, a menos que el otro Estado implicado aceptara las implicaciones del *corresponding adjustment* en el marco de un procedimiento amistoso de un CDI.

e) Otras vías que se han arbitrado para evitar los ajustes secundarios son la devolución del exceso de beneficios transferido a través de los precios de transferencia, y la fórmula basada en las «compensaciones» o *set-offs* donde se buscaría otra operación donde la entidad que tiene en su haber el exceso de beneficios de acuerdo con la operación vinculada objeto del ajuste realiza otras operaciones vinculadas con la otra entidad en las que o bien no recibe remuneración alguna o es inferior a la de mercado. Estas dos vías son igualmente problemáticas. En el primer caso, puede acontecer que el reembolso sea considerado como una nueva operación sujeta a gravamen en las dos jurisdicciones implicadas³⁶, en tanto que en el supuesto de la compensación lo cierto es que en muchos casos planteará un caso circular pudiendo iniciarse otro ajuste de precios de transferencia en relación con la operación vinculada a través de la que se busca la compensación.

Ciertamente, a pesar de que existe una pluralidad de enfoques en relación con las operaciones secundarias que se consideran realizadas a efectos de calificar la renta objeto del ajuste secundario, en la práctica la mayoría de los países han optado por considerar que existe un reparto encubierto de beneficios o una aportación oculta de capital, dependiendo del sentido de los flujos. Por lo general, los problemas que se plantean en este contexto en relación con las operaciones entre entidades vinculadas entre las que no existe una relación societaria (v. gr., sociedades hermanas) o bien se ha resuelto ignorando tal circunstancia (como en el contexto del art. 57 CGI francés), o bien se ha seguido la teoría de los dividendos triangulares (EE.UU. y Alemania)³⁷.

No obstante, incluso cuando se ha seguido este enfoque clásico (reparto oculto de dividendos/ aportación encubierta de capital) hay diferencias en los presupuestos establecidos para la aplicación del ajuste secundario. Así, hay países, como Francia³⁸ o Países Bajos³⁹, que hacen depender la aplicación del ajuste secundario como distribución encubierta de beneficios cuando se acredite la intención de elusión fiscal por parte del contribuyente. Con todo, parece que existe un cierto número de países que vienen aplicando un enfoque objetivo a la hora de llevar a cabo el ajuste secundario, de forma que no se requiere intención elusiva sino simplemente que como resultado de la operación vinculada no acordada en condiciones normales de mercado se ha realizado una traslación de beneficios a un sujeto sin haber sido sometido a la imposición correspondiente. No obstante,

³⁶ Ello acontece, por ejemplo, de acuerdo con la legislación alemana (véase el para. 5.5.1 de su Circular sobre precios de transferencia, IV B 4 – S 1341- 1/05, de 12 de abril de 2005, publicada en *ITPJ* July/August 2005, págs. 162 y ss.).

³⁷ *Vid.* SALA GALVÁN (1996) y SCHNORBERGER (1999), págs. 190 y ss.

³⁸ GOLDSMITH (2000), págs. 26 y ss.

³⁹ En concreto, el apartado 4.º del Decreto del Ministro de Finanzas N.º IFZ 2001/295M, de 30 de marzo de 2001, establece: «(...) The secondary adjustment is not performed if the taxpayer is able to demonstrate that, in the light of the difference between the tax systems used by the two states, the dividend withholding tax cannot be credited and there is no situation of abuse aimed at the avoidance of dividend withholding tax».

debe insistirse en la observación hecha anteriormente en el sentido de que un cierto número de países no contempla la aplicación de los ajustes secundarios en el marco de su regulación de operaciones vinculadas en línea con la recomendación realizada por la OCDE en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia.

3. LA NUEVA REGULACIÓN ESPAÑOLA DEL AJUSTE SECUNDARIO

3.1. Características generales del modelo de ajuste secundario introducido por la LMPFF en el artículo 16.8 del TRLIS.

Una de las más notables novedades que ha introducido la LMPFF en el régimen de operaciones vinculadas ha sido precisamente la regulación del ajuste secundario, toda vez que en la legislación de operaciones vinculadas anterior no estaba previsto⁴⁰. Tal novedad ha sido valorada positivamente por un sector de la doctrina⁴¹, en tanto que otros autores consideran que tal regulación plantea serias dudas de constitucionalidad⁴². Concretamente, estos autores consideran que la regulación del ajuste secundario vulnera el artículo 31.1 de la CE a la luz de la STC 194/2000 (NFJ009087) (fj. 8) al crear una ficción jurídica a la hora de establecer la calificación de la renta y su tratamiento fiscal que puede no ajustarse en modo alguno a la realidad y someter a gravamen renta inexistente o ficticia y, por tanto, contraria al principio de capacidad económica. Posiblemente, la flexibilización de la regla del artículo 16.8 del TRLIS por el apartado 3.º del artículo 21 bis del Reglamento LMPFF haya diluido el peso de las principales objeciones planteadas por estos autores. A este respecto, la constitucionalidad de la normativa española de operaciones vinculadas debe analizarse a su vez teniendo en cuenta las SSTC 146/94 (NFJ003364) y 255/2004 (NFJ018644) en las que el TC declaró que en el marco de relaciones entre personas vinculadas donde existe un riesgo de manipulación de la imputación y determinación de la renta el legislador puede establecer tanto medidas cautelares de carácter probatorio que resulten proporcionadas así como una regla de valoración específica como la del valor normal de mercado. En este sentido, las consecuencias de la correcta aplicación del valor normal de mercado (*v.gr.*, el ajuste secundario) podrían gozar de cierto respaldo a la luz de esta jurisprudencia constitucional, aunque muy probablemente la aplicación del ajuste secundario a supuestos en donde no exista intención fraudulenta alguna podría plantear dudas acerca de su constitucionalidad.

Las principales características del modelo de ajuste secundario por el que ha optado el legislador español en los artículos 16.8 del TRLIS y 21.bis del Reglamento LMPFF son las siguientes, a saber:

⁴⁰ No obstante, existe constancia de que en algunos casos donde la administración tributaria comprobaba la política de precios de transferencia entre la filial española y su matriz extranjera en relación con las prestaciones de servicios (*management fees*), se consideraba que no existían evidencias de la efectiva prestación del servicio además de denegarse la deducibilidad del gasto se calificaba el pago de renta como reparto oculto de beneficios de acuerdo con el artículo 14 de la LIS de 1978. Véase por ejemplo el caso *Rank Xerox* en la STS de 13 de junio de 2006 (NFJ024501).

⁴¹ *Vid.* FALCÓN y TELLA (2006), y GARCÍA HERRERA (2007); SANZ GADEA (2007), pág. 41.

⁴² Particularmente críticos han sido ALONSO GONZÁLEZ (2007) y GARCÍA NOVOA (2008).

- A) Estamos ante un modelo de ajuste secundario de carácter objetivo y no subjetivo (no se requiere intención o propósito elusivo), al menos, en el artículo 16.8 del TRLIS, puesto que, como se comprobará, el artículo 21 bis del RIS 2008 cambia el sentido de la norma para otorgar al ajuste secundario, con el artículo 21.3 bis del RIS 2008, un cierto carácter subjetivo ⁴³.
- B) El ajuste secundario se realiza automáticamente por la administración, en virtud de la potestad de calificación específica que el artículo 16.8 del TRLIS le otorga, y constituye una consecuencia del ajuste primario. Nuevamente, la automaticidad se ve matizada por el artículo 21.3 bis del RIS 2008, que, sin embargo, no concreta la carga probatoria que corresponde al contribuyente para excluir el ajuste secundario.
- C) Se trata de un modelo en el que mayoritariamente se interpreta que el ajuste secundario se superpone a los primarios y bilaterales, esto es, no opera con independencia de aquellos para anularlos, sino que resulta aplicable una vez realizados los ajustes primario y correlativo, en relación con el exceso de renta que queda en manos de una de las partes vinculadas.
- D) El modelo adoptado no utiliza únicamente las operaciones secundarias relativas a la distribución encubierta de dividendos y la aportación oculta de capital, en la medida en que cuando se acredite una causa diferente a la *societatis causa* la calificación de la renta correspondiente al exceso de beneficios transferido podrá ser otra ⁴⁴.
- E) El ajuste secundario no queda limitado a los supuestos en los que la operación vinculada fue realizada entre personas unidas por relaciones societarias directas, sino que puede aplicarse en todo supuesto en que medie una relación de vinculación (*v.gr.*, sociedades hermanas).
- F) No se ha regulado el procedimiento para realizar el ajuste secundario ⁴⁵, ni tampoco se ha previsto ninguna especificidad allí donde su aplicación se lleve a cabo en el marco de un CDI, lo cual sin duda puede generar problemas (*v.gr.*, la admisibilidad de tal gravamen y la calificación de la renta). La incidencia en este contexto del Derecho Comunitario (Tratado CE y Directivas 90/435/CEE y 69/355) tampoco se ha tomado en consideración.

⁴³ Existen serias dudas sobre la legalidad de esta previsión reglamentaria, al carecer de apoyatura o soporte legal en el artículo 16.8 del TRLIS.

⁴⁴ A nuestro juicio, el artículo 21 bis del RIS lo que, a la postre, ha hecho es establecer una presunción *iuris tantum* de operación secundaria y de calificación de la renta que puede ser excluida probando que la renta tiene otra calificación al derivarse no de la *causa societatis* sino de otra distinta (*v.gr.*, contractual) que afecte a la naturaleza de tal renta; es decir, el artículo 21.bis Reglamento LMPFF establece una calificación preliminar que podrá ser sustituida por otra atendiendo a las circunstancias del caso concreto (y a la naturaleza de la renta). Ciertamente, la calificación como liberalidad del porcentaje de renta que no se corresponda con la participación del socio en la entidad plantea otro tipo de problemas y merece ser criticada. Nótese en este sentido que el artículo 16.8 del TRLIS establece una ficción de operación secundaria y de calificación de renta respecto de las operaciones sociedad-socio que el artículo 21 bis del RIS no recoge introduciendo una regla *contra legem* que agrava la falta de base legal de todo el precepto reglamentario.

⁴⁵ A este respecto, la falta de regulación del ajuste secundario plantea un buen número de cuestiones. Por ejemplo, no se ha regulado cuándo tiene lugar tal ajuste, esto es, si puede realizarse en el momento en que se lleva a cabo el ajuste primario frente al obligado tributario objeto de la comprobación o procede realizarlo –al menos cuando afecte directamente a la otra persona vinculada– al momento en que realice el ajuste bilateral. Tampoco resulta evidente si en supuestos de ajuste fiscal extracontable practicado por el contribuyente procedería o no tal ajuste secundario. Pensamos, no obstante, que lo más razonable podría ser que el ajuste secundario se ventilase en el marco del procedimiento que determina la realización del ajuste primario y del bilateral. La misma opinión es compartida por CORDÓN EZQUERRO (2009), pág.169.

3.2. La normativa española relativa al ajuste secundario.

3.2.1. Los supuestos previstos por la normativa (arts. 16.8 TRLIS, 21 bis RIS 2008 y arts. 2 y 4 RD 1804/2008): presupuestos del ajuste secundario.

Lo cierto es que el artículo 16.8 del TRLIS contiene una regulación muy parca acerca del ajuste secundario: se limita a decir que allí donde el valor convenido y el normal de mercado sean distintos, la diferencia entre ambos tendrá para las personas o entidades vinculadas el tratamiento «que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia». En particular, añade tal precepto, en los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes de la entidad, la diferencia tendrá, en la proporción que corresponda al porcentaje de participación en la entidad, la consideración de participación en beneficios si dicha diferencia es a favor del socio y de aportación a los fondos propios si la diferencia fuese a favor de la entidad.

Ha sido el artículo 21 bis del Real Decreto 1793/2008 la norma que ha completado (*sic*) la calificación que debe darse en los distintos supuestos al exceso de tesorería que termina en manos de una de las partes vinculadas como consecuencia de los ajustes primario y correlativo. Los distintos supuestos que regula el artículo 21 bis pueden resumirse en la siguiente tabla:

	Si se corresponde con el porcentaje de participación	Si no se corresponde con el porcentaje de participación
Diferencia a favor del socio	<ol style="list-style-type: none"> 1. Retribución fondos propios para la sociedad. 2. Participación en beneficios de entidades para el socio. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Retribución de fondos propios para la sociedad. 2. Rendimiento del capital mobiliario artículo 25.1 d) de la LIRPF para el socio.
Diferencia a favor de la entidad	<ol style="list-style-type: none"> 1. Aportación de capital para la sociedad. 2. Incremento valor de adquisición participación para el socio. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Renta para la entidad. 2. Liberalidad para el socio o partícipe. 3. Contribuyentes no residentes: ganancia patrimonial artículo 13.1 i) 4.º de la LIRNR.

Las reglas anteriores se complementan con el artículo 21 bis.3 del RIS 2008, que tiene gran importancia, puesto que permite excluir las calificaciones que presume el párrafo 2 de este precepto. De conformidad con el citado párrafo 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», lo cual, como ya hemos indicado, puede plantear problemas de legalidad en relación con lo previsto en el artículo 16.8 del TRLIS.

Son varias las cuestiones que llaman la atención en el precepto y que sucintamente se pueden resumir como siguen:

1. El artículo 21 bis.3 del RIS 2008 pretende convertir el modelo de ajuste secundario objetivo y automático que regula el artículo 16.8 del RIS en un modelo de naturaleza híbrida en el que, ciertamente, la administración puede/debe realizar el ajuste secundario allí donde exista una diferencia entre el valor empleado por los contribuyentes y el valor de mercado, salvo que, de conformidad con el artículo 21.bis.3 del RIS aquellos afectados puedan probar que no tiene sentido, en atención a las características de la operación y la finalidad perseguida por la misma, aplicar el ajuste secundario. Esto es, a nuestro juicio, puede perfectamente admitirse, con el artículo 21 bis.3 del RIS 2008, que los contribuyentes acrediten (1) que no existía voluntad alguna de transferencia de rentas entre partes vinculadas ni propósito elusivo (una inversión de la carga de la prueba un tanto arbitraria, puesto que debiera ser la administración quien acreditara el propósito elusivo), (2) que la transferencia es el efecto de la diversidad de opiniones sobre el precio de mercado aplicable o, simplemente, (3) es un error que puede ser corregido con la emisión de nuevas facturas. Falta, sin embargo, en el artículo 21 bis.3 del RIS 2008 alguna indicación sobre cuál es la carga probatoria que debe desplegarse y en qué sentido para excluir la aplicación (automática) del ajuste secundario. Como ya se ha defendido con anterioridad, el modelo de ajuste secundario automático en el que se desplaza al contribuyente la carga probatoria de justificar que no existe la operación secundaria no resulta el más idóneo y, en realidad, encubre una presunción (*iuris tantum*) de comportamiento fraudulento o con fines elusivos cuya constitucionalidad resulta dudosa [*vid.*, entre otros, los argumentos del TC acerca del carácter general de la disp. adic. 4 de la Ley de Tasas y Precios Públicos en la STC 194/2000 (NFJ009087), que podrían perfectamente ser trasladados al ámbito del ajuste secundario].
2. La regulación de las calificaciones que cabe realizar del exceso de tesorería que termina en manos de alguna de las partes es incompleta, parcial, indeterminada y, en algún supuesto, arbitraria o incluso ilegal por exceder el mandato del artículo 16.8 del TRLIS. En efecto, el artículo 21 bis.2 del RIS solo regula alguna de las situaciones que se pueden plantear en los casos de vinculación entre las partes (relación socio-sociedad), pero no soluciona otros supuestos donde, existiendo relación de vinculación, se producen operaciones vinculadas en las que existe un exceso de tesorería que termina en manos de una de ellas tras la realización de los ajustes primario y correlativo. Los supuestos pueden ser muy variados: operaciones en grupos societarios entre sociedades «abuelas» y «nietas», entre sociedades «hermanas» o «tías» y «sobrinas»; igualmente, al margen de los grupos societarios, el precepto nada indica tampoco sobre cómo deben calificarse las operaciones realizadas con el administrador de la sociedad, con el cónyuge del administrador, con familiares dentro del círculo de vinculación de accionistas o administradores o consejeros, etc. La única indicación que podemos encontrar en el artículo 16.8 del TRLIS y en el artículo 21 bis.1 del RIS 2008 es que la diferencia entre el valor de mercado y el convenido tendrá «el tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto», lo cual equivale a no aclarar nada en relación con las situaciones que se acaban de comentar.
3. Las reglas de calificación que sí regula el artículo 21 bis.2 presentan básicamente dos problemas. En primer lugar, se echa en falta una mayor determinación de cómo se calcula cuando la diferencia (a favor de la entidad o del socio) se corresponde con el porcentaje de participación en la entidad, pues, a estos efectos, la relación entre la norma fiscal y las mercantiles está muy indeterminada. Por ejemplo, si la diferencia es a favor de un socio con una participación del 25 por 100 en el capital de la sociedad, no se sabe si la calificación de tal

diferencia como vinculada al citado porcentaje o no debe tomar como referencia de cálculo los resultados de la sociedad del ejercicio, las reservas voluntarias, y, en su caso, los resultados o las reservas en el preciso momento de la distribución o al final del ejercicio (¿Todo lo que sobrepase el 25 por 100 del resultado o reservas se considerará como diferencia superior al porcentaje de participación? ¿Qué ocurre si la renta derivada de la diferencia sobre el valor de mercado es superior al 25 por 100 del resultado del ejercicio pero no al 25 por 100 de las reservas o de la suma de resultado más reservas?, etc.). En segundo lugar, en relación con las calificaciones que otorga el artículo 21 bis.2 a las diferencias en supuestos que estas se produzcan a favor de la entidad o del socio y sean superiores al porcentaje de participación en la entidad, lo cierto es que, aparte de problemas de legalidad ya que el citado precepto crea hechos impositivos no regulados en la norma, se plantean bastantes cuestiones prácticas no resueltas en la normativa reglamentaria:

- a) Diferencia a favor de la sociedad: se trataría, por ejemplo, del supuesto donde un socio (persona física, sociedad no residente o fuera del grupo de consolidación) presta servicios, por importe, pongamos de 100, a una entidad española por debajo del valor de mercado. Como consecuencia de la comprobación por la administración, se fija el valor de mercado del servicio en 125, de manera que el ajuste primario y correlativo lleva a considerar que existe una mayor renta (+25) para el socio (sujeta al IS, IRNR, o IRPF) y un mayor gasto deducible (-25) en la sociedad. La diferencia de tesorería (25) se encuentra en la sociedad que recibe el servicio, para la que, por aplicación del artículo 21 bis b), se estimará la existencia de una renta de 25, mientras que para el socio la «cesión» de la renta a la sociedad tendrá la consideración de liberalidad. Lo cierto es que la misma renta termina siendo gravada en manos del socio (ajuste primario) y la sociedad, con un efecto muy similar al que provocó la declaración de inconstitucionalidad de la STC 194/2000 (NFJ009087), y en contra de lo dispuesto en el artículo 16.1 (párrafo 2.º) del TRLIS.
- b) Diferencia a favor de entidades no residentes: de conformidad con el artículo 21 bis.2 b) del RIS 2008 la diferencia a favor de la entidad que no se corresponda con el porcentaje de participación tendrá la calificación de ganancia patrimonial del artículo 13.1.i) 4.º del TRLIRNR. Tal calificación, si lo que se pretendía era gravar en España el exceso de tesorería que queda en manos de la entidad no residente, es bastante desafortunada, ya que las liberalidades a favor de sociedades no residentes, en contra de la opinión que viene manteniendo la DGT, se gravan como otras rentas en los CDI, de manera que allí donde la entidad no residente mantenga el exceso de tesorería, en principio, la renta se debe llevar al equivalente al artículo 21 del MC OCDE con el resultado de que no será renta gravable en España, salvo cuando tal cláusula del CDI se desvíe del MC OCDE y permita tal gravamen en la fuente (lo cual solo ocurrirá si el CDI sigue el art. 21 del MC ONU 2001).
- c) Diferencia a favor del socio (persona física o sociedad fuera del grupo de consolidación): sería el caso en el que, por ejemplo, el valor convenido del servicio prestado por el socio (persona física o sociedad fuera del grupo de consolidación) ascendiera a 100, pero el valor de mercado del servicio, comprobado por la administración, es de 75. En este caso, el ajuste primario en sede de la sociedad llevaría a considerar que existe una mayor renta de +25 y el correspondiente a una menor renta en el socio (-25), que sería quien tendría, en esta ocasión, el exceso de tesorería. La calificación de tal exceso en manos del socio, en esta

ocasión, sería de rendimiento del capital mobiliario del artículo 25.1 d) de la LIRPF para el socio y de retribución de fondos propios para la sociedad. Lo cierto es que tal calificación resulta extraña en aquellos supuestos donde el socio sea una persona jurídica, residente o no: si se trata de personas jurídicas residentes, lo lógico, aunque la norma no dice nada, sería que la renta generara el derecho a aplicar el artículo 30 del TRLIS, eliminando la doble imposición que se puede producir en sede del socio persona jurídica⁴⁶. Si, por el contrario, se trata de sociedades no residentes, pero con residencia en la UE, no existiría a nuestro juicio ningún obstáculo para considerar que debe aplicarse el artículo 5 de la Directiva 90/435/CEE, pues, de otra forma, podría generarse una doble imposición contraria a esta norma comunitaria. En el contexto de los CDI, nada impide tampoco que sea aplicable el equivalente al artículo 10 del MC OCDE, con las reducciones de tributación en la fuente que ello pueda implicar (*vid.* párr. 28 de los Comentarios al MC OCDE). Por último, en el caso de personas físicas, no cabe descartar que la realización del ajuste secundario lleve a una menor tributación global de la operación, en la medida en que la corrección a la baja de la renta del socio persona física y la consideración del exceso de tesorería que queda en sus manos como rendimiento del capital mobiliario implica un trasvase de rentas de la parte general de la base imponible a la base imponible del ahorro, esto es, de gravar la renta a tipos generales, se pasa a aplicar el 18 por 100 al exceso de tesorería que queda en manos del accionista.

Es decir, como puede comprobarse, allí donde el ajuste secundario se produzca en situaciones vinculadas a excesos de renta/aportación en función del porcentaje de participación del socio surgen problemas de interpretación de la norma no resueltos, cuestiones relevantes de constitucionalidad e incluso situaciones donde probablemente la realización del ajuste secundario pueda provocar beneficios globales en relación con la tributación total de las partes implicadas.

En los casos más simples, donde la diferencia entre el valor de mercado y el comprobado se corresponda con el porcentaje de participación de la entidad, las consecuencias resultan más sencillas de determinar:

1. Si la diferencia es a favor del socio, se considera retribución de fondos propios para la sociedad y participación en beneficios para los socios: lógicamente, el socio, si es persona jurídica, debe poder aplicar el artículo 21 ó 30 del TRLIS o las normas de la Directiva 90/435/CEE o el artículo 10 de los CDI firmados por España.
2. Si la diferencia es a favor de la entidad, se considerará aportación de capital y aumentará el valor de adquisición de la participación. Esta aportación de capital no podrá ser gravada por el ITP, concepto OS, ya que, en contra de lo que dispone la Directiva 2008/7/CE (norma que, como es sabido, sustituye a la Directiva 69/335/CEE), el artículo 25.1 del TRLITP establece que la base imponible coincidirá con el capital «nominal»⁴⁷.

⁴⁶ Pensamos que la aplicación de los métodos para eliminar la doble imposición debe tener lugar en todo caso (tanto cuando el socio ostente la totalidad de la participación como en los restantes supuestos), salvo que se acredite por la Inspección tributaria una causa diferente a la *causa societatis* que permitiera alterar la calificación de la renta de forma que no constituyera una participación en los beneficios a los efectos del artículo 30 del TRLIS.

⁴⁷ Nótese, no obstante, que la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, ha modificado el artículo 19 del TRLITPAJD, de manera que son operaciones societarias sujetas «Las aportaciones que efectúen los socios que no supongan un aumento del capital social». Podría pensarse que tal modificación estaría abriendo la puerta a la extensión al impuesto sobre operaciones societarias del

3.2.2. Ajuste secundario y retenciones.

Los artículos 2 y 4 del Reglamento 1804/2008 han añadido, respectivamente, nuevos párrafos a los artículos 13 del RIRNR (nuevo párra. 5), 93 (nuevo párra. 6) y 103 (nuevo párra. 2) RIRPF y artículo 62.7 del RIS (2008) en materia de retenciones. Las nuevas normas aclaran que, tanto en el IRPF como en el IRNR y el IS, la base de la retención o ingreso a cuenta será la diferencia entre el valor convenido y el valor de mercado. A nuestro juicio, las nuevas normas tendrán aplicación sobre todo allí donde se entienda que la diferencia entre el valor convenido y el de mercado puede ser calificada como dividendo o rendimiento en general del capital mobiliario del tipo de los regulados en el artículo 25.1 d) de la LIRPF. Se trata en definitiva de llevar hasta sus últimas consecuencias la recalificación que comporta el ajuste secundario, de manera que la misma no solo afecte a la propia naturaleza de las rentas afectadas sino también incluso a las obligaciones accesorias, como pueda ser la retención.

A la vista de la regulación de las retenciones/ingresos a cuenta y el ajuste secundario surgen cuatro dudas interpretativas principalmente. En primer lugar, la regulación de las retenciones y el ajuste secundario carece de base legal alguna, ya que el artículo 16 del TRLIS o las normas en materia de retenciones del propio TRLIS no establecen la posibilidad de crear retenciones aplicables sobre estas rentas presuntas, por lo que las normas reglamentarias citadas serían nulas por vulneración del principio de legalidad.

En segundo lugar, cabe plantearse si para las retenciones/ingresos a cuenta vinculados al ajuste secundario produce efectos la reciente jurisprudencia del TS [*vid.* SSTs de 16 de junio y 5 de marzo de 2008 (NFJ028403)] en el sentido de que exigida al obligado tributario la obligación principal no cabe exigir, de forma autónoma, la cuota de la retención o el ingreso a cuenta, sin perjuicio de que la administración reclame al retenedor los intereses y las sanciones correspondientes. En las operaciones vinculadas, lo lógico será que la realización de la recalificación que comporta el ajuste secundario implique que se exija al sujeto pasivo el impuesto final correspondiente a este ejercicio de recalificación (*v.gr.*, si se estima que el socio persona física recibe un dividendo como consecuencia de la aplicación de la norma en materia de ajuste secundario, se le exigirá a este contribuyente la cuota del IRPF correspondiente al dividendo). No parece, en consecuencia, razonable, en estos casos,

ajuste secundario derivado de la aplicación del artículo 16 del TRLIS. No obstante, téngase en cuenta que, por un lado, el artículo 25 del TRLIP no ha sido modificado en tal sentido (sigue manejando un concepto de capital nominal en relación con la base imponible de las aportaciones de los socios que supongan un aumento de capital social), y, por otro, el hecho de que se considere que existe una transacción ficticia de aportación de capitales a los efectos del IS no quiere decir que tal ficción pueda trasladarse automáticamente al ámbito de otro impuesto (ITPAJD), máxime cuando en el marco del gravamen de operaciones societarias estamos ante hechos imposables que recaen sobre determinados actos y operaciones jurídicas que entrañan eventualmente desplazamientos dinerarios efectivos que poseen relevancia mercantil, en tanto que el ajuste secundario del artículo 16.8 del TRLIS puede considerar que existe tal aportación de capital sin que exista un efectivo desplazamiento de fondos del socio a la sociedad (*v.gr.*, servicio gratuito de un socio a la sociedad). Un argumento adicional que se opone a la traslación al ámbito del ITPAJD de los efectos del ajuste secundario en sede de IS reside en que el artículo 25.2 del TRLITPAJD se refiere a la base imponible de las aportaciones de los socios que no supongan un aumento del capital social en el sentido de que esta «se fijará como tal el valor neto de la aportación, entendiéndose como tal el valor real de los bienes y derechos aportados minorado por las cargas y gastos que fueren deducibles y por el valor de las deudas que queden a cargo de la sociedad con motivo de la aportación». Es decir, tal base imponible no va referida al «valor normal de mercado» del artículo 16 del TRLIS, lo cual pone en tela de juicio que con la modificación articulada por la Ley 4/2008 se haya pretendido trasladar al ITPAJD lo dispuesto en el artículo 16.8 del TRLIS (véase igualmente la exposición de motivos de la Ley 4/2008).

reclamar al supuesto retenedor el impuesto correspondiente, por ejemplo, a los «dividendos» que distribuye, pues, como la doctrina del TS explica, esto provocaría un enriquecimiento injusto de la administración tributaria, a la que ya se ha ingresado la cuota correspondiente a la obligación principal que surja como fruto de la recalificación de la renta a través del ajuste secundario. Es decir, allí donde entre partes vinculadas se haya exigido por la administración las cuotas correspondientes a las recalificaciones efectuadas, no tendría sentido, en aplicación de la jurisprudencia citada, exigir, a quienes satisficieron las rentas correspondientes el ingreso vinculado, la retención / ingreso a cuenta que debió practicarse. Probablemente, una excepción a este caso sean los ajustes secundarios con trascendencia en el IRNR, ya que es muy probable que el procedimiento se desarrolle solo con la entidad española pagadora, a quien, por ejemplo, no se admite la deducción de (todo o parte de) un gasto entendiendo que estamos ante una distribución encubierta de dividendos, y, al mismo tiempo, se le reclama, por la vía de la retención, la cuota correspondiente a la parte vinculada no residente.

En tercer lugar, no está muy claro si el incumplimiento de la obligación de retener/realizar ingresos a cuenta derivados del ajuste secundario puede ser sancionada de forma autónoma o no. La redacción literal del artículo 16.10 del TRLIS podría llevar a la conclusión de que, al estar regulado en ese número el régimen sancionador de las operaciones vinculadas y excluirse la aplicación del régimen general de la LGT, solo pueden imponerse, en su caso, ante los ajustes por operaciones vinculadas, las sanciones que el artículo 16.10 del TRLIS regula, con la consecuencia de que el incumplimiento de la obligación de retener no puede ser sancionado de manera autónoma. Da la impresión, sin embargo, que el artículo 16.10 del TRLIS olvida por completo (al igual que ocurre con el art. 16.9 del TRLIS en materia de procedimiento) el ajuste secundario y que, en este sentido, podría defenderse que es una norma pensada para los ajustes primario y correlativo. Lo cierto es que, ante la falta de claridad en la redacción de la norma, la ilegalidad en la regulación de las retenciones vinculadas a los ajustes secundarios y la indeterminación sobre si el régimen sancionador del ajuste secundario es el regulado en el artículo 16.10 del TRLIS o el general de la LGT, el principio de seguridad jurídica debiera llevar a concluir que, si el legislador deseaba imponer sanciones específicas para las retenciones derivadas del ajuste secundario, debía haberlo previsto expresamente y que, si no ha sido así, probablemente el artículo 16.10 TRLIS es toda la normativa en materia sancionadora que cabe aplicar ante cualquier ajuste en materia de operaciones vinculadas (primario, correlativo o secundario). En este mismo sentido, sería paradójico poder aplicar sanciones por incumplir una norma reglamentaria en contradicción con el tenor de la ley.

En cuarto lugar, la exigencia de retenciones en relación con la práctica de ajustes secundarios en algunos casos podría tropezar con la propia regulación de las retenciones en la normativa del IRPF, IS e IRNR. Téngase en cuenta que, con carácter general, tal normativa establece el nacimiento de la obligación de retener en el momento del pago o el abono de las rentas (arts. 99 LIRPF y 78 RIRPF, 140 TRLIS y 63 RIS, 27 TRLIRNR y 12 RIRNR). Es cierto, sin embargo, que en determinados casos se entiende que la retención debe practicarse en el momento en que las rentas sean exigibles (arts. 94 RIRPF, 68 RIS y 27 TRLIRNR)⁴⁸. Ahora bien, tal previsión tampoco termina de resolver el problema del nacimiento de la obligación de retención en el contexto del ajuste secundario. En primer lugar, no puede perderse de vista que el ajuste secundario deriva de un ajuste primario practicado por la administración, de manera que no hay exigibilidad de la renta sino una operación secundaria ficticia que recalifica una renta ya pagada (o no) y que tributó de acuerdo con la calificación que en su día le dio el contribuyen-

⁴⁸ Vid. CORDÓN EZQUERRO (2009), pág. 170.

te. Así, en operaciones «gratuitas» (cesión gratuita de un activo) no hubo contraprestación, ni pago, ni exigibilidad de renta alguna, por lo que es dudoso que nazca la obligación de retener en un ajuste secundario que es obra de la ley y se determina en un procedimiento administrativo de acuerdo con una valoración administrativa. En una operación donde la administración ajusta al alza el precio de la operación (*v.gr.*, venta de mercancías de la filial a su matriz no residente) se plantean problemas similares. En operaciones con contraprestación donde la administración ajusta a la baja el precio pagado (*v.gr.*, un canon pagado por una filial a su matriz no residente), la renta ya se pagó y pudo haber soportado la retención (y tributación) derivada de la valoración y calificación realizada por los obligados tributarios, y por tanto surgen cuestiones similares a las planteadas. En segundo lugar, tanto la DGT [V2098-06 (NFC023762) y V0794-06 (NFC021952)] como el TS (STS 25 de junio de 2008) han puesto de manifiesto la problemática que surge en relación con las retenciones y norma imperativa de valoración de las operaciones vinculadas, indicándose que no hay obligación de retener en cesiones gratuitas de bienes a favor de un socio, y que en el marco de préstamos gratuitos la obligación de retener nacería en el momento de la exigibilidad que se concreta en el vencimiento de la operación establecido contractualmente o por aplicación de la normativa civil o mercantil aplicable.

3.2.3. *Ajuste secundario y principio de reserva de ley.*

Al igual que ocurre con el procedimiento y el régimen sancionador, pudieran surgir dudas acerca de si el artículo 16.8 del TRLIS y su desarrollo reglamentario cumplen con el principio de reserva de ley (art. 31.3 CE y 8 LGT). Lo cierto es que la regulación legal del ajuste secundario es enormemente parca y desarrolla de forma insuficiente el procedimiento para la práctica del mismo o su régimen sancionador, por lo que bien pudiera decirse que, al menos en estos aspectos, no se cumplen las exigencias mínimas del principio constitucional en relación con la creación y regulación de hechos imposables (*v.gr.*, no está claro cómo y cuándo deben intervenir en el procedimiento los afectados por el ajuste secundario, ¿a través del procedimiento general del artículo 16.9 del TRLIS o, por el contrario, desde un principio cuando se ponga de manifiesto que recibirán una liquidación recaracterizando la renta que reciben?; igualmente, existen dudas sobre si procede o no y cómo debe articularse el ajuste secundario en casos de ajuste fiscal extracontable realizado por el contribuyente; no está muy claro si se puede sancionar autónomamente la liquidación que se deriva del ajuste secundario o, por el contrario, queda absorbida por la regulada en el artículo 16.10 del TRLIS, existen serias dudas sobre la legalidad de las retenciones vinculadas al ajuste secundario). ¿Ocurre lo mismo con el desarrollo reglamentario del artículo 16.8 del TRLIS en materia de recalificación de la naturaleza de las rentas? En este punto, es cierto que el artículo 16.8 del TRLIS es una norma abierta, que reclama la calificación de la diferencia entre el valor convenido y de mercado que mejor se ajuste a su naturaleza de las rentas puestas de manifiesto. En este sentido, no cabe cuestionar la legalidad del artículo 21 bis del RIS 2008 allí donde las calificaciones que propone se corresponden con las legalmente previstas en el artículo 16.8 del TRLIS. Como es sabido, esto solo ocurre en los supuestos donde existe correspondencia entre el porcentaje de participación del socio y la renta que queda en sus manos o de la sociedad por estar razonablemente vinculadas al porcentaje de participación que mantiene en la sociedad frente a la cual se realiza el ajuste. Sin embargo, cuando la diferencia no se corresponda con el porcentaje de participación, lo cierto es que el artículo 21 bis RIS 2008 realiza calificaciones que puede argumentarse que no se corresponden con la auténtica naturaleza de la operación realizada (¿puede tratarse el exceso de tesorería en manos

de la entidad como renta para esta y liberalidad para el socio? ¿Hay algún ánimo de «donación» u «operación gratuita» en estos casos?) y, por ello, no resulta difícil concluir que existe un exceso reglamentario en este punto que entraña, en definitiva, una vulneración del principio de reserva de ley.

Por otra parte, el propio artículo 21 bis.3 del RIS 2008, que contribuye a mitigar la automatización del ajuste secundario que se deriva de la regulación legal es una norma que, a pesar de sus buenas intenciones, carece por completo de apoyo en el artículo 16.8 del TRLIS, si bien es más difícil que su legalidad se cuestione en vía de recurso porque puede ser la salida para evitar el ajuste secundario para muchos contribuyentes afectados por él.

3.2.4. *Ajuste secundario y sanciones.*

En epígrafes anteriores ya se mencionó que, bajo la actual regulación, es bastante dudoso que sea posible sancionar la ausencia de ingreso por las retenciones derivadas del ajuste secundario. Es el momento ahora de considerar si la recalificación del exceso de tesorería que entraña el ajuste secundario puede dar lugar a la aplicación de sanciones autónomas de las previstas en el artículo 16.10 del TRLIS. Lo cierto es que, a estos efectos, cuando el ajuste secundario se produzca en relación con los sujetos a los que el artículo 16 del TRLIS y su normativa de desarrollo reglamentaria obliga a llevar documentación en materia de operaciones vinculadas, la posibilidad de sancionar a alguno de los sujetos que intervengan en la operación es bastante dudosa. La redacción del artículo 16.10 del TRLIS está pensando en los ajustes primario y correlativo, no en el secundario, pero, al mismo tiempo, es bastante taxativa, ya que se excluye la aplicación del régimen general sancionador de la LGT en favor del específico de este precepto. A estos efectos, como más arriba se indicaba, la propia incertidumbre acerca de si son sancionables las consecuencias derivadas del ajuste secundario o no de forma autónoma debe llevar a la conclusión de que, por imperativo del principio de seguridad jurídica, no puede aplicarse una sanción distinta de la prevista en el artículo 16.10 del TRLIS.

3.2.5. *Ajuste secundario y convenios de doble imposición.*

Como ya hemos indicado, el ajuste secundario queda extramuros del ámbito de aplicación del artículo 9 del MC OCDE y los preceptos equivalentes a este. De hecho, se ha visto que la OCDE no es muy proclive a admitir la posibilidad de ajustes secundarios por cuanto pueden producir doble imposición contraria a los objetivos y fines de los CDI y, en definitiva, del principio de plena competencia que regula el artículo 9 del MC OCDE.

Incluso, recientemente, en el Manual sobre Procedimientos Amistosos Efectivos de la OCDE 2008 («MEMAP») se ha recomendado que los acuerdos amistosos en materia de precios de transferencia lleven consigo una reversión del «ajuste secundario» si existe una reversión correlativa del ajuste primario o un acuerdo sobre la repatriación de los fondos en una cantidad equivalente al importe del ajuste realizado. En ambos supuestos, aconseja el Manual, se garantiza que el ajuste secundario no genera doble imposición, sin embargo, el Manual parece escorarse, como opción preferida, hacia el acuerdo sobre repatriación de fondos que impida el ajuste secundario. También la documentación de la

OCDE que ha servido de base a la revisión de los Comentarios al artículo 25 del MC OCDE 2008 deja traslucir su desconfianza y los problemas que puede plantear la realización de ajustes secundarios ⁴⁹.

En la medida en que el Manual constituye un Código de Buenas Prácticas (*soft-law*), no tiene fuerza vinculante directa sobre la Administración o los Tribunales españoles, pero sí tiene un cierto peso para considerar que la automaticidad con que se concibe el ajuste secundario en el artículo 16.8 del TRLIS y el artículo 21.bis del RIS 2008 debe ser repensada o disminuida en operaciones donde resulta aplicable un CDI que siga el MC OCDE, puesto que, en el contexto de estos, la oportunidad de repatriar el exceso de tesorería que termina en manos de una de las partes vinculadas debe ser prioritaria sobre el ajuste secundario.

La invocación y aplicación del Convenio 90/436/CEE para resolver los problemas que pueden derivarse de la realización de los ajustes secundarios suscita cuestiones específicas. En particular, lo cierto es que este convenio está concebido para eliminar la doble imposición económica internacional que resulta de la realización de ajustes primarios realizados por las autoridades fiscales de un Estado miembro, en aplicación del principio de plena competencia, en un contexto donde no media un ajuste correlativo en la base imponible de la otra entidad vinculada residente en otro Estado miembro (incluyendo los casos de EP-Casa Central). Sin embargo, no parece que este Convenio 90/436/CEE esté pensado para resolver los problemas específicos de los ajustes secundarios (*vid.* arts. 1, 4, 6 y 14). Con todo, pensamos que nada impediría a las autoridades competentes resolver de común acuerdo los problemas de «doble imposición» que pueden resultar del ajuste secundario en el marco del Convenio 90/436, aunque insistimos que la resolución de esta problemática no resulta obligatoria de acuerdo con las disposiciones de este convenio.

Bibliografía

- ALONSO GONZÁLEZ [2007]: «Operaciones vinculadas, elusión y fraude fiscal», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n.º 295, octubre.
- BAENA SALAMANCA [2009]: «Las operaciones vinculadas y el ajuste secundario en el Impuesto sobre Sociedades», *Carta Tributaria*, enero.
- BALLERSTEDT [1949]: *Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften*, Tübingen.
- BRICKER [2001]: en AMANN, *German Tax Guide*, Kluwer.
- BRUGGER [2008]: en *International and EC Tax Aspects of Groups of Companies*, IBFD, Amsterdam.
- CALDERÓN [2004]: *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*, Tirant lo blanch, Valencia.
- [2009]: «Precios de Transferencia y Reestructuraciones Empresariales: el Informe OCDE 2008», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n.º 300, enero.

⁴⁹ Al respecto, *vid.* MARTÍN JIMÉNEZ (2009).

- COMBARROS [1988]: *Régimen tributario de las operaciones entre sociedades vinculadas*, Tecnos, Madrid.
- CORDÓN EZQUERRO [2009]: «Valor de mercado y ajuste secundario en las operaciones vinculadas», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF n.º 312.
- EIGELSHOVEN/STEMBER [2008]: «Germany: New Transfer Pricing Rules», *ITPJ*, March/April.
- ESTEVE PARDO [1996]: *Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribución encubierta de beneficios*, Tirant lo blanch, Valencia.
- FALCÓN Y TELLA [2006]: «El nuevo tratamiento de las operaciones vinculadas en el IS y en el IVA», *Quincena Fiscal*, n.º 22.
- GARCÍA HERRERA [2007]: «Algunas reflexiones sobre la nueva regulación de operaciones vinculadas», *QF*, n.º 7.
- GARCÍA NOVOA [2008]: «El ajuste secundario en las operaciones vinculadas», *QF*, n.º 12.
- GOLDSMITH [2000]: «Transfer Pricing in France» en *The treatment of transfer pricing*, IBFD, Amsterdam.
- HELMINEN [1999]: *The Dividend Concept in International Tax Law*, Kluwer, The Hague.
- IFA [1996]: *Secondary Adjustments and related aspects of transfer pricing corrections*, IFA, The Hague.
- KANEKO, «Secondary Adjustments», BIFD, 1995, págs. 490 y ss.
- KROPPEL/RASCH [2004]: «Interpretation of the Arm's Length Principle under Art. 9 of the OECD Model Tax Treaty: Does the Arm's Length Principle Conver Formal Requirements?», *ITPJ*, n.º 1.
- LOWELL *et alter* [1996]: *US International Transfer Pricing*, Boston, Warren, Gorham & Lamont, vol.1.
- MARTÍN JIMÉNEZ [2009]: «El procedimiento amistoso», en CARMONA/CALDERÓN/MARTÍN/TRAPÉ, *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, Ciss, Valencia (en prensa).
- PETERSON/HONER, en IFA [1996]: *Secondary Adjustments and related aspects of transfer pricing corrections*, IFA, The Hague.
- SALA GALVÁN [2003]: *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*. Tirant, Valencia.
- SANZ GADEA [2004]: *Impuesto sobre Sociedades*, Estudios Financieros, Madrid.
- [2007]: «Modificaciones introducidas en el IS por las leyes 35/2006 y 36/2006», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n.º 287.
- SCHNORBERGER [1999]: «The application of Transfer Pricing rules and the definition of Associated Enterprises», *International Transfer Pricing Journal*, September/October.
- VOGEL [1997]: *Double Taxation Conventions*, Kluwer, Deventer.
- VOGEL/SHANNON/DOERNBERG/VAN RAAD, [1990] *US Income Tax Treaties*, vol.1, Kluwer, Boston.
- WARNER [1998]: «Conforming and secondary adjustments under section 482», *Tax Management International Journal*, Aug 7.