

MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES POR LAS LEYES 35/2006 Y 36/2006

EDUARDO SANZ GADEA

Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas

Extracto:

LA Ley 35/2006 y la Ley 36/2006 contienen un conjunto de medidas que, por su importancia, constituyen una verdadera reforma del Impuesto sobre Sociedades. En su conjunto se trata de una reforma bien orientada: disminución del tipo de gravamen y desaparición de incentivos fiscales. Y también es correcta la orientación de enlazar la tributación de las operaciones vinculadas con su régimen contable, que se verá reforzado por la futura incorporación al Código de Comercio del principio de preferencia del fondo económico sobre la forma jurídica, así como proseguir en la línea de adaptación a los criterios de la OCDE, ya iniciada por la Ley 61/1978 y continuada por la Ley 43/1995.

La positiva acción reformativa no debe ocultar algunas carencias o ausencias significativas, tales como la deseable modificación de la norma antisubcapitalización y la reconducción del régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros a un sistema más equilibrado que, conservando el interés del inversor español y extranjero, evite el quebranto recaudatorio que actualmente inflinge.

Palabras clave: operaciones vinculadas, sociedad patrimonial, tenencia de valores extranjeros, incentivos fiscales y tipo de gravamen.

Sumario

1. Introducción.
 - 1.1. Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
 - 1.2. Ley 36/2006, de medidas para la prevención del fraude fiscal.
2. La disminución del tipo de gravamen y la eliminación de incentivos fiscales.
 - 2.1. La disminución del tipo de gravamen (nueva disp. adic. octava).
 - 2.2. La disminución calculada de los incentivos fiscales (nuevas disps. adics. novena y décima).
3. La disminución del tipo de gravamen y las deducciones para eliminar la doble imposición.
4. La base del ahorro y el Impuesto sobre Sociedades.
5. Régimen fiscal de tenencia de valores extranjeros.
 - 5.1. Dividendos distribuidos a personas físicas.
 - 5.2. La incompatibilidad con las entidades gestoras de patrimonio.
6. Deducción por reinversión.
 - 6.1. Introducción.
 - 6.2. Deducción en la cuota íntegra.
 - 6.3. Elementos patrimoniales transmitidos y objeto de la reinversión.
 - 6.4. Operaciones no aptas para la reinversión.
 - 6.5. Régimen transitorio de la deducción por reinversión.
 - 6.6. Incompatibilidad con la deducción por fondo de comercio financiero.
7. La sociedad patrimonial.
 - 7.1. Introducción y antecedentes legislativos.
 - 7.2. El régimen transitorio.
 - 7.3. Disolución y liquidación de sociedades patrimoniales.
8. Régimen de las operaciones vinculadas.
 - 8.1. Introducción.
 - 8.2. El engarce entre la contabilidad y el régimen tributario de las operaciones vinculadas.
 - 8.3. El engarce con la doctrina de la OCDE.
 - 8.4. Otras cuestiones.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Las normas relativas del Impuesto sobre Sociedades establecidas por la Ley 35/2006, se alojan en la disposición derogatoria segunda y en la disposición final segunda. Pueden agruparse en torno a dos características:

- Normas portadoras de la reforma del Impuesto sobre Sociedades.
- Normas que acomodan el Impuesto sobre Sociedades a la reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

1.1.1. Normas portadoras de la reforma del Impuesto sobre Sociedades.

La reforma del Impuesto sobre Sociedades se asienta en tres pilares:

- Disminución del tipo de gravamen.
- Supresión, inmediata o gradual, de buena parte de los incentivos fiscales o endurecimiento de las condiciones para su disfrute.
- Supresión del régimen de la sociedad patrimonial.

La disminución del tipo de gravamen da lugar a normas complementarias relativas a la deducción para eliminar la doble imposición interna e internacional, así como al ajuste del tipo de la deducción por reinversión.

La supresión del régimen de la sociedad patrimonial da lugar a la modificación de todos aquellos preceptos en los que estaba mencionada.

1.1.2. Normas que acomodan el Impuesto sobre Sociedades a la reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

La tributación de los dividendos y de las ganancias patrimoniales derivadas de la transmisión de valores en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas al tipo del 18 por 100 determina en el Impuesto sobre Sociedades las siguientes normas de acomodación:

- Excepción a la restricción de la deducción para evitar la doble imposición de dividendos basada en la integración de la ganancia patrimonial en la base del ahorro.
- Establecimiento de un nuevo porcentaje para la deducción por reinversión, de manera tal que la tributación resultante sea congruente con el tipo de gravamen de la base del ahorro.
- Establecimiento de un nuevo tipo de retención congruente con el tipo de gravamen de la base del ahorro.

En lo sucesivo se abordan las siguientes materias:

- La disminución del tipo de gravamen y la eliminación de incentivos fiscales.
- La relación entre la disminución del tipo de gravamen y las deducciones para eliminar la doble imposición.
- La deducción por reinversión.
- La incidencia de la base del ahorro del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en el Impuesto sobre Sociedades.
- Régimen fiscal de la entidad de tenencia de valores extranjeros.
- Supresión del régimen de la sociedad patrimonial.

1.2. Ley 36/2006, de medidas para la prevención del fraude fiscal.

La Ley 36/2006 contiene cuatro normas en relación con el Impuesto sobre Sociedades: modificación del artículo 8, relativo a la residencia fiscal, nueva redacción del artículo 16, relativo a las operaciones vinculadas, modificación del artículo 17 en sintonía con la modificación del artículo 16, así como del artículo 20.3.

La Ley 36/2006 no se ha prodigado en el Impuesto sobre Sociedades. En efecto, frente a las nueve modificaciones del Impuesto sobre la Renta de no Residentes y las quince de la Ley General Tributaria, incluye tan solo cuatro. Tal vez ello se deba a que parte de las modificaciones introducidas en el TRIS por la Ley 35/2006 surtirán un efecto derivado de prevención del fraude fiscal, o a que

se posponen las medidas más complejas a la ya anunciada reforma del Impuesto sobre Sociedades, o, en fin, al convencimiento de que las medidas antiabuso de carácter general son suficientes para combatir el fraude.

Con todo, se echa de menos una modificación de la norma antisubcapitalización. La esencia de la vigente norma data de la Ley 18/1991, y quince años son muchos respecto de este tipo de normas, considerando la creciente fuerza de las estrategias de la denominada planificación fiscal internacional, el repliegue frente a la Unión Europea a raíz de la Ley 62/2003, y la vocación de atraer entidades de tenencia de valores extranjeros, como así se desprende de la integración de las mismas en los grupos fiscales y de la sustitución del requisito de la participación significativa (5%) por el de la participación de valor absoluto (6 millones de euros), según el Real Decreto-Ley 3/2000.

Nótese que, a raíz de la Sentencia *Lankhorst*, del Tribunal de Justicia, los países más significativos de la Unión Europea han modificado sus normas antisubcapitalización y, también, en este contexto, que muy pocos de entre ellos confían a las normas antiabuso de carácter general el tratamiento de esta cuestión, sea por las dificultades que implica la concreción de una situación financiera de libre concurrencia o por el cultivo de la seguridad jurídica.

2. LA DISMINUCIÓN DEL TIPO DE GRAVAMEN Y LA ELIMINACIÓN DE INCENTIVOS FISCALES

Es fácil apreciar que el núcleo de la reforma del Impuesto sobre Sociedades es la disminución del tipo de gravamen y la paulatina supresión de gran parte de los incentivos fiscales.

2.1. La disminución del tipo de gravamen (nueva disp. adic. octava).

El tipo general de gravamen será del 32,5 por 100 para los períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2007 y del 30 por 100 para los períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2008.

Es una rebaja significativa, pero que no saca a nuestro tipo de gravamen de la banda alta de los tipos de gravamen existentes en los Estados miembros de la Unión Europea. Por otra parte, considerando que las rentas del capital mobiliario y las ganancias del capital tributarán al 18 por 100 en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, sin sometimiento a plazo de tenencia ni condición de reinversión, las operaciones de arbitraje no se verán desalentadas.

Los tipos especiales de gravamen no se alteran, excepto el relativo a las entidades de hidrocarburos, que descenderá al 37,5 por 100 para los períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2007 y al 35 por 100 para los iniciados a partir de 1 de enero de 2008.

El nuevo tipo de gravamen no viene acompañado por normas de carácter transitorio. En consecuencia, las rentas que tributarán al nuevo tipo serán las imputables a los períodos impositivos mencionados, aunque se hubiesen generado en períodos impositivos anteriores o procediesen de ajustes de carácter positivo con origen en otros de carácter negativo habidos en períodos impositivos en los que el tipo de gravamen fue del 35 por 100.

La disminución del tipo de gravamen también afecta a las empresas de reducida dimensión, pues ya en relación con los períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2007, el tipo de gravamen descenderá cinco puntos porcentuales, para situarse en el 25 por 100. El tipo de gravamen correspondiente al segundo tramo será del 30 por 100, ya en 2007.

2.2. La disminución calculada de los incentivos fiscales (nuevas disp. adics. novena y décima).

2.2.1. Las deducciones para incentivar la realización de actividades.

Todas las deducciones previstas en el Capítulo IV del Título VI, relativo a las deducciones para incentivar la realización de determinadas actividades, son derogadas, a excepción de la deducción por creación de empleo para trabajadores minusválidos (art. 41 del TRIS) y de la deducción por reinversión. Pero la derogación no se produce con efectos para los períodos impositivos iniciados en 2007, sino que se difiere, según los casos, con efectos de los períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2011, 2012 y 2014. Así, los incentivos fiscales se aplicarán durante los períodos impositivos precedentes a los que se inicien en tales fechas, pero la cuantía de los mismos irá menguando en la forma que se expone en el cuadro siguiente:

Incentivo	Año								
	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	
Bonificación exportación, cine y libros (art. 34.1)	86,625	74,250	61,875	49,5	37,125	24,75	12,375	0	
Deducción tecnologías de la información (art. 36)	12	9	6	4	0				
Deducción inversiones sistemas de navegación (art. 38.4)	8	6	4	2	0				
Deducción plataforma discapacitados (art. 38.5)	8	6	4	2	0				
Deducción locales educación infantil (art. 38.6)	8	6	4	2	0				
Deducción medioambiental (art. 39)	8	6	4	2	0				
Deducción gastos de formación (art. 40)	4	3	2	1	0				
									.../...

...								
Deducción contribuciones empresariales empleo (art. 43)	8	6	4	2	0			
Deducción I+D (art. 35)	27,6	25,5	25,5	25,5	25,5			
	(general)	(general)	(general)	(general)	(general)	0		
Deducción exportación (art. 37)	12	9	6	3	0			
Deducción patrimonio histórico-artístico (art. 38.1)	13,125	11,25	9,375	7,5	5,625	3,75	1,875	0
Deducción cinematografía (art. 38.2)	17,5	15	12,5	10	7,5	5	2,5	0
Deducción libros (art. 38.3)	4,375	3,75	3,125	2,5	1,875	1,25	0,625	0

Nota: este cuadro contiene los porcentajes más relevantes, salvo error u omisión.
Todos los porcentajes resultantes deben redondearse en la unidad inferior.

La desaparición calendada de incentivos fiscales es una medida hábil para derogar incentivos fiscales, pues ello exige doblegar la resistencia de los beneficiarios, frecuentemente atendidos por grupos políticos influyentes.

2.2.2. Otros incentivos fiscales.

Además de las deducciones para incentivar la realización de determinadas actividades, también se suprimen la deducción por inversiones para la implantación de empresas en el extranjero (art. 23 del TRIS) y la bonificación por actividades exportadoras (cine y libros) (art. 34.1 del TRIS), la primera con efectos de los períodos impositivos que se inicien a partir de 2007 y la segunda en 2014, si bien está sometida a la desaparición gradual.

2.2.3. Los incentivos fiscales que perduran.

La Ley 35/2006 no ha suprimido todos los incentivos fiscales. Todavía el Impuesto sobre Sociedades alberga un grupo importante de incentivos fiscales.

- Libertad de amortización (art. 11.2).
- La deducción por reinversión (art. 42).
- La deducción por empleo para minusválidos (art. 41).
- Entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas (arts. 53 y ss.).
- Sociedades de capital riesgo y sociedades de desarrollo industrial regional (arts. 55 y 56).

- Factor de agotamiento minero y libertad de amortización (arts. 97 y ss.).
- Factor de agotamiento hidrocarburos (arts. 102 y ss.).
- Incentivos fiscales para las empresas de reducida dimensión (arts. 108 y ss.).
- Régimen fiscal de los contratos de arrendamiento financiero (art. 115).
- Régimen de las entidades parcialmente exentas (art. 120).
- Régimen de las entidades navieras en función del tonelaje (arts. 124 y ss.).

De los incentivos fiscales que perduran, tienen proyección general la deducción por reinversión, el arrendamiento financiero y los correspondientes a las empresas de reducida dimensión.

2.2.4. Régimen transitorio de los incentivos fiscales que se suprimen.

El disfrute de las deducciones establecidas en el Capítulo IV del Título VI está condicionado al cumplimiento de un conjunto de requisitos, algunos de los cuales, como la permanencia en funcionamiento de los elementos patrimoniales adquiridos, han de cumplirse a lo largo de períodos impositivos posteriores a aquel en el que nace el derecho a la deducción.

Al tiempo, la deducción está sometida a límites y los saldos pendientes pueden aplicarse en períodos impositivos posteriores.

En fin, tratándose de incentivos fiscales que implican un diferimiento, sus efectos se proyectan en dos o más períodos impositivos.

Por todo ello, la supresión de los incentivos fiscales precisa de un régimen transitorio.

La Ley 35/2006 ha añadido las disposiciones transitorias precisas al TRIS para regular tales aspectos, de manera tal que, de una parte, los saldos pendientes de deducción podrán aplicarse dentro del plazo previsto en la norma que los regulaba, aunque la misma hubiese sido derogada, y, de otra, para consolidar el disfrute de los incentivos fiscales será preciso cumplir los requisitos previstos en la mencionada norma, aun cuando ya se hallare derogada.

Las disposiciones transitorias añadidas al TRIS son las siguientes:

- Decimonovena, relativa a la implantación de empresas en el extranjero (art. 23 del TRIS).
- Vigésima primera, relativa a las deducciones para incentivar la realización de determinadas actividades (Capítulo IV del Título VI).
- Vigésima tercera, relativa a la bonificación por actividades exportadoras.

3. LA DISMINUCIÓN DEL TIPO DE GRAVAMEN Y LAS DEDUCCIONES PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

Los saldos pendientes de la deducción para evitar la doble imposición interna (art. 30.6 del TRIS), internacional (art. 31.4 del TRIS) e internacional sobre dividendos (art. 32.4 del TRIS) podrán aplicarse en períodos impositivos en los que sean de aplicación los nuevos tipos de gravamen.

Todas las deducciones mencionadas dependen del importe de la cuota íntegra, sea como cuantía (art. 30) o como límite (arts. 31 y 32), y dependiendo tal cuota íntegra del tipo de gravamen, la disminución del mismo planteaba la cuestión del que habría de ser aplicable respecto de los saldos pendientes.

A tal efecto, la Ley 35/2006 ha añadido una disposición transitoria vigésima, en la que se establece que el importe de la deducción se determinará teniendo en cuenta el tipo de gravamen vigente en el período impositivo en el que se apliquen los saldos pendientes.

Esta norma es técnicamente correcta porque, tratándose de la deducción para evitar la doble imposición interna (art. 30 del TRIS), procura la exención del dividendo percibido o de la plusvalía de cartera amparada por beneficios no distribuidos, y tratándose de la deducción para evitar la doble imposición internacional consigue que la deducción no sea superior al impuesto generado en España por la renta de fuente extranjera.

4. LA BASE DEL AHORRO Y EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

La tributación de las personas físicas por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas determina la tributación de las personas jurídicas por el Impuesto sobre Sociedades en tres aspectos: la deducción para evitar la doble imposición de dividendos [art. 30.4 e) 2.º del TRIS], la eficacia fiscal de la diferencia de fusión [art. 89.3 a) 2.º del TRIS], y la deducción de las contribuciones para planes y fondos de pensiones (art. 13.3 del TRIS).

La Ley 35/2006 da nueva redacción al artículo 30.4 e) 2.º del TRIS, al objeto de establecer que la deducción para evitar la doble imposición de dividendos no podrá exceder del importe resultante de aplicar al dividendo el tipo de gravamen previsto para la base del ahorro, en el caso de transmisiones realizadas a partir de 1 de enero de 2007.

La norma es técnicamente consistente. En efecto, donde antes se apelaba al tipo de gravamen de la parte especial de la base imponible, ahora, tras la Ley 35/2006, ha de apelarse también al tipo de gravamen de la base del ahorro.

Cuestión distinta es que la norma responda, en sí misma, a un fundamento lógico.

Cuando el dividendo percibido determina la depreciación de la participación o, simplemente, no se integra en la base imponible, el perceptor no obtiene renta y, por lo tanto, tampoco puede sufrir doble imposición. La deducción que se concede a la persona jurídica no evita la doble imposición padecida por la persona jurídica.

La doble imposición se produce a raíz de la tributación de la ganancia patrimonial obtenida por la persona física, pues tal ganancia patrimonial es reflejo de las reservas acumuladas en la sociedad participada o de los beneficios futuros, esto es, en ambos casos reflejo de magnitudes tributables.

Entonces, la deducción concedida a la entidad adquirente de la participación, por razón de un dividendo que no determina la obtención de renta, solo puede justificarse a modo de recuperación de una deducción que hubo debido concederse a la persona física transmitente de la participación, pero que, por razones prácticas, se concede a la persona jurídica adquirente.

Así, en el conjunto del sistema de imposición sobre la renta, formado por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el Impuesto sobre Sociedades, no habrá doble imposición. Ahora bien, este rigor extremo en evitar la doble imposición choca frontalmente con la tributación de los dividendos establecida por la Ley 35/2006, basada, precisamente, en la doble imposición. Porque, obsérvese bien, el artículo 30.4 e) 2.º no tiene por objeto superar la doble imposición generada por la tributación sufrida por la persona jurídica perceptora del dividendo, sino por la persona física de la que se adquirió la participación, de manera tal que, en cierto modo, el Impuesto sobre Sociedades rescata lo que el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas abandona.

La bienvenida que el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas da a la doble imposición se compadece muy mal con el rigor y exquisitez que el Impuesto sobre Sociedades despliega para evitar la doble imposición.

¿Qué sucede cuando el transmitente de la participación es un no residente? La respuesta es clara: no ha lugar la deducción para evitar la doble imposición, incluso si aquel transmitente sufrió tributación por las plusvalías obtenidas. Esto es lógico, porque la doble imposición la genera otro sistema tributario, no el español.

El Modelo de convenio de la OCDE nada prevé en orden a evitar la doble imposición referida, pues tal Modelo solo se ocupa de la doble imposición jurídica. La doble imposición, por tanto, en ausencia de norma interna o convenida que la evite, prevalecerá.

Ahora bien, si hay doble imposición cuando la adquisición de la participación se realiza a un residente de algún Estado miembro de la Unión Europea y no la hay cuando se realiza a un residente español, es fácil vislumbrar que la tacha de discriminación o de restricción al ejercicio de una libertad comunitaria de las previstas en el Tratado se proyectan sobre el artículo 30.4 e) del TRIS.

Urge, pues, una reconsideración de la filosofía que late tras el artículo 30.4 e) del TRIS.

No es, ciertamente, una cuestión sencilla y, desde luego, no sería justo reprochar que no se haya abordado en el contexto de unas modificaciones realizadas al hilo de la reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

5. RÉGIMEN FISCAL DE TENENCIA DE VALORES EXTRANJEROS

5.1. Dividendos distribuidos a personas físicas.

La Ley 35/2006 no ha modificado el régimen de la entidad de tenencia de valores extranjeros, pero la introducción de la base del ahorro en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ha motivado una nueva redacción del artículo 118.1 b) del TRIS, con el siguiente contenido (disp. final segunda.9):

- El dividendo distribuido a los socios personas físicas se integra en la renta general, a diferencia de los restantes dividendos, incluso de fuente extranjera, que lo hacen en la base imponible del ahorro.
- El dividendo da derecho a la deducción para evitar la doble imposición internacional, tal y como la regula el artículo 80 de la Ley 35/2006, respecto de los impuestos pagados en el extranjero a cargo de la entidad de tenencia de valores extranjeros y que correspondan a las rentas exentas que hayan contribuido a la formación de los beneficios distribuidos.

Los dividendos distribuidos por las entidades de tenencia de valores extranjeros son los únicos que se integran en la renta general del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de manera tal que tributarán a escala progresiva. Esto coloca a los dividendos de las entidades de tenencia de valores extranjeros en una situación de discriminación que, en apariencia, no tiene explicación. Así, ante un dividendo procedente de una entidad extranjera, la tenencia directa de la participación por parte de una persona física determina una tributación del 18 por 100, y la deducción por doble imposición internacional, y, ante ese mismo dividendo intermediado por una entidad de tenencia de valores extranjeros, se aplica la escala general de gravamen, pudiendo tributar hasta el 43 por 100.

5.2. La incompatibilidad con las entidades gestoras de patrimonio.

La Ley 35/2006 tampoco ha modificado las características que debe reunir una entidad para disfrutar del régimen de la entidad de tenencia de valores extranjeros, pero la desaparición del régimen de las sociedades patrimoniales ha motivado una nueva redacción del artículo 116.1, en virtud de la cual la exclusión, hasta entonces basada en el citado régimen, se hace descansar en las entidades que tengan como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario y su grupo social reúna unas determinadas circunstancias.

En este sentido, no podrán disfrutar del régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros:

- La entidades que tengan como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario, en los términos previstos en el artículo 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991, del Impuesto sobre el Patrimonio. Estas entidades se definen en función de la composición de su activo: más de la mitad no afectó a actividades económicas o constituido por valores.
- Más del 50 por 100 del capital social, durante al menos 90 días del ejercicio social, pertenencia, directa o indirectamente, a 10 o menos socios, o a un grupo familiar, hasta el cuarto grado inclusive. No obstante, no concurre esta característica si todos los socios son personas jurídicas que, a su vez, no reúnan las características tanto de composición del activo como del grupo de socios, si una persona jurídica de derecho público es titular de más del 50 por 100 del capital, o, en fin, si los valores representativos del capital o los fondos propios están admitidos a negociación en alguno de los mercados secundarios oficiales previstos por la Ley 24/1998, del Mercado de Valores.

La apelación a las entidades del artículo 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991 determinará que las personas físicas no puedan constituir entidades con la finalidad de disfrutar del régimen de las entidades de valores extranjeros. Ahora bien, las personas físicas que eventualmente tendrían interés en constituir este tipo de sociedades para realizar inversiones financieras en el extranjero en régimen fiscal de exención de dividendos y plusvalías de cartera pueden alcanzar el mismo régimen fiscal mediante la constitución de una sociedad de inversión colectiva, con tal de que reúnan el número suficiente de socios para disfrutar del tipo de gravamen del 1 por 100.

Así, los grandes patrimonios mobiliarios hallan favorable acomodo en las sociedades de inversión mobiliaria, pero no en las entidades de tenencia de valores, cuando la realidad intrínseca de uno y otro tipo de entidades no es sino la gestión de patrimonios mobiliarios.

6. DEDUCCIÓN POR REINVERSIÓN

6.1. Introducción.

La Ley 35/2006 no ha modificado la esencia de la deducción por reinversión, sino que se ha limitado a adaptar el tipo o porcentaje de deducción y a establecer medidas que garanticen la reinversión en los activos seleccionados por el legislador.

Seguidamente, se analizan los apartados del nuevo artículo 42, con el objetivo de destacar las novedades.

6.2. Dedución en la cuota íntegra.

La deducción se establece en el 12 por 100, de forma tal que disminuye 8 puntos porcentuales. El nuevo porcentaje de deducción responde al tipo de gravamen de la base del ahorro en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (18%) y al tipo general de gravamen que tendrá el Impuesto sobre Sociedades en 2008 (30%). La diferencia entre ambos tipos es 12 puntos porcentuales y en dicha cifra se sitúa el nuevo porcentaje de deducción. De esta manera, las plusvalías se gravarán a idéntico tipo en el Impuesto sobre Sociedades y en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por más que el régimen de las mismas en tales tributos sea, en otros aspectos, muy diferente.

Con el mismo criterio se adecuan los restantes porcentajes de deducción.

La reinversión lo es del importe de la transmisión onerosa y la deducción no está sometida al límite que, sobre cuota líquida, prevé el artículo 44, pero tampoco lo consume. De igual modo, los plazos de mantenimiento de la inversión son los señalados en el propio artículo 42, y no los establecidos con carácter general en el artículo 44. En estos aspectos la nueva norma reproduce la precedente.

6.3. Elementos patrimoniales transmitidos y objeto de la reinversión.

Los apartados 2 (Elementos patrimoniales transmitidos), 3 (Elementos patrimoniales objeto de reinversión) y 4 (Elementos patrimoniales que no se entienden incluidos en los apdos. 2 y 3) deben ser examinados conjuntamente.

Al igual que en la redacción original, continúan siendo elementos patrimoniales aptos para generar plusvalías protegidas y para la reinversión los pertenecientes al inmovilizado, material e inmaterial, y los valores que reúnan unas determinadas características. Sin embargo, se añaden algunos requisitos que van a recortar el ámbito de los elementos patrimoniales aptos, tanto en relación con la transmisión onerosa como respecto de la reinversión.

6.3.1. Inmovilizado, material e inmaterial.

Así, por lo que se refiere al inmovilizado, material o inmaterial, se añade un requisito consistente en haber estado afecto a actividades económicas y en funcionamiento al menos un año antes de la transmisión.

La redacción original solo requería la posesión en, al menos, un año antes de la transmisión. Ahora se añaden dos requisitos: la afectación a actividades económicas y el funcionamiento.

El TRIS no establece criterios de afectación a actividades económicas. No obstante, en el artículo 121.3, se describe el núcleo de la explotación económica, de manera tal que pueden entenderse

afectos a actividades económicas los elementos patrimoniales utilizados por las explotaciones económicas. Por otra parte, con carácter general, las normas que se refieren a la actividad económica o a la afectación se remiten al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Así sucedía en la antigua transparencia fiscal o en la también antigua sociedad patrimonial, y sucede actualmente respecto de las entidades que tienen por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario, pues el artículo 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991 expresamente establece que «... para determinar si existe actividad económica o si un elemento patrimonial se encuentra afecto a ella, se estará a lo dispuesto en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas...». En este sentido, una interpretación sistemática conduce a los artículos 27 y 29 de la Ley 35/2006. El primero describe la actividad económica y el segundo define criterios de afectación.

La actividad económica se manifiesta en «... la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios...» (art. 27.1 de la Ley 35/2006). Esta descripción procede del Texto Refundido del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, como también procede la configuración del arrendamiento de inmuebles como actividad económica, cuando se cumplan los requisitos de «... local exclusivamente destinado...» y de «... persona empleada con contrato laboral y a jornada completa...», siendo la novedad que la actividad de compraventa de inmuebles ya no se califica como económica en función de tales requisitos, de manera tal que habrán de aplicarse los criterios generales, esto es, la existencia de una organización para la producción de bienes y servicios.

Por otra parte, los elementos del inmovilizado han debido estar en funcionamiento al menos un año antes de la transmisión. El requisito de funcionamiento se predica por el artículo 1.4 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades respecto de los elementos del inmovilizado material a efectos del inicio de la amortización. Sin embargo, en la deducción por reinversión, hemos de entender que el requisito de funcionamiento es susceptible de ser referido a todo el inmovilizado, material e inmaterial.

De todos los elementos patrimoniales del inmovilizado serán los terrenos y solares los que más frecuentemente rendirán plusvalías, pero no en todo caso podrán acogerse a la deducción por reinversión. Así, quedan excluidas:

- Las plusvalías de solares y terrenos que pertenezcan al circulante. Será el caso, por regla general, de las entidades urbanizadoras y promotoras.
- Las plusvalías de solares y terrenos mantenidos con finalidad puramente especulativa, por carencia de una organización que produzca bienes y servicios para el mercado. También, porque de tales solares y terrenos difícilmente puede decirse que hayan entrado en funcionamiento.
- Las plusvalías de solares y terrenos antaño afectos a una explotación económica, pero actualmente mantenidos con fines especulativos, toda vez que, una vez extinguida aquella o desgajados de la misma, ni están afectos a la actividad económica ni en funcionamiento una vez transcurrido el año desde la desafectación. Así cuando una instalación fabril o comercial, entre otras, deja de funcionar, durante el plazo de un año las plusvalías obtenidas en la

transmisión de los terrenos y solares afectos podrán disfrutar de la deducción por reinversión, pero una vez transcurrido dicho período de tiempo no podrán hacerlo.

Se sigue de lo expuesto que, tratándose de terrenos y solares, la deducción por reinversión ha quedado bastante limitada, por comparación con la legislación precedente, en la que el único requisito exigido era la posesión con un año de antelación. También se sigue la fuerte divergencia con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas pues, en efecto, las plusvalías derivadas de la transmisión de terrenos y solares tributarán en este impuesto siempre al 18 por 100, estuvieren o no afectos a actividades económicas, y cualquiera que fuere el tiempo de antelación. Así, mientras se endurecen en el Impuesto sobre Sociedades las condiciones para acceder a la deducción por reinversión determinante de un tipo de gravamen del 18 por 100, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se ablandan para tributar a dicho tipo y sin necesidad de reinversión.

En cuanto al inmovilizado, material o inmaterial, apto para la reinversión, se exige el requisito, nuevo respecto de la legislación precedente, de que la entrada en funcionamiento se realice dentro del plazo de reinversión, esto es, en el tiempo comprendido entre el año anterior a la transmisión y los tres años posteriores, sin perjuicio de los planes de reinversión.

6.3.2. Valores.

El TRIS se limitaba, respecto de los valores transmitidos, a exigir el porcentaje de participación del 5 por 100 y la posesión con un año de antelación. La Ley 35/2006, además de continuar con la exigencia de tales requisitos, excluye los siguientes valores (apdo. 4):

- Los valores que no otorguen una participación en el capital social o en los fondos propios.

La redacción original excluía a aquellos valores que no otorgaban una participación en el capital social, como era el caso de las participaciones de los fondos de inversión, pero no así de las acciones de las sociedades de inversión. La vigente redacción no excluye a los valores que otorguen una participación en los fondos propios aunque no sobre el capital, con lo que parece dar entrada a las participaciones en instituciones de inversión colectiva, si bien la letra c) excluye a las participaciones en instituciones de inversión colectiva de carácter financiero, de manera tal que las participaciones en instituciones de inversión colectiva de carácter no financiero no parecen ser valores excluidos.

- Los que sean representativos de la participación en entidades no residentes en territorio español cuyas rentas no puedan disfrutar de la exención del artículo 21 del TRIS.

La renta positiva derivada de la transmisión de los valores que pueda acogerse al artículo 21 del TRIS no se integra en la base imponible, de manera tal que no ha lugar a la deducción por reinversión. La renta positiva derivada de la transmisión de otros valores extranjeros sí se integra en la base imponible, pero no puede disfrutar de la deducción por reinversión, por no ser acogible al artículo 21 del TRIS.

Se deriva de todo ello que los valores extranjeros están excluidos de la deducción por reinversión. No obstante, podrían acogerse a la deducción por reinversión las rentas positivas de valores acogibles al artículo 21 del TRIS, pero que deban tributar por razón de una pérdida intra-grupo anterior [art. 21.2 c) del TRIS], o bien que el sujeto pasivo decida acoger al método de imputación para eliminar la doble imposición internacional.

- Los que sean representativos de instituciones de inversión colectiva de carácter financiero.

La Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, define este tipo de instituciones de inversión colectiva como «... aquellas que tengan por objeto la inversión en activos e instrumentos financieros...» (art. 29). Junto a estas, la citada Ley 35/2003 regula las de carácter no financiero, que se definen por exclusión, y de entre ellas, las más relevantes son las de carácter inmobiliario, que son aquellas que tienen por objeto principal «... la inversión en bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento...» (art. 35).

Puesto que los valores determinantes de la renta positiva han de otorgar una participación no inferior al 5 por 100 en el capital social o en los fondos propios, parece claro que los valores emitidos por las sociedades de inversión, incluso de capital variable, son aptos en orden a la deducción por reinversión, pero no lo es tanto que lo sean los emitidos por los fondos de inversión, pues estas instituciones no tienen capital social y la noción de fondos propios se aviene mal con la naturaleza jurídica de estos fondos, esto es, patrimonios separados sin personalidad jurídica (art. 3 de la Ley 35/2003). Sin embargo, como quiera que la redacción original de la deducción por reinversión apelaba a la participación en el capital social, y la vigente lo hace, además, a los fondos propios, tal vez deba entenderse que en tal ampliación se cobijan los fondos de inversión. Será prudente atender a la doctrina administrativa.

- Los emitidos por entidades que tengan como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario en los términos del artículo 4.Ocho.Dos de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio.

La disposición final cuarta de la Ley 35/2006 ha modificado el artículo 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991, al objeto de configurar el concepto de la entidad gestora de un patrimonio, mobiliario o inmobiliario. A tal efecto, toma como referencia la definición de las antiguas sociedades transparentes que, a su vez, fue heredada por las sociedades patrimoniales, también desaparecidas.

La entidad gestora de un patrimonio se caracteriza por la composición de su activo, a saber, valores o elementos no afectos a actividades económicas, en más de la mitad durante más de 90 días del ejercicio social. Para determinar la existencia de actividad económica y de afectación, han de aplicarse las normas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

- Los emitidos por entidades donde más de la mitad de su activo esté integrado por elementos patrimoniales que no tengan la consideración de inmovilizado material, inmaterial o valores no aptos para determinar rentas positivas afectas a la deducción por reinversión o para efectuar la reinversión.

La proporción se calcula en función de los balances del ejercicio en el que se transmitan los valores y de los dos ejercicios anteriores.

La norma no indica si los elementos que integran el inmovilizado deben estar afectos a actividades económicas y en funcionamiento, aunque una interpretación sistemática lleva a ello.

En cuanto a los valores no aptos, son los que no cumplen los requisitos de la letra b) de los apartados 2 y 3, debiendo recordarse que todos los valores del apartado 4 se entienden que no están comprendidos entre los que cumplan los aludidos requisitos.

La exclusión de los valores emitidos por entidades cuyo activo, en su mayor parte, no esté integrado por elementos aptos, encierra una lógica innegable, pues, en efecto, reconduce el disfrute del incentivo fiscal a la transmisión de elementos del inmovilizado material o inmaterial. Este es el efecto primordial y, sin duda, el objetivo de la letra e) del apartado 4 del artículo 42.

En su virtud, no podrán disfrutar de la deducción por reinversión las rentas positivas derivadas de la transmisión de valores emitidos, entre otras entidades, por:

- Las entidades de crédito, puesto que su activo está compuesto mayoritariamente por derechos de crédito. Por el contrario, sí estarán amparados los emitidos por entidades aseguradoras.
- Las sociedades de valores, puesto que su activo está compuesto mayoritariamente por valores que no otorgan una participación del 5 por 100.
- Las entidades dedicadas al comercio mayor y menor, en cuanto no deban utilizar un importante volumen de inmovilizado en relación con el circulante objeto de su tráfico mercantil.
- Todas las entidades, cualquiera que sea su actividad, incluso si se trata de aquellas que requieran la aplicación de maquinaria, solares y terrenos, inmuebles, instalaciones, cuando el título jurídico que otorga la posesión no sea la propiedad sino el arrendamiento operativo.

Por tanto, en relación con las plusvalías derivadas de la transmisión de valores, ha de concluirse que queda excluido un importante sector de actividad económica, de manera tal que la deducción por reinversión no se vincula a la actividad económica sino al inmovilizado material o inmaterial afecto a actividades económicas.

6.3.3. El recorte de la deducción por reinversión.

La configuración del incentivo fiscal de la deducción por reinversión en la nueva redacción del artículo 42 estrecha notablemente su ámbito de aplicación respecto de la norma precedente, pues en esta última lo extendía, realmente, a todas las plusvalías, en la medida en que no exigía la afectación de los elementos del inmovilizado a actividades económicas y que, tratándose de valores, bastaba la participación del 5 por 100 en el capital social, mantenida con un año de antelación.

Cuestión distinta es si la forma en cómo se ha efectuado el recorte responde a una lógica consistente.

La filosofía económica que subyace tras los incentivos fiscales para las plusvalías obtenidas por las personas jurídicas, descansa en la superación del denominado «efecto cerrojo» que consiste en la traba fiscal que la tributación sobre la plusvalía supone para la movilización de activos. Así, una empresa que desee reestructurar su activo encontraría serias trabas si hubiera de satisfacer, por tal causa, la tributación sobre las plusvalías y ello con independencia de la aplicación de tales activos. El instrumento técnico adecuado para, al tiempo, gravar las plusvalías, en cuanto demostrativas de capacidad económica, y superar el «efecto cerrojo» es el diferimiento, no la deducción, por reinversión, aplicada a todo tipo de plusvalías.

También es opinable si el recorte de la deducción por reinversión sintoniza con la tributación de plusvalías en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, sometidas al tipo de gravamen del 18 por 100, sin condición alguna, incluso cuando tales plusvalías se produzcan en relación con elementos no afectos a actividades económicas.

Así, no milita en favor de la coordinación entre ambos impuestos, esto es, Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas e Impuesto sobre Sociedades, el recorte en la deducción por reinversión.

Y esta situación no solo suscita una reflexión teórica, sino que es fuente de disfunciones y, en no pocos casos, pone al contribuyente en la tesitura de adoptar decisiones que conducen a resultados en la frontera de la economía de opción y el conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Piénsese en todos aquellos casos en los que la transmisión de elementos patrimoniales poseídos por entidades tiene una tributación más liviana cuando son transmitidos por los socios, y en los diversos negocios jurídicos que pueden utilizarse para transmitir elementos patrimoniales a los socios, y el distinto régimen fiscal de los mismos.

6.4. Operaciones no aptas para la reinversión.

La nueva redacción del artículo 42 incorpora dos restricciones a la materialización de la reinversión:

- Adquisiciones realizadas a otra entidad del mismo grupo en el sentido del artículo 16, excepto si se trata de elementos del inmovilizado material nuevos.
- Adquisiciones realizadas a otra entidad del mismo grupo en el sentido del artículo 16, en virtud de operaciones acogidas al régimen del Capítulo VIII del Título VII.

El artículo 16 del TRIS establece que existe grupo cuando varias sociedades constituyan una unidad de decisión según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio con independencia de su residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas.

Por tanto, cualquier adquisición de otra entidad que se integre en el círculo de la unidad de decisión está excluida de la reinversión, excepto si se trata de elementos del inmovilizado material nuevos y, en todo caso, cuando el título de adquisición es una operación acogida al Capítulo VIII del Título VII.

Nótese que la restricción versa sobre la reinversión, pero no sobre la deducción relativa a plusvalías intragrupo, sin perjuicio de que la base de cálculo de la deducción no pueda exceder del importe determinado en función del valor de mercado.

6.5. Régimen transitorio de la deducción por reinversión.

6.5.1. Plusvalías obtenidas en 2006 y anteriores.

La deducción por reinversión se practica en el período impositivo en que se efectúe la misma, excepto si es previa a la transmisión, en cuyo caso se practica en el período impositivo de la transmisión. Por tanto, como quiera que la reinversión puede realizarse dentro del plazo de los tres años posteriores a la puesta a disposición del elemento patrimonial transmitido, es posible que la renta positiva se obtenga en un período impositivo en el que estaba en vigor la redacción original del artículo 42 (2006 y anteriores) y que la reinversión se produzca en otro posterior en el que esté vigente la nueva redacción (2007 y ss.).

Pues bien, en este caso, el régimen de la deducción por reinversión, en todos sus aspectos, se rige por la redacción original del artículo 42. Se derivará de ello una tributación efectiva inferior al 18 por 100, lo que implica una cierta quiebra de la coordinación de la deducción por reinversión con el tipo de gravamen de la base del ahorro. Así, si la reinversión se produce en 2007, la tributación efectiva será 12,5 por 100 ($32,5 - 20$), y si se produce en 2008 y siguientes será 10 por 100 ($30 - 20$).

6.5.2. Plusvalías obtenidas en 2007.

En este caso, el porcentaje de deducción será del 14,25 por 100 ($32,5 - 14,25 = 18$), cualquiera que sea el período en el que se practique la reinversión, y, por lo tanto, se practique la deducción, de manera tal que la tributación efectiva podrá ser de 15,75 por 100 ($30 - 14,25$).

Los requisitos y condiciones se registrarán por la nueva redacción, pues la misma se aplica respecto de «... los períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2007...».

6.6. Incompatibilidad con la deducción por fondo de comercio financiero.

Cuando la reinversión se materializa en valores que dan derecho a la deducción del fondo de comercio financiero, esta última no se aplicará, ya que el último párrafo del apartado 3 del nuevo artículo 42 precisa que la deducción «... es incompatible con la deducción establecida en el artículo 12.5 de esta ley...».

De esta manera, la deducción por fondo de comercio financiero del artículo 12.5 no se aplica cuando:

- Los valores se afectan a la deducción por actividades de exportación del artículo 37.
- Los valores se afectan a la deducción por reinversión del artículo 42.

Ha de interpretarse que la decisión de afectación a los distintos incentivos fiscales corresponde al obligado tributario.

7. LA SOCIEDAD PATRIMONIAL

7.1. Introducción y antecedentes legislativos.

La sociedad patrimonial fue introducida en el Impuesto sobre Sociedades por la Ley 46/2002, al tiempo que se derogaba el régimen de las sociedades transparentes, bien que estableciendo un régimen transitorio y un régimen para su disolución y liquidación.

La Ley 35/2006 suprime el régimen de las sociedades patrimoniales, y, al tiempo, establece un régimen transitorio y un régimen para su disolución y liquidación.

De esta manera, los tributos relativos a la imposición directa sobre la renta, Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas e Impuesto sobre Sociedades, vuelven la espalda al uso de las sociedades instrumentales con finalidad fiscal, siendo así que desde la reforma fiscal de 1978, tal fenómeno había sido objeto de regulación, con mejor o peor fortuna.

Ciertamente, la tributación de plusvalías y rentas del capital mobiliario al tipo de gravamen del 18 por 100 deja, en gran parte, sin sentido el objetivo de protección de la progresividad que animó, en 1978, el establecimiento de la transparencia fiscal, pero las restricciones a la deducción de gastos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas respecto de las rentas del capital continúan, de manera tal que el objetivo de evitar el arbitraje, propio del régimen de las sociedades patrimoniales, no hubiera debido decaer.

¿Podría basarse una hipotética regularización fiscal en la pura motivación fiscal que late tras la constitución de una sociedad instrumental?

La sola posibilidad de formular en abstracto tal cuestión no milita en favor de la seguridad jurídica.

El régimen de la sociedad patrimonial se suprime con efectos para los períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2007. En consecuencia, la sociedad patrimonial pasará a tributar en régimen común en los referidos períodos impositivos, sin perjuicio de las especialidades previstas en el régimen transitorio.

7.2. El régimen transitorio.

Está contenido en la nueva disposición transitoria vigésima segunda del TRIS.

7.2.1. Integración de rentas en la base imponible (apdo. 2).

La sociedad patrimonial determinaba su base imponible de acuerdo con las normas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con determinadas excepciones. Por lo tanto, los rendimientos se integraban en la misma cuando eran exigibles, o bien cuando se producía el reembolso de la participación en instituciones de inversión colectiva. En consecuencia, a 1 de enero de 2007, cabe que existan rentas devengadas pero no integradas en la base imponible, y también rentas ya integradas en la base imponible pero todavía no devengadas. A ambas rentas se refiere el apartado 2 de la referida norma transitoria.

Así, las rentas ya devengadas pero no integradas en la base imponible (intereses implícitos, participación en instituciones de inversión colectiva a contabilizar por diferencia de valores liquidativos) deberán integrarse «... en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades correspondiente al primer período impositivo que se inicie a partir de 1 de enero de 2007...».

El tipo de gravamen aplicable será el general, esto es, 32,5 por 100, previsto para 2007.

La norma transitoria ha estimulado, en relación con el último período impositivo de vigencia del régimen de la sociedad patrimonial, a mantener aquellos activos financieros cuyas rentas habrían de tributar al 40 por 100, caso de ser exigibles mediante su transmisión (activos financieros con rendimientos implícitos), y a realizar aquellos cuyas rentas habrían de tributar al 15 por 100 (activos financieros de instituciones de inversión colectiva).

Las rentas exigibles, aunque no devengadas, hubieron ya de integrarse en la base imponible, de manera tal que cuando se devenguen formarán parte del resultado contable, pero «... no se integrarán nuevamente...» en la base imponible.

Tal y como está redactada la norma, las rentas que hubieron debido integrarse en la base imponible de la sociedad patrimonial pero que no lo hicieron, habrán de hacerlo con ocasión de su devengo.

La norma no se refiere a los gastos, pero la regla de no doble cómputo de rentas puede, igualmente, ser aplicable a los gastos: no doble cómputo de gastos. No obstante, cuando el gasto fue efectivo durante el régimen de la sociedad patrimonial y no deducido por aplicación del mismo, no podrá deducirse con ocasión de su devengo. En efecto, el gasto ya se computó, aunque para ser fiscalmente no deducible.

7.2.2. *Compensación de bases imponibles negativas.*

El artículo 61.3 a) 4.º del TRIS establecía que las bases imponibles negativas se compensarían «... según lo dispuesto en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas...». Considerando la forma de determinación de la base imponible en el régimen de la sociedad patrimonial, las pérdidas compensables surgían cuando la parte general de la base imponible o la parte especial o ambas fueran de signo negativo, y la compensación estaba sujeta a tres reglas:

- Separación, de manera tal que las pérdidas habidas en cada parte de la base imponible no podían compensarse con las rentas habidas en la otra.
- Limitación, dentro de la parte general, respecto de la compensación de pérdidas derivadas de pérdidas patrimoniales (10 por 100 del saldo positivo de rendimientos e imputaciones).
- Plazo de cuatro años.

Por tanto, en el momento de la supresión del régimen de las sociedades patrimoniales es posible que existan pérdidas compensables imputables a una de las dos partes de la base imponible o procedentes de ambas. Pues bien, la norma transitoria establece que «... podrán ser compensadas en las condiciones y requisitos establecidos en el artículo 25...». En consecuencia, se aplicarán las normas sobre compensación previstas en el TRIS, lo que implica que:

- El plazo de compensación sea de 15 años.
- La compensación lo sea frente a la renta positiva, cualquiera que fuese su fuente u origen, y sin que tenga relevancia la fuente u origen de la pérdida compensable.
- Operará la restricción por causa de la transmisión de la participación, en los términos previstos en el apartado 2 del artículo 25 del TRIS.

La norma transitoria implica una modificación radical del régimen de la compensación, pero no ordena modificar el importe susceptible de compensación. La pérdida compensable se habrá determinado de acuerdo con las normas reguladoras de la formación de la base imponible de la sociedad patrimonial, esto es, básicamente las normas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con ciertas excepciones, y la magnitud negativa resultante es la que habrá de compensarse. En este sentido, la restricción del artículo 25.2 del TRIS operará respecto de transmisiones realizadas a partir de la entrada en vigor de la Ley 35/2006.

No parece, sin embargo, que la modificación del régimen de la compensación de pérdidas fiscales pueda amparar el cómputo doble de un gasto. Así, cuando en la pérdida haya incidido un gasto no devengado, no podrá computarse en el período impositivo de su devengo, bajo el pretexto de que la sociedad tributa ya en régimen común.

Esta interpretación está respaldada por los principios que animan el apartado 2 de la norma transitoria.

7.2.3. Saldos pendientes de la deducción por doble imposición de dividendos.

El artículo 61.3 c) 2.º del TRIS establecía que la deducción para evitar la doble imposición de dividendos en las sociedades patrimoniales había de determinarse según las normas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en concreto, según lo previsto en el artículo 81 del TRIRPF. Por consiguiente, la cantidad a deducir era, con carácter general, el 40 por 100 del dividendo, y las cantidades no deducidas por insuficiencia de cuota líquida podían aplicarse en los cuatro años siguientes. Así, en el momento de la supresión del régimen de la sociedad patrimonial pueden existir saldos pendientes de compensación. Pues bien, respecto de los mismos la norma transitoria establece que «... se podrán deducir, al 50 ó 100 por 100, en las condiciones y requisitos establecidos en el artículo 30...».

La apelación a los porcentajes de deducción indica que el importe de la deducción habrá de ser recalculado de acuerdo con las normas previstas en el artículo 30 del TRIS. Por tanto, el saldo pendiente de compensación no se toma en consideración. Lo que se toma en consideración es el importe del dividendo que generó el saldo pendiente de aplicación, de manera tal que sobre dicho dividendo se calcula el importe del nuevo saldo pendiente de aplicación.

Veamos un ejemplo:

EJEMPLO:

Dividendo percibido en 2005	100	
• Renta integrada en base imponible	140	(100 × 1,4)
• Deducción generada en 2005	40	(100 × 0,4)
• Saldo pendiente de deducción (hipótesis)	40	
Porcentaje de participación (hipótesis 5%)		
• Aplicación en 2007 (100 / 0,325% / 100%)	32,5	
• Aplicación en 2008 (100 / 0,3% / 100%)	30	
Porcentaje de participación (hipótesis inferior 5%):		
• Aplicación en 2007 (100 / 0,325% / 50%)	16,25	
• Aplicación en 2008 (100 / 0,3% / 50%)	15	

Puede apreciarse que, en todos los casos, el régimen transitorio supone una minoración del importe de la deducción.

La apelación al artículo 30 del TRIS suscita la cuestión de la posible aplicación de las restricciones establecidas en su apartado 4. Estas restricciones responden a hechos que se sustancian en el momento de la distribución del dividendo. Así, por ejemplo, la aplicación del dividendo a minorar el valor de adquisición de la cartera [letra e)] o la existencia de una previa reducción del capital para constituir reservas [letra b)] son hechos que, o bien se producen en el momento de la distribución del dividendo o bien la preceden.

El artículo 10.2 de la Ley General Tributaria establece que, salvo disposición en contrario, las normas tributarias no tendrán efecto retroactivo. Hay en este precepto una declaración de preferencia por la irretroactividad, de manera tal que, salvo mandato expreso de retroacción o implícito en el contexto, la interpretación ha de estar guiada por tal preferencia.

En este sentido, considerando que el artículo 30 del TRIS no era aplicable para determinar el importe de la deducción cuando se produjo la tributación del dividendo, y que, a mayor abundamiento, los supuestos de hecho determinantes de la restricción se presentan sea en el momento de la distribución del dividendo o con anterioridad, parece que la interpretación más prudente es entender que no son aplicables las restricciones del artículo 30.4 del TRIS a los efectos de determinar el importe de las deducciones para evitar la doble imposición de dividendos en régimen transitorio.

De esta manera, cuando la disposición transitoria convoca al artículo 30, lo es en relación con las normas relativas a la aplicación de los porcentajes del 50 ó 100 por 100.

El apartado 4 de la norma transitoria no aborda la cuestión del valor de adquisición de la participación, cuando la misma es afectada por la distribución del dividendo. Contablemente, el valor de adquisición disminuye y la posterior transmisión de la participación determinará una renta, positiva o negativa, sobre la base del valor de adquisición disminuido. Como quiera que la base imponible se forma a partir del resultado contable, tal renta, positiva o negativa, será la que integre la base imponible. Por el contrario, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas el valor de adquisición se mantiene incólume. ¿Cuál habrá de ser el valor de adquisición, a efectos fiscales, de una participación adquirida en régimen de sociedad patrimonial y afectada contablemente por una disminución de valor a causa de un dividendo?

Puesto que la norma transitoria nada regula sobre el particular, habrá de estarse al valor de adquisición. Nótese, por otra parte, que este criterio es congruente con el que sostiene la no aplicación de las restricciones del artículo 30.4 del TRIS, anteriormente expuesto.

Finalmente, resulta dudoso si el plazo de compensación ha de ser el de cuatro años del artículo 81.3 del TRIRPF o el de siete del artículo 30.6 del TRIS. Por una parte, lo anteriormente expuesto respecto de la forma en cómo ha de entenderse la remisión de la norma transitoria al artículo 30 del TRIS abonaría la solución de que el plazo aplicable es el de cuatro años, pero por otra, el plazo

de siete años es el aplicable en el régimen común del Impuesto sobre Sociedades, al que, en lo sucesivo, se somete la sociedad que tuvo la consideración de patrimonial, sin que, por tanto, la aplicación de dicho plazo implique una situación de retroactividad.

7.2.4. Saldos pendientes de la deducción por actividades económicas.

Las sociedades patrimoniales tenían derecho, de acuerdo con lo previsto en el artículo 61.3 c) 1.º del TRIS, a la deducción por la realización de actividades económicas a que se refería el artículo 69.2 del TRIRPF. Esta deducción comprendía todas las previstas en el Capítulo IV del Título VI del TRIS, excepto la deducción por reinversión, y se regía por las normas del TRIS en todos sus aspectos, incluidos los límites de deducción.

Así, en el momento de la supresión del régimen de la sociedad patrimonial podían existir saldos pendientes de deducción, los cuales, por virtud de la norma transitoria «... se podrán deducir en las condiciones y requisitos establecidos en el Capítulo IV del Título VI de esta ley...».

Probablemente, esta norma transitoria sea, incluso, superflua, puesto que la deducción, tanto en su fundamento como en su cuantía y límites de aplicación, ya se venía rigiendo por las normas del Impuesto sobre Sociedades.

7.2.5. Distribución de beneficios.

El régimen transitorio consiste en la prolongación del previsto en el artículo 61.1 del TRIS, en relación con los dividendos procedentes de beneficios originados en períodos impositivos en los que la entidad tributó en calidad de sociedad patrimonial.

7.2.5.1. Personas físicas.

El régimen de la sociedad patrimonial estaba concebido a modo de tributación definitiva y única en sede de la misma, respecto de las rentas de los patrimonios aportados por personas físicas, y de aquí la no integración del dividendo en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas [art. 62.1 a) del TRIS].

El apartado 6 a) de la disposición transitoria perpetúa este régimen en relación con los «... beneficios obtenidos en ejercicios en los que haya sido de aplicación el régimen de las sociedades patrimoniales...».

Se trata de una norma muy similar a la que se estableció con ocasión de la supresión del régimen de transparencia fiscal interna (disp. trans. decimoquinta del TRIS). Esta norma continúa en vigor.

Así, una sociedad ha podido estar sujeta a transparencia fiscal interna, tener posteriormente la consideración de patrimonial, y, finalmente, recalar en el régimen común. Pues bien, los beneficios que procedan de beneficios generados en las dos primeras etapas no se integrarán en la base imponible.

La norma no establece una regla de imputación de beneficios distribuidos entre las reservas existentes.

La no integración en la base imponible se predica de todos los socios personas físicas aunque hubieran adquirido la participación con posterioridad a la generación de los beneficios. Respecto de estos socios, el artículo 35.1 c) del TRIRPF establecía que los dividendos minoraban el valor de adquisición, a efectos fiscales. Esta norma está derogada y la transitoria nada dice sobre el particular, pero de ello no se sigue que el valor de adquisición, a efectos fiscales, no ha de quedar minorado en el importe de los dividendos no integrados en la base imponible. En efecto, la determinación de la ganancia patrimonial con ocasión de la posterior transmisión de la participación ha de realizarse tomando valores homogéneos de adquisición y transmisión, lo que exige que el dividendo minore el primero.

La perpetuación del régimen de exención del dividendo, una vez suprimido el régimen de la sociedad patrimonial, supone un culto excesivo a los derechos adquiridos. Nótese que en el régimen general los socios tenían derecho a la deducción para evitar la doble imposición de dividendos, y que tal derecho no ha sido perpetuado respecto de los beneficios generados antes de la entrada en vigor de la Ley 35/2006.

Así, el respeto pleno a los derechos adquiridos hubiera debido motivar la perpetuación de la deducción para evitar la doble imposición, tratándose de dividendos distribuidos con cargo a beneficios generados en 2006 y anteriores.

Sin embargo, la extensión de los derechos adquiridos no es susceptible de una delimitación perfecta, ni su estricto respeto está impuesto por norma constitucional, pero la buena fe aconseja su consideración, aunque no en términos tales que impida la modificación de la distribución de la carga tributaria fruto de la reforma.

7.2.5.2. Personas jurídicas.

Al igual que hemos visto en relación con las personas físicas, el apartado 6 b) de la norma transitoria perpetúa el régimen establecido en el artículo 62.1 b) del TRIS, relativo a los dividendos percibidos por las personas jurídicas. En consecuencia, sobre los mismos se practicará la deducción para evitar la doble imposición de dividendos del 50 por 100, en la medida en que tales dividendos procedan de beneficios obtenidos en ejercicios sujetos al régimen de las sociedades patrimoniales.

La norma establece que «... los beneficios percibidos se integrarán, en todo caso, en la base imponible...». Este mandato, en su literalidad, obligaría a integrar en la base imponible los dividen-

dos que, sin embargo, no forman parte del resultado contable, por hallarse en situación de pendientes de pago en el momento en que se adquirió la participación. Pero el precepto también puede ser interpretado a modo de contrapunto de la norma que la letra a) del apartado 6 establece para el caso de los perceptores personas físicas: no integración en la base imponible.

7.2.5.3. No residentes.

Finalmente, respecto de estos sujetos pasivos también se conserva lo previsto en el artículo 61.1 c) del TRIS, esto es, la remisión a las normas generales del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, lo que implica la tributación al 18 por 100, excepto si un convenio para evitar la doble imposición establece un tipo inferior.

7.2.6. Rentas derivadas de la transmisión de la participación.

El régimen transitorio consiste en la prolongación del régimen sustantivo previsto en el artículo 62.2, en relación con las rentas obtenidas en la transmisión de la participación «... que se correspondan con reservas procedentes de beneficios obtenidos en ejercicios en los que haya sido de aplicación el régimen de las sociedades patrimoniales...».

Como se verá, estas reservas juegan un diferente papel según se trate de sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, del Impuesto sobre Sociedades o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes. Así, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, servirán para determinar el valor de titularidad, en el Impuesto sobre Sociedades para determinar, por exclusión, el límite a la deducción para evitar la doble imposición interna de plusvalías, y en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes, carece de eficacia ya que se aplican las reglas generales.

7.2.6.1. Personas físicas.

Cuando el transmitente sea una persona física, el apartado 7 a) de la norma transitoria se remite al artículo 35.1 c) del TRIRPF, lo que implica:

- Que la renta positiva es la diferencia entre el valor de adquisición y titularidad y el valor de transmisión.
- Que los dividendos procedentes de beneficios generados en ejercicios en los que fue de aplicación el régimen de las sociedades patrimoniales minoran el valor de adquisición, en cuanto la participación hubiese sido adquirida con posterioridad a la obtención de tales beneficios.
- Que el valor de transmisión a computar será, como mínimo, el teórico resultante del último balance cerrado una vez sustituido el valor contable por el del Impuesto sobre el Patrimonio o el de mercado si fuere inferior.

El valor de titularidad se identifica con las reservas existentes en el momento de la transmisión de la participación que procedan de beneficios generados durante los ejercicios en los que la entidad tuvo la consideración de sociedad patrimonial o, en su caso, también de sociedad transparente. Las reservas correspondientes a beneficios originados en períodos impositivos en los que la entidad participada no tributó en uno de los dos regímenes no formarán parte del valor de titularidad. La norma no establece reglas para la identificación del origen o procedencia de las reservas.

La ganancia patrimonial así determinada tributará al 18 por 100 y serán de aplicación los porcentajes reductores en los términos previstos en la disposición transitoria de la Ley 35/2006.

Por último, señalar que la referencia al valor mínimo de transmisión, no parece correcta en cuanto introduce una discriminación permanente por causa de que la entidad participada tributó en el régimen de las sociedades patrimoniales. Y no parece fácil limitar tal referencia.

7.2.6.2. Personas jurídicas.

Tratándose de personas jurídicas, el apartado 7 b) establece dos reglas:

- Que no se aplicará la deducción del artículo 30 del TRIS, esto es, la relativa a las plusvalías de fuente interna.
- Que el valor de transmisión a computar será, como mínimo, el teórico resultante del último balance cerrado, sustituido el valor contable por el del Impuesto sobre el Patrimonio, o por el de mercado si fuese inferior.

La no deducción del artículo 30 del TRIS no ha de entenderse en sentido absoluto, sino en la parte imputable a las reservas existentes en el momento de transmisión de la participación que proceda de beneficios originados en ejercicios en los que la entidad tributó en concepto de sociedad patrimonial.

Mientras el valor de transmisión sea igual o superior al valor teórico, la deducción a practicar por el artículo 30 ha de ser el resultado de aplicar el tipo de gravamen a las reservas con origen en beneficios obtenidos en ejercicios en los que la participada no tributó en el régimen de las sociedades patrimoniales ni, en su caso, en el régimen de transparencia fiscal. Pero si el valor de transmisión es inferior al valor teórico, la norma no ofrece una respuesta inmediata.

No obstante, tal vez pueda interpretarse que lo procedente es prorratear la plusvalía entre las reservas, de manera tal que la parte correspondiente a las acumuladas por la sociedad patrimonial o la transparencia fiscal internacional no será tomada como base de cálculo a efectos de la deducción del artículo 30 del TRIS.

Más difícil es dar una solución proporcionada a la determinación del valor de transmisión mínimo.

7.2.6.3. No residentes.

De acuerdo con lo previsto en el apartado 7 c) de la norma transitoria, se aplican las reglas generales, de manera tal que la plusvalía tributará al tipo de gravamen del 18 por 100.

7.3. Disolución y liquidación de sociedades patrimoniales.

Siguiendo el modelo contenido en la disposición transitoria decimosexta del TRIS, relativo a la disolución y liquidación de sociedades transparentes, la Ley 35/2006 ha incorporado al TRIS una nueva disposición transitoria vigésima cuarta reguladora de la disolución y liquidación de las novedades patrimoniales.

7.3.1. Sociedades que pueden acogerse (apdo. 1).

Pueden acogerse al régimen fiscal de la disolución y liquidación de sociedades transparentes aquellas que reúnan los siguientes requisitos:

- Que hubieran tenido la consideración de sociedad patrimonial en los períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2005 y que la mantengan hasta la fecha de extinción.
- Que adopten el acuerdo de disolución dentro de los seis primeros meses del primer período impositivo que se inicie el 1 de enero de 2007 y que dentro de los seis meses siguientes al acuerdo se realicen todos los actos y negocios necesarios para la liquidación y extinción de la sociedad.

Lo relevante no es la declaración en régimen de sociedad patrimonial, sino la pertenencia de la aplicación de tal régimen, de acuerdo con la normativa vigente, esto es, el Capítulo VI del Título VII del TRIS.

Sin duda la opción de disolución y liquidación deberá ser atentamente examinada por las sociedades patrimoniales.

La sociedad patrimonial pasará a tributar en régimen común a partir del primer período impositivo que se inicie en 2007, de manera tal que en 2007 tributarán al 32,5 por 100 y en 2008 y siguientes al 30 por 100. En este sentido, y considerando la tributación de rentas y ganancias del capital establecida en la Ley 35/2006, tienen motivos para optar por la disolución y liquidación las sociedades patrimoniales que se hallen en los siguientes supuestos:

- La principal parte de sus rentas sean plusvalías inmobiliarias o de valores respecto de los que no se posee una participación, al menos, del 5 por 100.
- La principal parte de sus rentas sean intereses.
- La principal parte de sus rentas sean dividendos de valores respecto de los que no se posee una participación, al menos del 5 por 100, y tienen previsto distribuir resultados.

Por el contrario, no tienen motivos para optar por el régimen de disolución y liquidación las sociedades que se hallan en los siguientes supuestos:

- Financian sus inversiones con pasivos financieros.
- La principal parte de sus rentas sean dividendos de valores respecto de los que se posee una participación, al menos, del 5 por 100.

7.3.2. Régimen de la sociedad patrimonial.

7.3.2.1. Formación de la base imponible.

Durante los períodos impositivos que concluyan hasta su extinción, la sociedad tributará en el régimen de las sociedades patrimoniales, pero el tipo de gravamen de la parte especial de la base imponible será del 18 por 100.

Nótese que la sociedad patrimonial, por tanto, tendrá una base imponible dividida en dos partes –general y especial– y que ambas partes se determinarán de acuerdo con las normas del TRIRPF. En consecuencia, la sociedad patrimonial no tendrá una base del ahorro en el sentido de la Ley 35/2006. Simplemente, el tipo de gravamen de la parte especial pasa a ser del 18 por 100.

7.3.2.2. Plusvalías derivadas de la atribución de elementos patrimoniales a los socios.

Estas rentas, calculadas de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 del TRIS, no se integran en la base imponible. No se trata de una exención, sino de un diferimiento, pues estas plusvalías tributarán en sede de los socios que reciban los activos.

En cualquier caso, tales rentas no se integran en la base imponible de la sociedad patrimonial. Además, no es posible ejercitar una opción de integración a efectos de compensar bases imponibles negativas y determinar, correlativamente, un mayor valor de los activos a efectos fiscales.

Sin embargo, cuando los socios adjudicatarios son no residentes en territorio español, la sociedad patrimonial ha de tributar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 del TRIS, en función de la diferencia entre el valor de mercado y el valor contable.

7.3.3. Régimen de los socios.

7.3.3.1. Plusvalías de disolución y liquidación.

De acuerdo con las reglas generales, los socios que sean sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas obtienen una renta por diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos recibidos y el valor de adquisición y titularidad de la participación.

El valor fiscal de los activos recibidos será, consecuentemente, su valor normal de mercado.

Además, los socios que sean sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades tendrán derecho a la deducción para evitar la doble imposición de dividendos «... respecto de las rentas computadas... en la parte que corresponda a beneficios no distribuidos...» (art. 30.3 del TRIS).

Pues bien, el régimen transitorio consiste en un conjunto de reglas reguladoras de la determinación de la ganancia o pérdida patrimonial, del valor fiscal de los elementos patrimoniales adquiridos por adjudicación, y, finalmente, de la aplicación de los porcentajes reductores de la disposición transitoria novena.

Las reglas se aplican, sin distinción alguna, a los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, pues así lo establece la letra d) del apartado 2. Sin embargo, no parece que sea correcto aplicar el valor de titularidad respecto de los socios personas jurídicas.

Las reglas relativas a la determinación de la ganancia o pérdida patrimonial deben ser examinadas conjuntamente con las concernientes a la valoración de los elementos patrimoniales adjudicados, pues ambas reglas se fundamentan en el mismo principio: la distinción entre elementos patrimoniales monetarios y no monetarios.

El valor de los elementos patrimoniales monetarios, esto es, dinero y derechos de crédito, se enfrentan al valor de adquisición fiscal, esto es, el precio pagado por la participación, más el valor de titularidad más, en su caso, las deudas asumidas, de manera tal que puedan presentarse tres situaciones:

- Los elementos patrimoniales monetarios tienen un valor superior al valor de adquisición fiscal: se trata de una renta o ganancia patrimonial, que como tal tributará en sede del socio, sea este persona física, jurídica o no residente.

Los elementos patrimoniales no monetarios recibidos tendrán un valor de adquisición fiscal nulo. Por tanto, cuando en lo sucesivo se transmitan, todo el precio será ganancia patrimonial.

- Los elementos patrimoniales monetarios tienen un valor igual al valor de adquisición fiscal: no existe renta o pérdida o ganancia patrimonial.

Los elementos patrimoniales no monetarios recibidos tendrán un valor de adquisición fiscal nulo. Por tanto, cuando en lo sucesivo se transmitan, todo el precio será ganancia patrimonial.

- Los elementos patrimoniales monetarios tienen un valor inferior al valor de adquisición fiscal: no existe renta o pérdida o ganancia patrimonial.

Los elementos patrimoniales no monetarios recibidos tendrán un valor de adquisición fiscal igual al importe de la diferencia señalada, la cual se distribuirá entre los distintos elementos patrimoniales en función de su valor de mercado, a tenor del balance final de liquidación.

No parece lógico, aunque de la letra de la norma así se desprenda, que el valor de adquisición fiscal pueda ser superior al valor de mercado. La interpretación alternativa consiste en entender que el exceso tendrá la consideración de renta negativa o pérdida patrimonial. Innesario es decir que la Administración Tributaria podrá comprobar el valor de mercado de los distintos elementos patrimoniales adjudicados.

Para calcular la plusvalía de disolución y liquidación no se aplicarán los porcentajes reductores de la Ley 18/1991. Esta restricción no parece lógica, considerando que la transmisión de la participación sobre la sociedad que tuvo la consideración de patrimonial sí tendrá derecho, en cualquier tiempo, a la aplicación del régimen previsto en la disposición transitoria novena de la Ley 35/2006, excepto si decide acogerse al régimen fiscal de disolución y liquidación.

El hecho imponible determinante de la renta positiva o de la ganancia patrimonial se producirá con ocasión de la adjudicación de la cuota de liquidación, por tanto en 2007, de manera tal que, cuando existiere ganancia patrimonial, esta se integrará en la base del ahorro.

7.3.3.2. Plusvalías en la ulterior transmisión de los elementos patrimoniales adjudicados.

La posterior transmisión de estos elementos patrimoniales determinará una renta, positiva o negativa, o una ganancia o pérdida patrimonial, determinada por la diferencia existente entre el valor de transmisión y el valor de adquisición fiscal.

Dos reglas específicas deberán ser tomadas en consideración:

- La fecha de adquisición de los elementos patrimoniales será la de su adquisición por la sociedad y no la de adjudicación.
- No se aplicarán los porcentajes reductores de la Ley 18/1991.

Esta última regla carece de lógica. La lógica, por el contrario, hubiera exigido que se pudieran aplicar los porcentajes reductores. En efecto, si la sociedad patrimonial tenía un régimen fiscal concebido sobre las normas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en cuanto se consideraba prolongación de la esfera patrimonial del socio, hubieran debido ser aplicables los porcentajes reductores propios del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, tomando como fecha de adquisición la más moderna de la adquisición de la participación o de la adquisición del elemento patrimonial por la sociedad patrimonial. Cuestión distinta es que, desde el punto de vista de la equidad, la no tributación de las plusvalías por el simple paso del tiempo sea criticable, pero, una vez así definida la tributación, toda excepción carece de lógica y abre economías de opción de dudosa consistencia. Así, si una sociedad patrimonial tiene un patrimonio constituido por una finca de recreo, que se desea transmitir, la disolución y liquidación es inconveniente, porque la posterior transmisión no dará lugar a la aplicación de los porcentajes reductores, pero si la transmisión se realiza de manera indirecta, a través de la transmisión de la participación, sí habrá lugar a la aplicación de los porcentajes reductores, en los términos previstos en la disposición transitoria novena.

La carencia de lógica se percibe con mayor fuerza si tomamos en consideración que la transmisión de la participación en 2006 y anteriores habrá dado lugar a la aplicación de los porcentajes reductores de la Ley 18/1991, en los términos previstos en la disposición transitoria novena del TRIRPF, pudiendo llegarse a la no tributación de la ganancia patrimonial, y que mediante el régimen fiscal de disolución y liquidación de la sociedad patrimonial, los elementos patrimoniales podrán ser adjudicados a los socios por un valor de adquisición fiscal prácticamente igual a su valor normal de mercado (transmisiones realizadas en 2006, básicamente), sin tributación alguna, ni en la sociedad patrimonial ni en los socios.

La propia norma ha entrevisto tal distorsión y, así, ha excluido la aplicación de los porcentajes reductores de la Ley 18/1991, en relación con las transmisiones que se realicen «... durante los períodos impositivos que concluyan hasta la finalización del proceso de disolución con liquidación...».

Cuando la transmisión de la participación se produzca en este último tramo de la vida de la sociedad patrimonial no ha lugar a la aplicación de los porcentajes reductores, pero sí cuando se produjo en un tiempo anterior (2006 y anteriores).

De esta forma, la situación fiscal más ventajosa es la referida a las participaciones transmitidas en 2006, pues permitirán, de una parte, la aplicación de los porcentajes reductores de la Ley 18/1991, llegando, inclusive, a la no tributación, y de otra, que el valor de adquisición fiscal de los elementos patrimoniales adjudicados sea prácticamente coincidente con su valor de mercado.

8. RÉGIMEN DE LAS OPERACIONES VINCULADAS

8.1. Introducción.

La Exposición de Motivos de la Ley 36/2006 advierte de que son dos los objetivos perseguidos por la reforma, de una parte, valorar las operaciones entre empresas vinculadas «... según precios de mercado, enlazando de esta forma con el criterio contable... pudiendo la Administración Tributaria corregir dicho valor contable cuando determine que el valor normal de mercado difiere del acordado por las personas o entidades vinculadas, regulándose las consecuencias fiscales de la posible diferencia entre ambos valores...», y de otra, «... adaptar la legislación española en materia de precios de transferencia al contexto internacional, en particular a las directrices de la OCDE sobre la materia y al Foro Europeo sobre precios de transferencia a cuya luz debe interpretarse la normativa modificada...».

La nueva redacción del artículo 16 del TRIS incorpora las siguientes novedades:

- La valoración por el valor normal de mercado se realizará en todo caso, a diferencia de la regulación vigente en la que tal valoración se configura como una potestad de la Administración Tributaria, que ha de ejercitarse en caso de menor tributación en España o diferimiento de la tributación (apdo. 1).
- Se establece la obligación de aportar documentación específica, cuyo contenido se regulará reglamentariamente (apdo. 2)
- Se tipifican las situaciones de vinculación, en línea con la precedente (apdo. 3).
- Se da nueva redacción a los métodos de valoración y se introduce uno nuevo, el denominado del margen neto (apdo. 4).
- Se regulan los servicios intragrupo y los servicios prestados conjuntamente (apdo. 5).
- Se regulan los acuerdos de reparto de costes (apdo. 6).
- Se mantiene la posibilidad de efectuar acuerdos previos en materia de precios de transferencia (apdo. 7).
- Se regula la calificación de los resultados derivados de la valoración por valor diferente al valor de mercado (apdo. 8).
- Se establecen los principios del procedimiento para comprobar el valor normal de mercado (apdo. 9).
- Se tipifica una infracción tributaria, en relación con la obligación de aportar documentación (apdo. 10).

La nueva redacción del artículo 16 está repleta de novedades, pero no todas ellas tienen el mismo valor. Así, las novedades relativas a los métodos de valoración, con ser interesantes no hacen sino profundizar en el camino que en su día abriera la Ley 61/1978 y posteriormente continuará la Ley 43/1995.

Por el contrario, el engarce con la contabilidad, proclamada por la Exposición de Motivos, es una novedad de primer orden, pues tradicionalmente se había venido entendiendo que la aplicación de las normas sobre operaciones vinculadas se concretaba en ajustes extracontables o correcciones al resultado contable.

8.2. El engarce entre la contabilidad y el régimen tributario de las operaciones vinculadas.

8.2.1. La ambivalencia de la nueva redacción del artículo 16.

Ya se ha comentado que uno de los objetivos de la modificación del artículo 16 del TRIS era enlazar la regulación fiscal con el criterio contable. Sin embargo, de la lectura del nuevo artículo 16 no se desprende, al menos de manera explícita, nada que apunte hacia tal objetivo. Es más, podría desprenderse justamente lo contrario si la nueva redacción permite que se abra paso la interpretación de que el contribuyente deberá, a efectos de la declaración por el Impuesto sobre Sociedades, practicar los ajustes o correcciones pertinentes sobre el resultado contable para determinar la base imponible cuando hubiese incurrido en operaciones vinculadas concertadas por un precio convenido diferente al de mercado.

Si tal interpretación fuera viable, la norma fiscal estaría –tal vez impremeditadamente– restándole importancia a una irregularidad contable, en la medida en que no produjera efectos fiscales, esto es, estaría admitiendo como jurídicamente correcta la irregularidad contable, con tal de que el contribuyente la despojara de sus efectos fiscales.

El verdadero enlace entre las regulaciones contable y fiscal exige que esta última tome como punto de referencia que la empresa que realiza una operación vinculada por un valor diferente al de mercado ha de practicar en contabilidad los ajustes pertinentes, incluso con efecto sobre el resultado contable, de manera tal que, bajo tal escenario, huelgan los ajustes extracontables en la declaración por el Impuesto sobre Sociedades, correspondiendo a la Administración Tributaria comprobar que se realizaron los pertinentes ajustes en contabilidad.

La verdad es que ambas interpretaciones tienen puntos de apoyo en el artículo 16, pero solo la segunda es válida si tomamos en consideración la declaración de objetivos de la Exposición de Motivos de la Ley 36/2006 y, todavía más, la unidad de ordenamiento jurídico, que rechaza divergencias entre los diversos sectores o ramas que lo integran, cuando no estén debidamente justificadas.

La afirmación precedente exige que nos adentremos en las consecuencias contables de una operación pactada entre partes vinculadas por un valor diferente al de mercado.

8.2.2. Las consecuencias del principio de preferencia del fondo sobre la forma.

El artículo 34.2 del Proyecto de Ley de Reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea prevé que «... en la contabilización de las operaciones se atenderá a la realidad económica y no solo a su forma jurídica...». La norma séptima de la Circular 4/2004 establece que «... el fondo económico de las operaciones prevalecerá sobre su forma jurídica...». El Marco Conceptual para la Preparación y Presentación de los Estados Financieros establece que «... si la información sirve para representar fielmente las transacciones y demás sucesos que se pretenden reflejar, es necesario que estos se contabilicen de acuerdo con su fondo y realidad económica, y no solamente según su forma legal...», y, a continuación, propone un caso en el que un activo es objeto de un contrato de compra-venta pero no debe causar baja en contabilidad porque la empresa puede continuar disfrutando de los beneficios económicos incorporados al mismo.

La inmensa mayoría de las operaciones empresariales se realizan a través de negocios jurídicos, esto es, de los instrumentos jurídicos de los que se sirve la autonomía privada, en cuanto poder conferido a la persona por el ordenamiento para que gobierne sus intereses, creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas, para conseguir determinados efectos, esencialmente patrimoniales en el ámbito de las relaciones mercantiles. Así, la realidad económica de las operaciones a que se refieren las normas y reglas antes citadas son los efectos patrimoniales de los negocios jurídicos, en tanto que la forma jurídica son las palabras y expresiones a través de las cuales las partes expresan su voluntad.

Los negocios jurídicos y sus efectos, determinados según los principios rectores de la interpretación que versa sobre los mismos, provocan mutaciones patrimoniales que son las realidades económicas que la contabilidad debe reflejar. En suma, la contabilidad debe reflejar el resultado práctico del negocio jurídico, la verdadera mutación patrimonial derivada de sus efectos, cualesquiera que hubiesen sido las formas empleadas por las partes.

Se sigue de lo expuesto que la representación contable depende de un análisis jurídico concerniente a la interpretación de las declaraciones de voluntad en orden a identificar los efectos jurídicos queridos y las consecuentes mutaciones o efectos patrimoniales.

¿Qué significa todo ello en relación con las operaciones vinculadas? Pues, sencillamente, que habrá de concretarse la verdadera voluntad de las partes cuando concluyan una operación por un valor diferente al de mercado, o cuando concluyan una operación que nunca hubiera sido pactada entre independientes o, en fin, cuando se concierten para realizar un negocio jurídico bajo la apariencia de otro diferente, entre otros supuestos, para así desvelar los efectos jurídicos queridos y las consecuentes mutaciones o efectos patrimoniales, y contabilizar a tenor de lo que resulte de dicho análisis jurídico.

Si esto es así, huelga que el contribuyente realice un ajuste extracontable a los efectos de determinar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, porque, bien se ve, el ajuste habrá debido ser contable, esto es, reflejarse en los libros de contabilidad.

El nuevo artículo 16, por consiguiente, no puede ser interpretado en el sentido de que el contribuyente, al efectuar su declaración, debe realizar ajustes extracontables para adecuar su base imponible al valor de mercado de la operación vinculada, pues ello supondría un previo incumplimiento contable que la norma fiscal no puede presuponer ni indirectamente amparar.

Así, el contribuyente deberá formular su declaración de acuerdo con lo que resulte de sus libros de contabilidad, y corresponderá a la Administración Tributaria comprobar que ha aplicado correctamente el mandato de la norma contable, en base a la facultad de calificación del artículo 115 de la Ley General Tributaria.

8.2.3. La relevancia práctica de la obligación de valorar las operaciones por el valor normal de mercado a tenor del objetivo de enlazar las normas contables y fiscales.

La interpretación precedente, llevada hasta sus últimas consecuencias, podría sugerir que el apartado 1 del artículo 16 es superfluo.

Ciertamente, desde un punto de vista puramente teórico así es. En efecto, la preferencia de la realidad económica sobre la forma jurídica rechaza que un activo o un pasivo se reconozcan en contabilidad por un importe diferente al de mercado o valor razonable, por cuanto ello encubriría una realidad económica diferente de la que muestran las formas, de manera tal que, si la empresa omitiera los ajustes contables pertinentes, la Administración Tributaria podría darles efectividad fiscal bajo el amparo de la potestad de calificación.

Sin embargo, desde un punto de vista práctico, no es ocioso establecer expresamente que las operaciones han de valorarse por su valor de mercado. El TRIS está plagado de normas redundantes respecto de las normas contables, como, por ejemplo, la apelación al principio contable del precio de adquisición (art. 15.1 del TRIS) o al de devengo (art. 19.1 del TRIS), y, desde luego, ningún sujeto pasivo ha entendido que ello le liberaba de contabilizar a tenor de los mismos con tal de que fiscalmente hiciera el pertinente ajuste extracontable.

En este sentido, el artículo 16.1 no es ocioso. Pero, desde luego, sería una quiebra de la deseable unidad del ordenamiento jurídico y del objetivo de enlazar las normas contable y fiscal que, finalmente, el referido precepto fuera tomado como pretexto para incumplir la norma contable.

Y, nótese bien, contrariamente a lo que se pudiera suponer de manera precipitada, el cumplimiento de la norma contable también tiene relevancia fiscal o, lo que es lo mismo, su incumplimiento

to, al aliento de una inadecuada interpretación del artículo 16.1, perturba la correcta aplicación de las normas fiscales. En efecto, los ajustes contables pueden incidir sobre el resultado contable y este sobre los fondos propios, los cuales tienen relevancia fiscal en varios tributos y aspectos.

8.2.4. La calificación de la diferencia entre el valor normal de mercado y el valor convenido.

El apartado 8 del nuevo artículo 16 establece que la mencionada diferencia tendrá «... el tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de dicha diferencia...». Junto a esta regla general, para el caso particular de que la operación vinculada hubiese sido concertada entre la sociedad y sus socios, la diferencia tendrá, «... en la proporción que corresponda al porcentaje de participación en la entidad, la consideración de participación en beneficios de entidades si dicha diferencia fuese a favor del socio o partícipe, o, con carácter general, de aportaciones del socio o partícipe a los fondos propios si la diferencia fuese a favor de la entidad...».

La regla general es un mandato de calificación y la regla particular es la calificación en sí misma, establecida por el legislador.

La regla general ordena calificar la naturaleza de las rentas que se ponen de manifiesto como consecuencia de la diferencia de fusión y, en consideración de tal naturaleza, aplicar la norma fiscal pertinente.

Este mandato se proyecta sobre el sujeto pasivo, correspondiendo a la Administración Tributaria la pertinente comprobación, y consta de dos elementos: la calificación de la naturaleza de la renta y la aplicación de la norma tributaria correspondiente.

Para cumplir debidamente con el doble mandato, el sujeto pasivo ha de atender a la realidad de la operación concertada con la otra parte vinculada, más allá de su forma jurídica, esto es, habrá de cumplir con el principio de preferencia de la realidad económica sobre la forma jurídica del artículo 34.2 del Código de Comercio. Será esta realidad la que permita determinar si la diferencia entre el valor de mercado y el convenido implica la obtención de renta para alguna de las partes vinculadas intervinientes en la operación y, si así es, desvelar la naturaleza de la renta.

Nuevamente nos encontramos con que, desde un punto de vista teórico, el mandato fiscal puede ser tachado de superfluo. En efecto, la norma contable ordena buscar la realidad, más allá de las formas jurídicas, y contabilizar a su tenor, de manera tal que la contabilización incide sobre el resultado contable, y por virtud de lo previsto en el artículo 10.3 del TRIS, habrá de integrarse en la base imponible y tributar en la forma y con las consecuencias que proceda (eliminación de la doble imposición tratándose de dividendo, restricción por subcapitalización tratándose de intereses, exención siendo una renta derivada de la transmisión de la participación sobre una entidad no residente cualificada...).

Pero aquí, también es válido el argumento práctico, con tal de que se entienda el precepto como un reforzamiento del mandato establecido por la norma contable o, más aún, como la consecuencia lógica o corolario fiscal de la calificación exigida por la norma contable, entendimiento que, por otra parte, es el que da satisfacción al cumplimiento del objetivo de enlazar, en esta materia, las normas contables y fiscales.

El segundo mandato o regla es una calificación fiscal que se impone, a efectos fiscales, cualquiera que fuere la naturaleza de la mutación patrimonial provocada por la operación vinculada. Aquí el legislador fiscal interrumpe el enlace con la calificación contable e impone la calificación de dividendo o aportación, según el sentido del desplazamiento patrimonial. Y esta calificación prevalece por encima de todo, incluso aunque la realidad demostrase que es errónea. Entonces existirá una divergencia entre la calificación jurídico-mercantil a la que ha de atender la registración contable y la calificación jurídico-fiscal a la que ha de atender el sujeto pasivo para determinar su obligación tributaria.

Un caso de divergencia podría ser aquel en el que la diferencia adversa a la sociedad participada le procura una reducción del capital o de la prima de emisión recibidas, o aquel otro en el que la diferencia a favor de la participada consiste en una atribución patrimonial que no puede incorporarse al capital.

La calificación fiscal se impone en todo caso, aunque de ello se derive una menor tributación o un diferimiento de la tributación, supuesto que se presenta siempre que la diferencia beneficia a una entidad filial de matriz extranjera, cuando dicha diferencia, por ser a favor de la filial, haya de calificarse como aportación, aun cuando desde el punto de vista jurídico-mercantil no procediera tal calificación.

No obstante lo dicho, la calificación como dividendo o aportación según el sentido de la diferencia, cuando la operación vinculada se produzca en el seno de la relación matriz-filial, responderá a la realidad subyacente, como regla general.

8.2.5. Los ejes del enlace entre normas contables y fiscales.

La consideración conjunta del principio de preferencia de la realidad económica sobre la forma jurídica, que explicita el artículo 34.2 del Proyecto de Reforma del Código de Comercio, pero que actualmente puede ya entenderse comprendido en el mandato de imagen fiel, y de las normas del nuevo artículo 16 del TRIS, permite desvelar los siguientes ejes del aludido enlace:

- La empresa debe analizar las operaciones concertadas entre partes vinculadas, y practicar los pertinentes ajustes contables, cuando la realidad económica fuere discrepante de la forma jurídica empleada, al objeto de que se refleje en cuentas la realidad económica. En este sentido, no podrá mantener en cuentas un activo o un pasivo por valor diferente al valor razonable del mismo en el momento de concertar la operación. La contrapartida

del ajuste será la cuenta que permita reflejar la realidad económica. En consecuencia, el ajuste de la operación a valor normal de mercado ha de realizarse en los libros de contabilidad.

- La norma fiscal relativa a la valoración por el valor normal de mercado no supone, en modo alguno, que el obligado tributario quede liberado de las obligaciones que le imponen las normas contables en virtud del principio de preferencia de la realidad económica sobre la forma jurídica. En consecuencia, no es concebible un cumplimiento del mandato fiscal de valoración por el valor normal de mercado, en el contexto de un incumplimiento de las normas contables. Si así sucediere, se tratará de un supuesto patológico.
- La Administración Tributaria, en el ejercicio de la potestad de calificación que le confieren los artículos 115 de la Ley General Tributaria y 143 del TRIS, comprobará si el obligado tributario ha calificado correctamente la realidad económica subyacente tras la operación vinculada, y también comprobará que el valor por el que se ha reflejado en contabilidad la operación en el valor nominal de mercado o valor razonable, según los métodos del artículo 16.

No existiría enlace entre normas contables y fiscales, contrariando así lo proclamado en la Exposición de Motivos, si el mandato de valoración por el valor normal de mercado se interpretara como determinante de un ajuste extracontable, al margen de cualquier relación con la representación contable.

8.3. El engarce con la doctrina de la OCDE.

Según la Exposición de Motivos de la Ley 36/2006, el segundo objetivo es «... adaptar la legislación española en materia de precios de transferencia al contexto internacional, en particular a las directrices de la OCDE sobre la materia y al Foro Europeo sobre precios de transferencia, a cuya luz debe interpretarse la normativa modificada...».

La doctrina de la OCDE en materia de precios de transferencia está contenida en las «Directrices Aplicables en Materia de Precios de Transferencia a Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias» (OCDE. Julio de 1995). Este informe contenía inicialmente cinco capítulos y ha experimentado un conjunto de ampliaciones relativas a los intangibles (marzo de 1996), los acuerdos de repartos de costes (agosto de 1997) y, finalmente, a los acuerdos previos de valoración de carácter multilateral (octubre de 1999).

Bien se comprende que la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, cuya tramitación legislativa se inició en marzo de 1995, no pudo hacerse eco del referido informe, ni, por supuesto, de sus posteriores ampliaciones. Sin embargo, dicha norma abordó los problemas que, en materia de precios de transferencia, planteaba el intangible más sensible, esto es, el I+D (art. 16.4), de los repartos de costes incurridos para proporcionar servicios de apoyo a la gestión (art. 16.5), y, sobre todo, reguló los acuerdos previos en materia de precios de transferencia tanto en el contexto

interno como en el internacional (art. 16.6), esto es, reguló materias que años más tarde serían objeto de la doctrina de la OCDE.

El engarce con la doctrina de la OCDE se manifiesta, básicamente, en los siguientes aspectos:

- Incorporación del método del margen neto del conjunto de las operaciones, para la determinación del valor normal de mercado [apdo. 4.2.º b)].
- Regulación de los servicios entre entidades vinculadas (apdo. 5).
- Nueva redacción de los métodos para determinar el valor normal de mercado, explicitando la noción de comparabilidad (apdo. 4).
- Regulación de los acuerdos de reparto de costes (apdo. 6).
- Regulación de la documentación (apdo. 10).

8.3.1. El método del margen neto del conjunto de operaciones.

Este método atribuye a las operaciones vinculadas un resultado neto, calculado sobre costes, ventas u otra magnitud relevante, considerando el margen que el propio contribuyente o un tercero habrían obtenido en operaciones realizadas entre partes independientes, previa realización, cuando proceda, de los ajustes correspondientes para obtener la equivalencia de operaciones.

Como es bien sabido, la dificultad para determinar un precio de mercado reside en la dificultad de identificar operaciones comparables. La creciente especialización, la vertiginosa aparición de nuevas tecnologías y el dominio del comercio internacional por un relativamente reducido conjunto de empresas multinacionales, así como la tendencia a la división vertical de funciones, está llevando hasta límites insospechados la referida dificultad.

En este contexto, el recurso a la comparabilidad, exigido por los métodos de valoración tradicionales, en la forma propugnada por la OCDE, se está revelando, cada vez más, tan teóricamente correcto como prácticamente inabordable.

El método del margen neto no se basa en una comparación real, sino teórica o supuesta. Nótese que la norma apela al margen neto que el contribuyente o un tercero «habría obtenido».

El método del margen neto de las operaciones no debe ser utilizado para determinar el margen neto de la empresa, sino el margen neto de una o más operaciones vinculadas. Por tanto, la comparación no ha de realizarse con el margen neto que obtengan otras empresas de la misma rama de actividad del total de sus operaciones o actividades, sino con el margen neto obtenido en operaciones comparables. ¿Cómo encontrar este dato? Es frecuente señalar las bases de datos que algunas empresas comercializan, pero debe matizarse que tales bases no suelen ofrecer los márgenes netos de las

operaciones, sino de las empresas, de aquí que solo en el caso de que las empresas realicen un solo tipo de operación tales bases de datos sean útiles¹. Por otra parte, si tales empresas, a su vez, forman su margen neto en operaciones vinculadas, la comparación será imperfecta.

El método del margen neto del conjunto de las operaciones solo debe ser aplicado cuando los tradicionales fracasan «... debido a la complejidad de la información relativa a las operaciones...». Traduce de esta manera la nueva norma los recelos que la doctrina de la OCDE proyecta sobre el mismo, hasta el punto de afirmar que: «... En consecuencia, por las razones expuestas en este Informe, y particularmente en los párrafos 3.52 a 3.57 siguientes, el criterio general es que hay que tratar de evitar la utilización de los métodos del beneficio de la operación...» (apdo. 3.50 de las Directrices).

Con todo, este método está llamado, en la práctica, a cobrar un gran protagonismo, ante la ausencia de verdaderos comparables.

8.3.2. Prestación de servicios entre entidades vinculadas.

Como ha quedado apuntado, la nueva redacción del artículo 16 incorpora un apartado (5), relativo a la prestación de servicios intragrupo. Se trata de una novedad relevante, porque en la redacción original se contemplaban los servicios intragrupo de manera fragmentaria, al hilo de la regulación del apoyo a la gestión.

El nuevo apartado (5) distingue dos tipos de servicios, por la forma de prestación: los de carácter individual y los prestados conjuntamente.

Respecto de los de carácter individual, su deducción está condicionada a que «... produzcan o puedan producir una ventaja o utilidad a su destinatario...».

El servicio se valorará de acuerdo con los métodos previstos en el apartado 4, esto es, los métodos tradicionales (número 1.º) y los métodos del beneficio de la operación (número 2.º), pero, adicionalmente, su deducción está supeditada a la ventaja o utilidad para su destinatario.

El precepto trata de recoger las directrices del Capítulo VII de las Directrices de la OCDE (1995), en el cual se distingue entre «determinar si los servicios intragrupo han sido prestados» y «determinar la retribución de plena competencia», por este orden. Y el orden es importante, porque si el servicio no es tal, huelga entrar en su valoración.

El texto legal, por el contrario, invierte el orden lógico, y genera una leve confusión pues, en efecto, aparenta que un servicio que tenga un valor entre las partes vinculadas pueda no ser deducible, cuando lo que realmente acontece es que el servicio que no reporta ventaja o utilidad a su destinatario no tiene valor alguno para el mismo.

¹ TRAPE VILADOMAT, M.: «Empresas asociadas». En la obra colectiva: *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, coordinada por CARMONA FERNÁNDEZ, Néstor. CISS, 2006.

Por otra parte, el artículo 16.5 se refiere a servicios que han sido efectivamente prestados, de manera tal que aquellos que no producen utilidad o ventaja, en sentido económico, para la entidad prestataria no serán deducibles, sin que, lógicamente, proceda entrar a la determinación del valor de mercado. Pero se trata de servicios prestados.

Cuestión distinta es que el servicio no haya sido prestado, de manera tal que el pago correspondiente no responde a la causa invocada por las partes, incluso expresada en contrato escrito. En este caso, se estará, probablemente, ante una distribución de resultados encubierta bajo la prestación de servicios. No se trata, por tanto, de que el servicio no produzca utilidad o ventaja, sino que, realmente, no existe. La norma apropiada para regularizar esta situación es la simulación (art. 16 de la LGT).

En pura teoría, la distinción entre el servicio que no reporta utilidad y aquel que es rigurosamente inexistente se asienta sobre bases firmes, pero en la práctica no siempre se presentarán los hechos nítidos, ni su traslación a los expedientes administrativos estará libre de dificultades de apreciación. Y, sin embargo, los caminos que arrancan en la simulación y en las normas sobre vinculación, llevan a lugares bien diferentes, como también lo son los que arrancan en el conflicto (art. 15 de la LGT), el fraude a la ley tributaria (art. 24 de la LGT de 1963) y la simulación (art. 16 de la LGT), como así se desprende con toda claridad de la Sentencia 120/2005, de 10 de mayo, del Tribunal Constitucional.

8.3.3. La apelación a la noción de comparabilidad.

La aplicación del principio de plena concurrencia se basa, generalmente, en la comparación de una operación vinculada con las operaciones entre empresas independientes (apdo. 1.15 de las Directrices de la OCDE). Los denominados métodos tradicionales (precio libre comparable, coste incrementado, precio de reventa) así lo explicitan, pero los denominados métodos del beneficio de la operación esto es, el método del reparto del beneficio y el método del margen neto de la operación, hacen una apelación retórica a la comparabilidad. La expresión legal apenas cubre las formas: «... un criterio que refleje adecuadamente las condiciones que habrían suscrito personas o entidades independientes en circunstancias similares...» [método de la distribución del resultado; apdo. 4.2.º a)] o «... resultado neto... que el contribuyente o, en su caso, terceros habrían obtenido en operaciones idénticas o similares realizadas entre partes independientes...».

Para aplicar estos métodos no es preciso buscar la operatoria efectiva de terceros, aunque sí procurar una distribución del beneficio de la operación o atribuir un resultado neto de la misma en función de los criterios que razonablemente hubieran aplicado partes independientes.

En el método de distribución del resultado, la apelación retórica a la noción de comparabilidad es más evidente. En este método, en primer lugar se identifica la utilidad que ha de distribuirse entre las partes vinculadas y luego «... se reparte ese beneficio entre las empresas asociadas en función de unos criterios económicamente válidos que se aproximan al reparto de la utilidad que se hubiera pre-

visto y reflejado en un acuerdo en condiciones de plena competencia...» (apdo. 3.5 de las Directrices de la OCDE). Lo relevante, por tanto, es fijar esos criterios que reflejan el comportamiento de partes independientes, pero no es preciso localizar tal comportamiento, pues, si así fuese posible, deberían aplicarse los métodos tradicionales.

Los apartados 3.15 y siguientes de las Directrices de la OCDE proponen un conjunto de enfoques, aunque sin carácter cerrado o exclusivo para efectuar la distribución. El enfoque o análisis de las aportaciones efectúa la distribución «... atendiendo al valor relativo de las funciones desarrolladas...» y lo que se distribuye es el beneficio de explotación o, excepcionalmente, los beneficios brutos.

El enfoque o análisis residual efectúa la distribución de dos fases. En la primera fase «... a cada participante se le imputan suficientes beneficios como para garantizarle un rendimiento básico... tomando como referencia los rendimientos del mercado obtenidos en operaciones similares entre partes independientes...», y en la segunda fase, el beneficio no asignado o beneficio residual, «... sería asignado entre los participantes en función de un análisis de los hechos y circunstancias susceptibles de indicar en qué modo se habría repartido ese beneficio o pérdida residual entre empresas independientes...».

Otra posibilidad esbozada por las Directrices OCDE es «... repartir la utilidad conjunta de modo tal que cada empresa asociada que participa en empresas vinculadas obtenga la misma tasa de rendimiento del capital invertido en esta operación...» o «... fijar el reparto de la utilidad sobre la base de la actual división efectiva... en operaciones comparables entre empresas independientes...», si bien las Directrices de la OCDE reconocen que «... en la mayor parte de los casos donde los métodos tradicionales no sean utilizables, será difícil hallar empresas independientes que desarrollen operaciones suficientemente comparables...».

En suma, el criterio que se aplique deberá «... aproximarse al máximo al reparto de los beneficios que habrían realizado las partes si estas hubieran sido empresas independientes operando en condiciones de plena competencia...».

El método del reparto del beneficio de la operación no se asienta, pues, en la información que proporcionan las transacciones comparables entre partes independientes, sino en la especificación de un criterio económicamente razonable. De ahí la afirmación de apelación retórica a la comparabilidad, que no encierra, sin embargo, ningún reproche, porque, en definitiva, el método del reparto del beneficio es un esfuerzo ímprobo por dar efectividad al principio de libre competencia.

Más allá del comentario de la nueva norma legal, más respetuosa con las formas que la original, y por ello mismo digna de encomio, lo que se advierte es una sospechosa proximidad del método del reparto del beneficio con el reparto del beneficio según una fórmula preestablecida, en la medida en que tal fórmula igualmente responda, como así debe ser, a criterios razonables y que, en su caso, podrían ser aplicados por partes independientes, lo cual no deja de ser paradójico, habida cuenta del rechazo enérgico de la OCDE de tal sistema de tributación, en el que, por el contrario, la Comisión Europea tiene depositadas sus esperanzas.

No es el momento de entrar en el debate que la estrategia de la Comisión propone, aunque se pueda apuntar que el fundamento teórico del sistema de base imponible común consolidado con fórmula de reparto carece de la suficiente consistencia teórica para desplazar al sistema de empresa separada asistido por el principio de libre concurrencia, por más que las dificultades de su aplicación sean superlativas. En este escenario, lo coherente es buscar un sistema que alivie las tensiones que convergen en la aplicación del sistema de empresa separada.

8.3.4. Acuerdos de reparto de costes.

El apartado 6 regula los denominados «acuerdos de reparto de costes», aunque no los define ni describe. Según las Directrices de la OCDE se trata de «... un acuerdo marco que permite a las empresas mercantiles distribuir los costes y los riesgos de desarrollar, producir u obtener activos, servicios o derechos y determinar la naturaleza y el alcance de los intereses de cada uno de los participantes en estos activos, servicios o derechos...» (apdo. 8.3), y añade que el tipo de acuerdo de costes más frecuente es el relativo al «... desarrollo conjunto de activos intangibles...» (apdo. 8.6), en suma, el que versa sobre las actividades de investigación y desarrollo, o asimiladas.

La clave para determinar si un acuerdo de reparto de costes responde al principio de libre concurrencia reside en «... determinar si la proporción relativa de cada participante en el total de aportaciones a la actividad de un ARC corresponde a su proporción relativa en el total de los beneficios esperados del acuerdo...» (apdo. 8.19).

La redacción original del artículo 16 tan solo se refería al acuerdo de reparto de costes más común e importante, esto es, al relativo a las actividades de investigación y desarrollo. Esta regulación se fundamentaba en dos criterios:

- Derecho a utilizar los resultados de los proyectos de investigación [letra a)].
- Correspondencia entre el contenido del derecho y las aportaciones convenidas [letra b)].

La nueva redacción generaliza para todos los tipos de acuerdos de reparto de costes los criterios de derecho a la utilización y correspondencia entre beneficios esperados y aportaciones, utilizando un lenguaje más próximo al de las Directrices de la OCDE. Así, la deducción de los gastos inherentes a un acuerdo de reparto de costes estará condicionada a los siguientes requisitos:

- Los participantes deberán acceder «... a la propiedad u otro derecho que tenga similares consecuencias económicas...» sobre los activos o derechos fruto del acuerdo de reparto de costes [letra a)].

- La aportación «... deberá tener en cuenta la previsión de actividades o ventajas que cada (participante) espere obtener del acuerdo en atención a criterios de racionalidad...» [letra b)].

Puede apreciarse que, con distintas palabras, las letras a) y b) del apartado 4 de la redacción original del artículo 16, y las letras a) y b) del apartado 6 de la nueva redacción expresan los mismos mandatos.

Sin embargo, la nueva redacción incluye una nueva condición: «... el acuerdo deberá contemplar la variación de sus circunstancias o personas o entidades participantes, estableciendo los pagos compensatorios y ajustes que se estimen necesarios...» [letra c)]. Esta norma recoge lo establecido por las Directrices de la OCDE en materia de pagos compensatorios (apdo. 8.25) y de variación de las circunstancias (apdo. 8.22).

8.3.5. La documentación.

El nuevo apartado 2 del artículo 16 prevé que: «Las personas o entidades vinculadas deberán mantener a disposición de la Administración Tributaria la documentación que se establezca reglamentariamente».

La exigencia de documentación es totalmente novedosa. Tal exigencia deriva del objetivo del legislador de «... adaptar la legislación española en materia de precios de transferencia al contexto internacional, en particular a las Directrices de la OCDE sobre la materia y al Foro Europeo sobre Precios de Transferencia...».

El Capítulo V de las Directrices de la OCDE conceptúan la documentación como la contrapartida de que la carga de la prueba respecto de la desviación entre el precio convenido y el precio de mercado recae sobre la Administración Tributaria. Por su parte, el Foro de Precios de Transferencia de la Unión Europea, que aúna el esfuerzo de funcionarios y asesores privados, ha formulado una propuesta de Código de Conducta sobre la materia [EU.COM (2005)543 final].

Finalmente, una vez más, los requerimientos del Derecho contable convergen con los del ordenamiento fiscal, pues, en efecto, la norma internacional de información financiera regula la «Información a revelar sobre partes vinculadas».

En este punto sería muy conveniente que la regulación reglamentaria de la documentación se hiciera a la vista de las normas contables, pues sería ciertamente insólito que aquella fuera menos exigente que esta.

Más allá del contenido de la documentación y de su función en los procedimientos tributarios, la relevancia de la misma se proyecta sobre las infracciones y sanciones tributarias. El nuevo apartado 10 establece un régimen sancionador construido sobre la obligación de llevanza de documentación.

Así, se crean dos tipos infractores:

- No aportar o aportar de forma incompleta, inexacta o con datos falsos la documentación.
- No formular la declaración por el Impuesto sobre Sociedades, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o el Impuesto sobre la Renta de no Residentes, a tenor del valor normal de mercado que se derive de la documentación.

Además, y esto es esencial, las correcciones que deba practicar la Administración Tributaria, mediando aportación de documentación completa, exacta y veraz, cuyos resultados se hayan reflejado en la declaración tributaria, no darán lugar a infracción tributaria, aun cuando formalmente se hubiera conjugado la conducta consistente en cualquiera de las infracciones tributarias previstas en los artículos 191 (dejar de ingresar), 192 (incorrección en declaraciones a liquidar administrativamente), 193 (obtención indebida de devoluciones) y 195 (acreditación incorrecta de partidas a compensar o créditos tributarios aparentes), todos ellos de la Ley General Tributaria.

De esta manera, el sujeto pasivo que cumplimenta una documentación completa, exacta y veraz, declara a su tenor y la exhibe en el procedimiento de comprobación, no comete infracción, aun cuando la Administración Tributaria discrepe del valor normal de mercado que se infiere de la misma. En el fondo, esta construcción del tipo infractor se basa en la presunción de que la cumplimentación de la obligación de documentación de manera correcta implica la diligencia en el cumplimiento de la obligación tributaria, por lo que se refiere a la valoración de operaciones vinculadas.

En cualquier caso, el tipo infractor es específico y consiste en la incorrecta cumplimentación de la documentación, de forma tal que el elemento subjetivo se incrusta en la propia descripción del tipo infractor.

No se trata, por tanto, de que el incumplimiento de la obligación de documentación abra paso a las infracciones de la Ley General Tributaria, sino que tal incumplimiento, sea doloso o negligente, conjuga el tipo de la infracción tributaria.

Lo relevante, por tanto, será determinar si la documentación es incompleta, inexacta o con datos falsos. A partir de ahí, se realiza el tipo infractor, aunque de ello no se derive un dejar de ingresar (art. 191 de la LGT) u otra de las infracciones previstas en la Ley General Tributaria.

La sanción consiste en multa del 15 por 100 del importe de las cantidades que resulten de las correcciones valorativas de cada operación. La multa se impone incluso cuando no media perjuicio económico, y, tal y como está redactada la norma, incluso si la corrección tiene signo negativo, lo que probablemente merezca una interpretación correctiva.

La sanción es incompatible con la que proceda por aplicación de los artículos 191, 192, 193 ó 195 de la Ley General Tributaria, «... por la parte de bases que hubiesen dado lugar a la imposición de la infracción...».

En consecuencia, la base de cálculo de las sanciones de los referidos artículos deberá ser depurada del efecto de la corrección valorativa. Una forma de efectuar tal depuración consiste en considerar el ajuste o corrección valorativa como un incremento no sancionable en el sentido del artículo 8 del Reglamento de Régimen Sancionador, pero estando dicho precepto construido sobre un error técnico, sería deseable que la cuestión se enfocara de manera más precisa, esto es, excluyendo el efecto de la corrección valorativa sobre las liquidaciones que determinan la cantidad dejada de ingresar o acreditada indebidamente o cuya devolución se ha obtenido de manera incorrecta.

Cuando no proceda realizar corrección valorativa, la sanción consiste en multa pecuniaria fija de 1.500 euros por cada dato y 15.000 euros por conjunto de datos.

La regulación del régimen sancionador en materia de correcciones por operaciones vinculadas ha atendido los requerimientos de la propuesta del Código de Conducta. En efecto, en el mismo se insiste en que la llevanza y la exhibición de la obligación de documentación debería determinar la exclusión de las sanciones (véanse apdos. 7 y 20).

Esta recomendación es aceptable en relación con las correcciones de valor en sentido puro, esto es, aquellas que envuelven una simple diferencia de criterio o de forma de aplicar los métodos de valoración, pero no lo es cuando la operación vinculada realizada a precios no de mercado es el eslabón de una maquinación dirigida al fraude o la evasión fiscal, aun cuando pretenda cobijarse en la documentación. No es lo mismo una operación vinculada consistente en el suministro de materias primas para la fabricación, esto es, incardinada en las actividades económicas ordinarias, que una operación vinculada consistente en la transmisión de participaciones intragrupo asociada a un pasivo financiero, o que un arrendamiento de intangibles.

8.4. Otras cuestiones

8.4.1. La subcapitalización y la propiedad intelectual.

Algunas cuestiones se han quedado en el tintero del legislador.

Así, la regulación de la subcapitalización, materia esta que responde a la naturaleza de las operaciones vinculadas, y respecto de la que los principales países de la Unión Europea han venido incorporando modificaciones legislativas a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia *Lankhorst*. Ninguno, excepto España, ha replegado su norma antisubcapitalización frente a los restantes Estados miembros; y en alguno de ellos, como Holanda y Francia, la regulación incorpora, de manera matizada, ideas muy interesantes que relacionan la subcapitalización de una sociedad filial con la estructura financiera del grupo de sociedades al que pertenece ².

² SUNDERMAN, M.: *Thin Capitalization Rules Introduced*. Netherlands. Projet de loi de finances pour 2006. Francia.

Lo mismo cabe decir de las operaciones relativas a activos intangibles. Sin embargo, estas operaciones probablemente sean las más delicadas de valorar. La valoración de operaciones sobre patentes, *know-how*, diseños, modelos, marcas, nombres comerciales, listas de clientes, símbolos, denominaciones, grafismos únicos y asimilados, encierra una gran dificultad. La lectura del Capítulo VI de las Directrices de la OCDE así lo atestigua, pues las advertencias a las especiales dificultades son reiteradas.

Las especiales dificultades derivan de la general ausencia de comparables, y de que buena parte de los intangibles carecen de valor contable.

Otro aspecto que, en relación con los intangibles, debe considerarse es la posibilidad de que la deducción de los gastos incurridos por la filial que los utiliza sean redundantes, en cuanto la matriz hubiere deducido previamente los gastos para su creación. Así, los gastos de investigación para conseguir una novedad patentable han podido ser deducidos por la matriz en tiempos pasados. Esto no obsta para que la matriz cargue a la filial el coste de utilización de la patente, como lo haría con cualquier tercero. Tampoco sería obstáculo la ubicación de los derechos de propiedad intelectual en una entidad que disfruta de un régimen privilegiado. El principio de empresa separada y libre concurrencia permite que la filial que utiliza la propiedad intelectual pague por ello un precio.

Los intangibles están en la zona más delicada de las operaciones vinculadas: ausencia generalizada de comparables, gastos y costes de obtención en muchos casos ya amortizados, posibilidad de ser ubicados en filiales que tributan privilegiadamente. En estas condiciones la determinación del valor normal de mercado de la transacción es extremadamente difícil. Los comentarios de la OCDE sugieren que se investigue en lo que hubieran pactado compañías independientes, pero es tal investigación lo que constituye el problema, no la necesidad de realizarla. Los terceros hubieran, ciertamente, establecido un equilibrio entre ingresos esperados y pagos pactados, pero no es fácil prever los ingresos derivados de la utilización de la propiedad intelectual. La dificultad es tal que en el manual sobre precios de transferencia de una compañía consultora se presenta la situación como «... dilema compartido por compañías y autoridades fiscales...»³.

Las dificultades que la aplicación del principio de libre concurrencia suscita derivan directamente de la naturaleza de la propiedad intelectual. En efecto, los derechos de propiedad intelectual presentan características que, desde el punto de vista económico los diferencian y singularizan de cualquier otro derecho de propiedad. Así, el derecho de propiedad intelectual determina una situación de monopolio en un área del conocimiento, y definir los límites de la misma es muy difícil, lo que no ocurre en los restantes derechos de propiedad, de manera tal que ni siquiera los investigadores de un cierto sector están en condiciones de conocer las áreas de conocimiento patentado. Y aquí el dilema se presenta entre protección de la innovación y los efectos monopolísticos de dicha protección⁴.

³ International Transfer Pricing 2004/2005. PriceWaterhouse Coopers.

⁴ STIGLITZ, J.: *Making Globalization Work*. Págs. 110 y siguientes.

Ciertamente, dos cuestiones principales, probablemente las de mayor enjundia conceptual e importancia recaudatoria, se han quedado en el tintero del legislador, pero ha de reconocerse que las dificultades para abordarlas con garantías de acierto no eran fácilmente superables.

8.4.2. Interpretación de las normas sobre precios de transferencia.

La Exposición de Motivos de la Ley 36/2006 indica que las normas sobre operaciones vinculadas deben interpretarse a la luz de «... las Directrices de la OCDE sobre la materia y el Foro Europeo sobre Precios de Transferencia...».

Las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia reflejan los principios internacionalmente aceptados, de acuerdo con los comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE, y, en tal sentido, gozan del mismo valor jurídico que los comentarios, esto es, «... una guía ampliamente aceptada para la interpretación y aplicación de las disposiciones de los convenios bilaterales existentes...» (apdo. 15 de la Introducción del Modelo de Convenio de la OCDE).

El TEAC ha aceptado el valor interpretativo de las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia, en relación con la redacción original del artículo 16 del TRIS, si bien los Tribunales de Justicia no lo han hecho en igual medida, aunque sí han reconocido la fuerza interpretativa de los comentarios en relación con los convenios bilaterales.

La mención que se hace en la Exposición de Motivos es sumamente útil porque reafirma el camino emprendido por el TEAC en sus resoluciones de las dos últimas décadas ⁵.

La mención de la Exposición de Motivos al valor interpretativo de las Directrices de la OCDE en relación con el artículo 16 tiene una segunda significación. En efecto, despeja toda duda respecto de la norma jurídica que ha de aplicarse en materia de precios de transferencia cuando media un convenio bilateral para eliminar la doble imposición. Esta norma es el artículo 16 del TRIS, si bien condicionada por lo establecido en el artículo del convenio aplicable relativo a las empresas asociadas (generalmente el 9), e interpretada a tenor de las Directrices de la OCDE.

Si, por el contrario, fuera directamente aplicable el artículo 9 del convenio correspondiente, sería ociosa la proclamación del valor interpretativo de las Directrices de la OCDE respecto del artículo 16 del TRIS, salvo que se sostuviera que tal proclamación solo versa sobre las situaciones en las que no media convenio, lo que no parece lógico.

En rigor, la propia estructura del artículo 9 del Modelo de Convenio denota que tiene una doble función: permitir la aplicación de la legislación interna a condición de que la misma se sujete al principio de libre competencia, y regular el ajuste de signo contrario.

⁵ CALDERÓN CARRERO, J.M.: *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*. Tirant lo Blanch. Pág. 114.

Este es el criterio de la doctrina mayoritaria. Así, con precisión, señala Vogel que «... los tratados fiscales... reconocen que cada Estado contratante aplica su propio Derecho y luego limitan la aplicación por parte de los Estados contratantes de ese Derecho [epígrafe 45 b), pág. 26]... un tratado fiscal ni genera una obligación fiscal que, de otra manera, no existe bajo la ley interna ni extiende el ámbito o modifica la naturaleza de una obligación existente... [epígrafe 46 b), pág. 27]...», y, en referencia específica al artículo 9, afirma que «... de nuevo debería notarse que los tratados fiscales restringen, antes que generan, normas internas... el artículo 9, por sí mismo, no puede ser una base legal autónoma para ajustar al alza la renta... la única base legal para ajustar los beneficios entre empresas asociadas son, por eso, las normas internas...» (epígrafe 15, pág. 521) ⁶.

Así pues, la norma aplicable es la norma interna, limitada por la norma del convenio, e interpretada, ahora lo dice bien claro la Exposición de Motivos, esa norma interna, a tenor de las Directrices de la OCDE.

Nada ha cambiado la Ley 36/2006 en este punto, pero la Exposición de Motivos ha arrojado luz sobre un punto que estaba necesitado de ella.

8.4.3. La tasación pericial contradictoria.

En el apartado 9 se regula el procedimiento para la determinación del valor de mercado, con el objetivo de asegurar la eficacia del mismo en todas las partes vinculadas y, en el seno de esta regulación, se otorga al obligado tributario la facultad de instar la tasación pericial contradictoria.

En líneas generales, la nueva redacción del artículo 16 guarda una estrecha relación con la original, pero en este punto se aparta de manera radical. En efecto, ni la regulación legal ni su desarrollo reglamentario mencionaron la posibilidad de la tasación pericial contradictoria.

La aplicación de la tasa pericial contradictoria al ámbito de las operaciones vinculadas ofrece, entre otras, las siguientes dificultades:

- El obligado tributario no declara un valor que habrá de ser comprobado administrativamente, sino que pacta un valor que influye sobre el resultado contable y, por lo tanto, sobre la base imponible del Impuesto sobre Sociedades. La Administración Tributaria puede discrepar de dicho valor y efectuar una corrección, pero ateniéndose a los métodos previstos en el artículo 16.4 del TRIS.
- La propia naturaleza de los métodos que debe aplicar la Administración Tributaria rechaza la tasación pericial. En efecto, esta se basa en la ciencia y experiencia del perito, en tanto que aquellos métodos describen una forma de valoración diversa de la que se basa en la ciencia y experiencia. Es difícil imaginarse que una disputa sobre la valoración de la cesión de intangibles, en la que, por ejemplo, deba aplicarse el método de la distribución del resul-

⁶ VOGEL: *Vogel on double taxation*.

tado, pueda finalizar con un laudo arbitral de régimen común. El perito aplica sus propias técnicas de valoración, basadas en la ciencia y la experiencia o en modelos contruidos sobre ambas, pero no los métodos de valoración legalmente establecidos, al menos cuando, debido a la complejidad de las operaciones o a la dificultad de obtener información de terceros, no puedan aplicarse los métodos basados en la comparación.

- La apertura de la vía de la tasación pericial contradictoria para solventar los conflictos en materia de precios de transferencia es difícilmente comprensible en el contexto de una modificación normativa que pretende adaptarse a las conclusiones del Foro Europeo sobre precios de transferencia, cuyo fruto principal, hasta el momento, ha sido reforzar y activar los mecanismos de aplicación de la Convención.