

OPERACIONES VINCULADAS, ELUSIÓN Y FRAUDE FISCAL

LUIS MANUEL ALONSO GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.

Universidad de Barcelona

Extracto:

LA regulación de las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades por parte de la Ley 36/2006 está repleta de aspectos llamados a centrar la atención de los profesionales de la asesoría fiscal durante los próximos años. Uno de esos aspectos que, paradójicamente, todavía no ha concitado el grado de interés que sin duda merece es la regulación contenida en el apartado 8 del artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

La Ley 36/2006 ha introducido un mecanismo de recalificación de rentas en los casos de vinculación socio-persona física/entidad practicando la corrección administrativa de valores con unas consecuencias que solo cabe calificar de extraordinarias. El nuevo artículo 16.8 se aparta de la finalidad antielusiva de la regla general de aplicación de valor normal de mercado entre partes vinculadas pensada para frenar trasvases de renta de unas bases imponibles a otras. Ahora no se trata de velar por la declaración del importe correcto de la renta generada sino que el indicado precepto permitirá a la Administración recalificar las operaciones respecto de las cuales se ha efectuado la regularización tributaria, aunque, insistimos, no desde el punto de vista cuantitativo sino cualitativamente. Así, por abordar solo uno de los supuestos que contempla el precepto, si un socio compra un activo a una sociedad de la que es partícipe por precio inferior al de mercado no se aplica la corrección de valor a socio y, por extensión y por el mismo importe, a la sociedad, sino que la ley permite atribuirle la percepción de dividendos por un importe igual a la diferencia entre el valor declarado y el resultante de la corrección.

Si nos situamos en un entorno real veremos cómo la consecuencia última a la que conduce el artículo 16.8 es a gravar riqueza ficticia, en la medida en que al alterar el funcionamiento ordinario del ajuste bilateral a la apreciación de mayor renta en una de las partes no se corresponde un incremento paralelo del gasto ocasionado en la otra parte. Desde este punto de vista se puede afirmar que la solución legal conduce a resultados contrarios a la Constitución. No obstante, existe la posibilidad de que el reglamento que ha de desarrollar la Ley 36/2006 modere los efectos de la ficción legal que recoge el artículo 16.8 convirtiéndola, de hecho, en una presunción que admitiría prueba en contrario.

Palabras clave: Impuesto sobre Sociedades, operaciones vinculadas, fraude fiscal, simulación y ajuste bilateral.

Sumario

1. Las operaciones vinculadas como medidas antifraude. Ausencia de sanción.
2. Presunción y ficción de valor normal de mercado.
3. El ajuste bilateral.
4. Análisis del artículo 16.8 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades tras la reforma de la Ley 36/2006.
5. La presunción de simulación en la base del nuevo artículo 16.8.
6. Inconstitucionalidad del artículo 16.8 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.
7. Conversión de la ficción en presunción *iuris tantum* por vía reglamentaria.

NOTA: El presente trabajo trae causa de la ponencia desarrollada en el marco Jornada Nacional Tributaria REAF-Consejo Superior de Colegios Oficiales de Titulados Mercantiles y Empresariales de España que tuvo lugar el 17 de mayo de 2007. El autor desea expresar su agradecimiento al Colegio Oficial de Titulados Mercantiles y Empresariales de Barcelona, muy particularmente en la persona del Sr. Avelino Vázquez Parcero, por el impulso recibido para acometer esta investigación.

1. LAS OPERACIONES VINCULADAS COMO MEDIDAS ANTIFRAUDE. AUSENCIA DE SANCIÓN

La exposición que sigue gira en torno a si Ley 36/2006 ha establecido una regulación sobre las operaciones vinculadas que, al menos en un punto determinado, el apartado 8 del artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, es contraria a la Constitución.

Ese artículo, concretamente su segundo párrafo, señala que:

«... en los supuestos en los que la vinculación se define en función de la relación socios o partícipes-entidad, la diferencia (de valor entre el convenido y el corregido) 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».

Este párrafo, a mi modo de ver, conduce a resultados inconstitucionales¹. La completa regulación que de las operaciones vinculadas se hace en la Ley 36/2006 puede ser el blanco de muchas críticas pero me centraré únicamente en el análisis del indicado párrafo porque, al menos para mí, supone un salto cualitativo que no admite maquillaje en la lucha del legislador fiscal contra la elusión fiscal que, presuntamente, se desarrolla en el seno de las relaciones de vinculación.

Y vamos a empezar por este contexto.

La modificación de las operaciones vinculadas tiene lugar mediante una ley dirigida a contrarrestar el fraude fiscal. La Exposición de Motivos de la Ley 36/2006 se muestra extraordinariamente parca al aludir al fenómeno de las operaciones vinculadas. Casi parece que la nueva regulación responde únicamente a motivos técnicos, a saber, garantizar una mejor correlación de los precios con las normas contables y la doctrina de la OCDE y otros organismos internacionales. Es lo mismo que dijo el Ministro de Economía y Hacienda en el Congreso de los Diputados el 25 de mayo del año pasado. Pero, el nuevo y extensísimo artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, a través de sus diez apartados y casi tres páginas de BOE, va mucho más allá de lo que se nos quiere hacer creer.

¹ Antes de proseguir quiero hacer una indispensable puntualización. El descubrimiento de la incongruencia a la que conduce el artículo 16.8 se debe a Gregorio RAMÓN, Inspector de Hacienda excedente y profesional de la asesoría fiscal. Fue él quien tuvo la percepción de que el precepto en cuestión abocaba a una fiscalidad inaceptable. Mi aportación ha consistido en trasponer a las correspondientes categorías jurídicas esas impresiones y enmarcarlas en un determinado contexto jurídico.

Y si, como decía, es la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal la que se ocupa de regular las operaciones vinculadas, por algo será.

La problemática de las operaciones vinculadas puede desembocar en supuestos de elusión fiscal, aunque también puede no ser así. En la STSJ Castilla y León, Valladolid, n.º 1.211/2006, se admite que en la fijación de precios de transferencia «no existe necesariamente ocultación y que obedece a una planificación fiscal de conjunto que tienda a minorar el coste tributario del grupo de los socios»².

Siguiendo a MALVÁREZ PASCUAL y MARTÍN ZAMORA, diremos que «la transferencia de bases imponibles se puede producir mediante figuras encuadrables dentro del fraude de ley o de la simulación. Estaríamos ante el primer caso cuando las partes vinculadas pagan realmente el precio declarado. Estaríamos en el segundo caso cuando dicho precio es tan solo aparente, existiendo una contradicción entre la voluntad interna y la declarada y, por tanto, una simulación relativa, que en este caso no afecta a la causa del negocio, sino a un elemento del contrato como es el precio. No obstante, la dificultad de probar el ánimo de eludir el impuesto, en el caso de fraude de ley, y el acuerdo que queda oculto a los terceros, si se trata de simulación relativa, ha provocado el establecimiento del régimen de operaciones vinculadas, con el que se pretende obviar dichas dificultades probatorias»³.

En consecuencia, cuando la incorrección atañe al valor de una operación realizada entre partes vinculadas, debe corregirse aplicando, en el ámbito de las sociedades, el artículo 16 de la Ley del Impuesto porque la verdadera finalidad del régimen de operaciones vinculadas es actuar como una medida antifraude⁴.

En la tesis de que pueda haber elusión o fraude habrá que plantearse si las conductas pueden llegar a ser sancionadas. Pues bien, existe un amplio consenso en considerar que las diferencias de valoración que son objeto de corrección mediante las reglas sobre operaciones vinculadas no merecen sanción de ningún tipo.

Los razonamientos doctrinales que conducen a esta conclusión son de distintas clases.

Un primer tipo de argumentos parte de la consideración de que, dado que de la mera relación de vinculación entre dos o más entidades no puede resultar la presunción de que las operaciones que realicen entre ellas lo sean a precios diferentes de los de mercado, es preciso que la Administración lo pruebe mediante los diversos métodos previstos en la ley. A partir de esos métodos la Administración podrá probar la diferencia de valor pero a donde no llegará es a demostrar que la indicada diferencia resulta de una decidida intención del contribuyente de eludir el impuesto, máxime cuando en

² FJ 6.º de la Sentencia de 16 de junio de 2006, dictada por la sección 3.ª, siendo ponente el Ilmo. Sr. don Agustín PICÓN PALACIO.

³ *El Impuesto sobre Sociedades. Régimen general*. CEF. Madrid. 1998. Pág. 851.

⁴ AGULLÓ AGÜERO, Antonia: «Operaciones vinculadas», en *Estudios sobre el Impuesto de Sociedades*, Comares, Granada, 1998. Pág. 170.

el ámbito de las valoraciones la indeterminación es muy notoria. En consecuencia, teniendo presente que la base de la corrección de valor descansa en una presunción, puede admitirse su utilidad a los efectos liquidatorios de la deuda tributaria pero, de acuerdo con los principios que rigen en derecho sancionador y particularmente el de presunción de inocencia, no puede llegar a imponerse una sanción sobre la base de semejante fundamento ⁵.

Sin apartarnos del principio de culpabilidad, conviene subrayar que la Audiencia Nacional exime de sanción casos de operaciones vinculadas apelando a dicho principio de culpabilidad y a su recepción por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la del Tribunal Supremo y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el plano del Derecho Tributario aprecia, también, una interpretación razonable de la norma que actúa como circunstancia eximente cuando no existe ocultación en la declaración del contribuyente (Cfr. Sentencia de 4 de noviembre de 2004, rec. núm. 406/2001; ponente: Sr. Jesús M.^a CALDERÓN GONZÁLEZ –caso Grand Tibidabo–).

Una tercera opinión es la de quienes sostienen, apelando al principio de tipicidad, que no se puede apreciar violación de ninguna norma jurídica que permita aplicar una sanción. En efecto, si se tiene presente el tenor literal y el mismo sentido del artículo 16.1, se comprenderá que, al menos hasta la Ley 36/2006, solo a la Administración compete valorar las operaciones vinculadas por el valor normal de mercado. Por consiguiente, si el contribuyente no está obligado a consignar en sus autoliquidaciones una valoración de las operaciones de acuerdo con la regla del valor de mercado, «evidentemente, no se puede sancionar al contribuyente por no haber efectuado un comportamiento que la ley no le permite realizar» ⁶.

En definitiva, como dice la STSJ La Rioja n.º 389/1998, de 19 de junio (ponente: Ilmo. Sr. don Valentín DE LA IGLESIA DUARTE), *«siendo doctrina aceptada ... que la apreciación de una operación vinculada no implica, por sí, la existencia de una conducta infractora, tampoco cabe apreciar la existencia de esta en el simple hecho objetivo de que con ella se produzca en definitiva un perjuicio para la Hacienda Pública si no existe algún grado de culpa en la conducta que origina tal resultado»* (FJ 8.º).

Además, en sentido estricto, la deuda tributaria que autoliquida el contribuyente con arreglo a unos valores que luego son objeto de rectificación administrativa no es la verdadera deuda que le corresponde ingresar. Esta solamente surge a partir de la liquidación administrativa, realizada ya conforme a Derecho y en cumplimiento del artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. De ahí que la Audiencia Nacional en su Sentencia de 14 de octubre de 2004 (rec. núm. 134/2002; ponente: Sr. Fco. José NAVARRO SANCHÍS) afirme que *«la valoración efectuada por la Administración, válida a efectos de determinación de la base, no puede servir de fundamento a la imposición de una sanción, que se fundaría así en datos y cuantías imposibles de conocer al tiempo de dar cumplimiento al deber de declarar y de ingresar la deuda tributaria»*.

⁵ MALVÁREZ PASCUAL y MARTÍN ZAMORA, *op. cit.* Págs. 857 y 875.

⁶ Es esta una opinión compartida por una selecta doctrina: MALVÁREZ PASCUAL y MARTÍN ZAMORA (*op. cit.* Pág. 875); SANZ GADEA (*Impuesto sobre Sociedades*, CEF, Tomo II. Madrid. 2004. Págs. 908, 909-930); y CHECA GONZÁLEZ, CLAVIJO HERNÁNDEZ, DE LA PEÑA VELASCO, FALCÓN Y TELLA y SIMÓN ACOSTA (*Comentarios a la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Régimen general*, Marcial Pons. 2000. Pág. 214; *vid.* también: LAORDEN, Javier y ARQUÉS, Jorge: *Comentarios al Impuesto sobre Sociedades*, Tomo I. Cuatrecasas. Civitas. 1998. Págs. 731-732.

Está en juego el principio de tipicidad y el derecho a prever y conocer con suficiente anticipación el contenido y extensión de los tipos infractores. El Tribunal Constitucional tiene un pronunciamiento fundamental acerca de los límites de la potestad punitiva cuando en el tipo infractor se integran magnitudes cuya valoración es particularmente dificultosa, la Sentencia de 19 de julio de 2000, declarativa de la inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta de la Ley de Tasas y Precios Públicos, a la que más tarde nos referiremos.

La Administración Tributaria, por otro lado, se ha mostrado también proclive a sustituir los expedientes sancionadores por los de rectificación sin sanción⁷. Esta postura, en sede del TEAC, puede verificarse en las siguientes resoluciones: 20 de junio de 1990; 21 de noviembre de 1990; 22 de abril de 1992; 9 de febrero de 1994; 17 de mayo de 1994; 7 de junio de 1994; 29 de junio de 1994; y 8 de febrero de 1995 (reseñadas todas ellas por LAORDEN y ARQUÉS, *op. cit.* Págs. 781-782).

2. PRESUNCIÓN Y FICCIÓN DE VALOR NORMAL DE MERCADO

El elemento sustantivo fundamental, al que hemos hecho referencia de pasada y en el que ahora vamos a detenernos, es que la corrección del valor de las operaciones se realiza por la Administración al amparo de un instrumento formidable, una presunción *iuris et de iure* de que el valor que corresponde a tales operaciones es siempre el valor normal de mercado. No hay contraposición entre norma de valoración y presunción sino que esta última se pone al servicio de la primera otorgándole una eficacia irrefragable⁸. Probablemente, cuando la Ley 36/2006 decide extender a los administrados, a las partes vinculadas, el mandato de aplicar el valor normal de mercado, incrementa la consideración del artículo 16 como una estricta norma de valoración más que una norma de presunción. Sin embargo, poco o nada se progresa en el terreno de la seguridad jurídica dado que el mandato consiste en ajustar los valores al «valor normal de mercado» y, por más que el legislador se esfuerce en sumar a la lista nuevos métodos para su determinación, seguimos hallándonos ante un concepto jurídico indeterminado cuyos perfiles borrosos e inciertos aconsejan mucha prudencia a la hora de valorar la corrección de las conductas de los administrados.

Los tribunales de justicia no han dudado en considerar el artículo 16 como una presunción *iuris et de iure*⁹, una auténtica ficción jurídica¹⁰, en fin, una «declaración legal de imperativo cumplimiento»¹¹. Esa ficción, tras la Ley 36/2006, continúa referida a la meta perseguida, el mitificado «valor

⁷ Cfr. STS de 5 de abril de 2000, de la Sección 2.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime ROUANET MOSCARDÓ.

⁸ *Vid.* STSJ Castilla y León, Burgos, n.º 293/2000, de 17 de julio; ponente: Ilma. Sra. Dña. Concepción GARCÍA VICARIO, FJ 3.º.

⁹ Cfr. Sentencias de la Sección 2.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de abril de 2005 –Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco José NAVARRO SANCHÍS–, 27 de septiembre de 2001 –Ponente: Ilma. Sra. D.ª Nieves BUISÁN GARCÍA– y 24 de mayo de 2001 –Ponente: Ilma. Sra. doña Isabel GARCÍA GARCÍA-BLANCO–. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2002 se habla de «ficción legal», «figura que aunque cercana a la presunción "*iuris et de iure*", fundamentalmente se diferencia de ella "en la racionalidad que inspira la formulación de las presunciones absolutas y que está ausente en las ficciones jurídicas, cuya fuerza emana solamente de la Ley"».

¹⁰ STSJ Madrid n.º 1594/2003, de 17 de diciembre. Sección 5.ª. Ponente: Ilmo. Sr. don Santos GANDARILLAS MARTOS, FJ 6.º.

¹¹ Resolución del TEAC de 29 de enero de 1999, vocalía 2.ª.

normal de mercado», cuya consecución se sitúa en la senda de una entelequia imposible de alcanzar ni tan siquiera con los métodos que para su determinación van engrosando el ya muy voluminoso artículo 16. Ni todos esos métodos ni cualesquiera otros que se les sumen permitirán, en muchos casos, otorgar un significado unívoco convirtiendo en una cifra aritmética acatada por todos, y en cada caso concreto, el valor «*acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia*», según dispone el apartado 1 del artículo 16.

La presunción *iuris et de iure* deja en manos de la Administración la determinación del que considera «valor normal de mercado» en tanto que excepción a la regla general de valoración contable de los ingresos y de los gastos ¹².

No hay aquí posibilidad de prueba en contra, como sí sucede con la presunción de onerosidad recogida en el artículo 3 de la Ley 61/1978 y artículo 5 de la Ley 43/1995. Para el Tribunal Supremo, la presunción del artículo 3 partía de la base de ocultación de una retribución. Como ese hecho podía rebatirse con prueba en contrario, al darse esta la presunción quedaba destruida. Por el contrario, el ajuste fiscal de los precios de transferencia partía de un presupuesto distinto, operaciones veraces y reales que nadie discute pero que no han sido valoradas conforme a los precios de mercado. No se consigue nada probando que el precio ha sido realmente otro porque a través del artículo 16.3 se hace preciso ajustarlo (Sentencia de 2 de noviembre de 1999, FJ 5.º). Tal y como puntualiza CLAVIJO HERNÁNDEZ, «estamos... ante una norma que altera las reglas de la carga objetiva de la prueba en beneficio de la Administración Tributaria, sin que admita contradicción alguna pues es irrelevante, a efectos de su aplicación, de que el precio realmente satisfecho por las partes difiera del de mercado» ¹³.

Si la concreción de la cuota impagada depende, pues, de la comparación entre la cantidad realmente abonada y otra ciertamente presunta es fácil comprender, a la luz de los criterios que rigen el Derecho sancionador, por qué la doctrina general ha sido siempre no castigar las desviaciones de valor que detectaba la Administración Tributaria. El valor de referencia ha sido siempre, por naturaleza, inaprensible e imposible de prever de un modo exacto e indubitado. Por esta razón, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 2 de noviembre de 1999 (FJ 5.º), se refiere a este mecanismo como «*un modelo fiscal que tiende a determinar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades conforme a precios teóricos de mercado*» ¹⁴.

Recapitulando, hasta la reforma operada por la Ley 36/2006 la normativa de operaciones vinculadas perseguía la valoración a precios de mercado cuando las partes en dichas operaciones mostraban relaciones de vinculación. La corrección vía ajustes fiscales de tales valores se sustentaba jurídicamente en una presunción que no admitía prueba en contrario, era competencia exclusiva de la Administración Tributaria y la acción administrativa no daba lugar a la imposición de sanciones.

¹² Sentencias de la Sección 2.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de septiembre de 2001 –Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª Asunción SALVO TAMBO, FJ 7.º– y de 24 de mayo de 2001 –Ponente: Ilma. Sra. doña Isabel GARCÍA GARCÍA-BLANCO, FJ 3.º–.

¹³ «Impuesto sobre Sociedades II», en AA.VV.: *Curso de Derecho Tributario*, Marcial Pons. Madrid. 19.ª edición. 2003. Pág. 318.

¹⁴ *Vid.* también STS de 3 de mayo de 2002.

Algunos de estos rasgos identificativos han variado, y mucho, con la Ley 36/2006. Así, ahora, la aplicación del valor de mercado debe hacerla ya el obligado tributario. El incumplimiento por su parte de determinadas obligaciones de documentación podrá ser objeto de sanción administrativa. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la potestad correctora que sigue manteniendo la Administración Tributaria.

3. EL AJUSTE BILATERAL

Nos queda un último aspecto esencial por introducir en la exposición. La corrección valorativa en que consiste el mecanismo del artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades llevaba aparejada la práctica del denominado ajuste bilateral. «El ajuste bilateral –señala CLAVIJO HERNÁNDEZ– consiste en que la corrección valorativa debe realizarse tanto para los ingresos como para los gastos y, por tanto, en las dos entidades contratantes, y se justifica en el carácter neutral que las transferencias de beneficios tienen para la Hacienda Pública. Así, en el caso en que una sociedad haya vendido, por ejemplo, a otra vinculada unos productos por un precio inferior al de mercado, el ajuste ha de practicarse, además de en la sociedad vendedora, en la compradora, de manera que, aparte del incremento a efectos fiscales del importe de la venta por la sociedad vendedora, la compradora debe incrementar el importe de la compra, a fin de restablecer la situación patrimonial a la que deriva de la valoración de la operación a precios de mercado»¹⁵. «Con el ajuste bilateral –continúa diciendo el catedrático de la Universidad de La Laguna– se consigue, en primer lugar, que la renta efectivamente derivada de la operación sea, lógicamente, la que resulte de valorar la misma teniendo en cuenta el valor normal de mercado, y además se evitan excesos de imposición y doble imposición»¹⁶.

A la prevención de esos excesos de imposición o supuestos de duplicidad impositiva se dedica el siguiente mandato de la Ley del Impuesto sobre Sociedades:

«La valoración administrativa no determinará la tributación por este impuesto ni, en su caso, por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las entidades que la hubieran realizado».

Opina SANZ GADEA que «los denominados efectos secundarios de las operaciones vinculadas no son otra cosa que el resultado de la aplicación de la norma a los hechos subyacentes a la operación vinculada, y los mandatos de los artículos 16.1 del TRIS y 15 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades no entran en conflicto con las reglas generales de aplicación de las normas, sino que las orientan en base a un principio absolutamente lógico –no gravamen de una renta superior a la habida– y a una consecuencia de dicho principio –el valor de mercado del bien o servicio objeto de la operación vinculada es válido para todas las vinculadas–»¹⁷.

¹⁵ Vid. también la STS de 9 de enero de 1996, Sección 2.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con GOTA LOSADA como ponente.

¹⁶ *Op. cit.* Págs. 319 y 320.

¹⁷ *Impuesto sobre Sociedades*, CEF, Madrid, Tomo II, 2004, pág. 934.

Recordemos este razonamiento porque más adelante servirá de base para otros posteriores que resultarán ineludibles.

En cualquier caso, esto es lo que decía el último párrafo del artículo 16.1 de la Ley 43/1995 antes de la reforma operada por la Ley 36/2006 y esto es lo que se dice también en el segundo párrafo del punto 2.º del artículo 16.1 tras la indicada reforma. Es cierto que hay alguna novedad puntual, como es que se amplía el mandato del ajuste también al Impuesto sobre la Renta de No Residentes o la marginación del mismo en caso de estimación objetiva, pero, en lo fundamental, el legislador parece estar diciendo lo mismo. Y utilizo el verbo «parecer» porque si se pone en relación el artículo 16.1 con el nuevo artículo 16.8 empiezan a surgir las distorsiones.

4. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 16.8 DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES TRAS LA REFORMA DE LA LEY 36/2006

Entramos así pues en el núcleo de nuestro análisis, el artículo 16.8 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Empieza el artículo 16.8 señalando que:

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

De este primer párrafo podrían extraerse, al menos, dos consecuencias:

En primer lugar, que la norma se está refiriendo a supuestos de vinculación en los que una de las partes es una persona física. Se llega a esta conclusión si se tiene presente que el precepto se refiere a «personas o entidades vinculadas», por un lado, y que, por otro, alude a un posible tratamiento fiscal que puede divergir en función de «la naturaleza de las rentas» puestas de manifiesto por la discordancia entre el valor convenido y el valor normal de mercado.

La referencia a «personas» parece que debe interpretarse como realizada a «personas físicas». Si se examina el elenco de supuestos de vinculación listados en el apartado 3 del artículo 16 se podrá comprobar como el término «entidad» se reserva por la ley a las personas jurídicas y entes asimilados, en los términos empleados por los artículos 1 y 7 de la ley del Impuesto sobre Sociedades. Luego, por personas entenderemos personas físicas y no jurídicas.

Al mencionar posibles tratamientos fiscales según «la naturaleza de las rentas» todavía está más claro que el precepto está pensando en sujetos pasivos del IRPF pues solo en el ámbito de este tributo, dada su configuración analítica, y nunca en el del Impuesto sobre Sociedades, cabe legalmente establecer diferentes regímenes fiscales en función de rentas de distinta naturaleza.

En cualquier caso, el primer párrafo del artículo 16.8 no deja de ser coherente con el pasaje antes citado del artículo 16.1. Es decir, advertidas unas diferencias de valoración, y sin caer en excesos de imposición o duplicidades impositivas, según previene el artículo 16.1, lo lógico y coherente, siempre y cuando una de las partes vinculadas sea persona física, es calificar la renta atribuible a dicha parte según las reglas que rigen en el IRPF aplicándole la tributación que le corresponda en función de la normativa de dicho impuesto.

Por ejemplo, detectada la venta de un bien por debajo del valor de mercado por parte de un socio persona física a la entidad en la que participa es coherente que el mayor importe de renta que se le atribuya a raíz de la corrección valorativa de la operación que haga la Administración pase a tratarse como un mayor rendimiento de la actividad económica. De tal manera, si, por ejemplo, ese socio tributara en IRPF en estimación directa simplificada ese mayor importe se sometería a las reglas de cuantificación que rigen en tales casos, en virtud de la regulación reglamentaria a la que remite el artículo 30.1 de la Ley 35/2006, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Sucede, sin embargo, que el segundo párrafo del artículo 16.8 se desliza por otra pendiente. Dicho precepto indica que:

«En particular, en los supuestos en los que la vinculación se define en función de la relación socios o partícipes-entidad, 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.»

Dado el inicio del párrafo, a raíz de la utilización de la expresión «en particular», lo lógico sería que su finalidad fuera proceder a especificar lo dispuesto en el párrafo precedente. Sin embargo, el análisis del precepto revela que el segundo párrafo del artículo 16.8 se desvincula del planteamiento seguido por el párrafo primero. No es ni consecuencia ni concreción de lo dispuesto en el mismo puesto que sirve para introducir un mecanismo recalificador de las rentas que nada tiene que ver con el problema cuantitativo que corresponde solventar a las normas sobre operaciones vinculadas¹⁸.

Obsérvese que el segundo párrafo del artículo 16.8 otorga una solución original e insospechada a dos supuestos:

- a) Si la diferencia es a favor del socio o partícipe dicha diferencia tiene «la consideración de participación en beneficios de entidades».

¹⁸ No he hallado en toda la tramitación parlamentaria de la Ley 36/2006 explicación alguna o razonamiento sobre el segundo párrafo del artículo 16.8 que me fuerce a desvirtuar mi interpretación. Ese párrafo no constaba en el Anteproyecto que se llevó a Consejo de Ministros pero sí aparece ya en el Proyecto de Ley que entró en el Congreso de los Diputados. Nuestros diputados y senadores, tan despiertos y locuaces en otras ocasiones, no formularon ni un solo comentario al respecto durante toda la tramitación parlamentaria. Quizás no entendieron el sentido del artículo 16.8 o quizás no lo estimaron relevante. *Vid.* El trabajo de Emilio CENCERRADO MILLÁN, «Los efectos del ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas», en Civitas. *REDF* n.º 133. 2007.

b) Si la diferencia es «a favor de la entidad» tiene la consideración de «aportaciones» «a los fondos propios».

El significado último de estas «consideraciones» se entiende mejor si se trasciende la contemplación de la operación que se desarrolla entre las partes vinculadas y se prolonga un eslabón más. Al fin y al cabo, la norma se refiere al «conjunto de las personas o entidades vinculadas» (art. 16.1).

Vamos a proyectar, pues, esta visión amplia con un ejemplo para, seguidamente, formular algunas observaciones.

Supongamos que un empresario, socio de una sociedad al 50 por 100, vende a esa sociedad un *stock* de mercancías. El precio de coste del *stock* es de 50, lo vende a la sociedad por 100 mientras que su valor de mercado alcanza los 500. Finalmente, la sociedad lo revenderá a un tercero por 1.000.

La declaración tributaria del socio computará un beneficio de 50 ($100 - 50$) mientras que la sociedad declarará un beneficio de 900 ($1.000 - 100$). En conjunto, las dos operaciones arrojan un beneficio de 950 repartidos del modo indicado entre el socio y la sociedad a efectos de tributación.

La regularización que lleve a cabo la autoridad fiscal deberá ceñirse al mandato del indicado artículo 16.8. De tal manera, para empezar, la renta imputable al socio será de 450 ($500 - 50$). En cuanto a la entidad, hay que estar al mandato del segundo párrafo del artículo 16.8. Ahí dice, refiriéndose al caso de que la diferencia hallada entre valor normal de mercado y valor convenido lo sea a favor de la entidad (como es el caso dado que la sociedad compra por debajo del precio de mercado), que tendrá «la consideración (...) de aportaciones del socio o partícipe a los fondos propios». El entrecomillado adquiere ahora su auténtico significado: se considera que para la sociedad lo que hay es una ampliación de capital, una operación de capital. De tal manera, la regularización administrativa no le supondrá, como sí sucedería en un «ajuste bilateral» puro, mayor gasto o más coste de adquisición. En consecuencia, el importe del beneficio obtenido a partir de la operación de reventa efectuada no disminuirá, seguirá siendo 900 porque el valor de adquisición no habrá variado como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 16.8 y a diferencia de lo que pasaría si se aplicara un ajuste bilateral ortodoxo.

En sede del socio, como indicábamos, la Administración Tributaria identificará más renta como resultado de valorar el *stock* transmitido a valor normal de mercado. Esa renta se calculará por diferencia entre el valor real de adquisición de la mercancía y el normal que tiene en el mercado, que no el de transmisión. La renta regularizada tendrá un importe de 450.

La suma de la renta correspondiente al conjunto de operaciones ya no es 950 sino 1.350. Es obvio que este resultado no es el esperable si lo que se predica es la pervivencia del ajuste bilateral. De seguir la lógica del ajuste bilateral, a mayor importe de la renta ganada por el socio mayor importe, en la misma proporción, de gasto para la sociedad. En estos casos, desde una perspectiva global, no hay sustracción a la tributación. La pérdida de recaudación, si la hay, será consecuencia de que una porción de la renta global generada en la operación tributa bajo un tributo proporcional en lugar de hacerlo en otro progresivo pero nada más salvo, en su caso, algún problema en materia de retenciones no practicadas.

A la vista está que la mecánica a la que conduce el nuevo artículo 16.8 es discordante con la letra y el espíritu del régimen fiscal de las operaciones vinculadas.

Al mudar las categorías de los flujos económicos, de un modo tan forzado como injustificado, la ley se asegura la neutralización del «ajuste bilateral». Si no existiera el segundo párrafo del artículo 16.8, en méritos al «ajuste bilateral», el incremento de renta en sede del socio se vería compensado con un aumento paralelo del importe de gasto deducible en la sociedad. Al mudarse la calificación que correspondería en términos fiscales, solamente para la entidad, uno de los dos extremos del flujo económico, se consigue cortocircuitar el funcionamiento lógico del «ajuste bilateral», al que el Consejo de Estado asignó la función de evitar el gravamen de la «renta ficticia»¹⁹. Lo que es más renta para el socio ya no es más gasto para la sociedad porque para esta la renta recibida es, por mandato de la ley, aportación de capital. En suma, se transforma una operación de renta en una operación de capital, aunque sea solo desde la perspectiva de uno de los dos polos de la operación, con el descarado objetivo de impedir que se alcance el equilibrio lógico y que cuando la sociedad revenda el *stock* compute como coste del mismo el valor normal de mercado que la propia Administración sí ha aplicado al socio a la hora de calcular su renta tributable.

Se aprecia una absoluta discordancia con el resto de la regulación de las operaciones vinculadas porque para solucionar un problema de valoraciones se procede a reclasificar las rentas en juego aplicando conceptos que van a causar mayor daño, en términos de deuda tributaria, a los sujetos intervinientes. No hay ninguna necesidad de mudar la calificación del flujo económico cuando el problema de las operaciones vinculadas apunta hacia las diferencias cuantitativas en el valor de las operaciones que se desarrollan entre las partes vinculadas. La solución que depara el artículo 16.8 se encamina a cambiar la naturaleza de las rentas. Solo para uno de los dos sujetos que intervienen procura su valoración conforme a mercado. No aspira a restablecer el valor de mercado sino a multiplicar, ficticiamente, el importe de la renta.

Es un planteamiento, además, inconstitucional porque al proceder conforme al precepto recién aprobado se produce un sobregravamen que quiebra el principio de capacidad económica. En nuestro ejemplo, la renta global generada por las operaciones realizadas ascendía a 950, mientras que la renta tras aplicar el artículo 16.8 alcanzaba los 1.350, esto es, se generaba un incremento ficticio de 400 que supone elevar considerablemente la base imponible para el conjunto de la riqueza atribuible a la operación. Profundizaré enseguida en los perfiles inconstitucionales del mecanismo previsto en el artículo 16.8 pero no quiero ahora romper el hilo de mi exposición.

Es muy llamativo que la norma que analizamos se muestra contradictoria con otro apartado del mismo artículo 16. Recuérdese que en el segundo párrafo del artículo 16.1.2.º se proclama que *«la valoración administrativa no determinará la tributación por este Impuesto ni, en su caso, por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o por el Impuesto sobre la Renta de No Residentes de una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las personas o entidades que la hubieran realizado»*. No se puede admitir una interpretación reduccionista de este

¹⁹ En su Dictamen sobre el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades. *Vid.* nota 15 en AGULLÓ AGÜERO y ESTEVE PARDO: «Régimen tributario en las operaciones entre sociedades vinculadas», en *Presente y futuro de la imposición directa en España*, AEDAF. Lex Nova. 1997. Pág. 606.

artículo en el sentido de considerar que se circunscribe exclusivamente a la operación vinculada pues, como se ha visto, las consecuencias negativas cuando se manifiestan en toda su crudeza es con posterioridad, al producirse las subsiguientes operaciones y trasladar a las mismas las consecuencias valorativas que impone el artículo 16.8.

Tampoco es de recibo decir que únicamente se perjudica al socio de forma directa ya que a la sociedad la obliga a estar a lo inicialmente declarado y pechar con las consecuencias. Pero es que para el socio el perjuicio es mayúsculo y desproporcionado pues, aparte de la tributación de la mayor renta que afrontará fruto de la regularización que sufra en su persona, la sobretributación ficticia que recae sobre la sociedad le repercute también a él en la medida en que, volviendo a nuestro ejemplo, la mitad de la renta que gana la sociedad se le debe atribuir a él como socio y titular del 50 por 100 del total del capital social.

A la misma estremecedora conclusión se llega si la situación que se da es la otra contemplada, «en particular», por el segundo párrafo del artículo 16.8: aquella en la que «la diferencia» entre el valor normal de mercado y el valor convenido *«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»*.

Veámoslo también a través de un ejemplo.

La sociedad vende al socio, por 100, un *stock* que adquirió por 50, si bien su valor normal de mercado alcanza los 500. El socio lo revende luego a un tercero por 1.000.

La declaración de la sociedad presenta un beneficio de 50 ($100 - 50$) en tanto que el socio declara una renta de 900 ($1.000 - 100$). En conjunto el beneficio global de la venta más la reventa arroja un importe de 950.

La regularización, con el artículo 16.8 en la mano, implicará que se compute la venta de la sociedad al socio por el valor normal de mercado, esto es, por 500, de modo que la sociedad ve incrementado su beneficio tributable hasta 450 ($500 - 50$). Respecto del socio, y según se ha visto, en la medida en que la diferencia de valores le favorece al haber adquirido unos elementos por un precio inferior al de mercado, se considerará que ese mayor valor son dividendos («participación en beneficios de entidades»).

La transformación de renta en dividendos tiene unas consecuencias extraordinarias:

- Para la sociedad equivale a retribución del capital social, no deducible, por tanto, a efectos de su Impuesto sobre Sociedades.
- Para el socio no deja de ser más renta tributable. Pero, además, y sin apartarse un ápice de lo que antes hemos visto, cuando el socio haga la reventa ya no contará con un mayor valor de coste en un importe equivalente a la valoración según mercado de lo que adquirió por debajo del mismo, sino que su coste de adquisición será el que en su momento declaró.

Por tanto, la segunda venta sigue arrojando un beneficio de 900. Si se suma este beneficio al de la primera venta volvemos a tener que la renta global devengada sometida a tributación en su conjunto a causa de las operaciones descritas, tras procederse a su regularización, asciende a 1.350. De esos 1.350 de beneficios hay una porción, 400, que es completamente ficticia.

Semejante mecanismo, ha de derivar, de un modo directo y también indirecto, en un incremento ilegítimo de la recaudación tributaria. Directamente porque ya vemos que una porción de las bases imponibles no será real sino ficticia, generada mediante una suerte de norma sancionadora encubierta. E indirectamente porque el temor a caer en la órbita de aplicación del artículo 16.8 impulsará, instintivamente, a los contribuyentes a elevar preventivamente la valoración que pensaban hacer de sus operaciones. El artículo 16.8 adquiere así, en fin, los perfiles propios de una sanción dirigida tanto a castigar como a disuadir²⁰.

5. LA PRESUNCIÓN DE SIMULACIÓN EN LA BASE DEL NUEVO ARTÍCULO 16.8

Antes de exponer la consideración que merecen los nefastos efectos, por inconstitucionales, a los que puede llevar el artículo 16.8 es preciso resaltar lo siguiente:

La cláusula del artículo 16.8 que centra esta exposición y que tanta perplejidad causa no carece de antecedentes doctrinales e incluso legales. La profesora GARCÍA-HERRERO BLANCO y también SANZ GADEA aluden a ellos. La profesora de la Universidad Complutense ubica los precedentes en la doctrina y jurisprudencia alemanas²¹ en tanto que SANZ GADEA menciona como precedente el artículo 17 del Texto Refundido del Impuesto sobre las Rentas del Capital de 1967²². Tampoco esos referentes van a convalidar la solución jurídica que adopta en España el legislador de 2006 con el artículo 16.8 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aunque sí nos obligan a dedicar un tiempo a su examen.

El artículo 17 del Texto Refundido del Impuesto sobre las Rentas del Capital (1967), efectivamente señalaba lo siguiente:

«En los casos de enajenación de los efectos u otros elementos del activo tendrá la consideración de beneficio distribuido la parte del incremento del valor computado en el Impuesto sobre

²⁰ Hay que reseñar también la incógnita que subyace en otro punto del segundo párrafo del artículo 16.8. Dice la ley que la diferencia entre el valor normal de mercado y el convenido por las partes tendrá para el socio o participe la consideración de participación en beneficios «en la proporción que corresponda al porcentaje de participación en la entidad». Dicho de otro modo, y según el último ejemplo, si el socio tiene el 50 por 100 del capital de la sociedad, la mitad de la diferencia tendrá la consideración de participación en beneficios. Pero, ¿y el resto? No parece posible volver atrás, al párrafo anterior, y considerar que se trata de mayor beneficio de la actividad económica, ni de ganancia patrimonial, dado que el segundo párrafo del artículo 16.8 se abre con una expresión harto significativa, «en particular», de la que se desprende la voluntad de concretar un tratamiento fiscal distinto al previsto en términos generales en el párrafo precedente cuando señala que «... la diferencia entre ambos valores tendrá para las personas o entidades vinculadas el tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia». Aterra pensar que llegue a considerarse como una donación o incremento de patrimonio lucrativo del socio por las consecuencias fiscales que ello puede suponer para él.

²¹ *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, Madrid, 2001. Págs. 37 a 46.

²² *Impuesto sobre Sociedades*, *op. cit.* Págs. 935 a 941.

Sociedades determinada por la diferencia que, en su caso, exista entre el valor de enajenación contabilizado y el que realmente tenga en el mercado el elemento enajenado o cedido».

Entiende SANZ GADEA que aunque la regla no distinguía a nadie en concreto a la hora de aplicarse sí tenía particular sentido en el ámbito matriz-filial. En este contexto la traslación de beneficios por parte de la filial a la matriz, aun identificándose como reparto de dividendos, se veía mitigada por la aplicación de la deducción por doble imposición de dividendos en relación con los dividendos (beneficio distribuido) percibidos, siempre según el esquema trazado. Si la operación funcionaba en sentido inverso, transfiriéndose el resultado a la filial ya no hay transferencia de resultados sino, se dice, de capital.

Para el citado autor la Administración Tributaria rehúsa entrar «en la complicada senda de la calificación como aportación de capital y» prefiere «transitar por la más imperfecta, pero más sencilla, de limitarse a sustituir el valor efectivo por el valor normal de mercado». Y es que, continúa diciendo, «esta cadena de calificaciones, por muy ortodoxas que puedan ser o parecer desde el punto de vista de las relaciones jurídicas del contrato de sociedad, complican notablemente la aplicación del tributo, a tal punto que hace claramente preferible la regularización por simple sustitución de valor».

No puedo compartir en modo alguno la valoración que hace en el sentido de que es más perfecta u ortodoxa la fórmula recalificadora, a la que hoy se adscribe el artículo 16.8 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, pero que ha de preferirse su aplicación por la complicación que acarrea.

Dice SANZ GADEA que «la operación vinculada es el cauce a través del cual el socio obtiene el "lucro repartible"». Pero que la operación vinculada actúe como contexto en el cual, hipotéticamente, se produzca esta combinación de operaciones formales y operaciones reales no habilita a la aplicación, sin más, de las reglas establecidas hoy en el artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Las reglas del artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades son, sin excepción, reglas de valoración, sustentadas en mecanismos presuntivos, dirigidas a velar por una declaración de la base imponible cuyo importe se ajuste al que resultaría si las operaciones se hubieran desarrollado entre sujetos sin relaciones de vinculación. El problema a solventar mediante las reglas del artículo 16 surge, como ya se ha indicado, del precio que se asigna a las transacciones cuando estas se desarrollan entre partes unidas por determinados vínculos. De tales vínculos se desprende, con un razonable nivel de probabilidad, la pérdida de independencia de las partes, la devaluación del principio de la libre competencia y de la ley de la oferta y la demanda y la práctica desaparición de los intereses contrapuestos, en definitiva reglas y principios que, cuando no hay vinculación entre los agentes económicos, actúan como estabilizadores en el sentido de garantizar la normalidad jurídica y económica en las relaciones, que es lo que la ley fiscal desea y ampara. Por consiguiente, las reglas de valoración de las operaciones vinculadas buscan restablecer la normalidad en materia de precios, cortando posibles vías indirectas de transferencias de beneficios que desfiguran la verdadera capacidad económica de las partes ²³.

A partir de ahí es un hecho asumido, en principio, que la ley obligue, mediante la ficción de los precios a valor de mercado, restablecer la normalidad allí donde haya cedido por la fuerza de los intereses comunes. Pero se trata, en todos los casos, de operaciones reales ²⁴. La elusión que, en definitiva,

²³ GARCÍA-HERRERO BLANCO, *op. cit.* Págs. 35 y 36.

²⁴ STS de 2 de noviembre de 1999.

se quiere combatir afecta al importe de la cuantía de las operaciones pero no a la naturaleza de las mismas. Nada justifica proceder a modificar los hechos imponible realizados, porque eso es lo que sucede si se acepta la hipótesis de una ampliación de capital, un hecho gravado por el Impuesto sobre Operaciones Societarias. Nada ampara este proceder, ni tan siquiera el hecho de que, en función de una perspectiva económica de los hechos, o de su plasmación contable, pueda resultar para alguien una percepción de los mismos distinta de la que deriva de su contemplación desde un punto de vista jurídico. El ordenamiento tributario es parte del ordenamiento jurídico y no puede permitirse su contaminación con maniobras de este tipo, completamente contrarias al principio de seguridad jurídica.

Si un socio vende barato un inmueble a la sociedad en la que participa para que el posterior beneficio de la reventa quede en sede social lo que se busca es que el beneficio tributable se coloque en sede de aquel sujeto pasivo que más conviene. Si las operaciones son ciertas y verdaderas, el reequilibrio se obtendrá a base de distribuir el beneficio entre las bases imponibles de los sujetos concernidos, pero no dejará de haber dos compraventas, la primera del socio a la sociedad y la segunda de la sociedad al tercero. No habrá, en la normalidad de los casos, aportaciones de capital.

El reajuste en las cuantías es ya de por sí un tema delicado pues el punto de partida es la admisión de una ficción como base de la potestad valorativa que hasta 2006 descansaba en exclusiva en la Administración. Ya es bastante inseguro, en términos estrictamente jurídicos, que la base imponible del Impuesto sobre Sociedades se determine a partir del resultado al que conducen las normas contables, y que dicho resultado se excepcione mediante ajustes extracontables para que, entre dichas excepciones, irrumpa con fuerza el artículo 16. Pero, si a esto se añade una cláusula como la del apartado 8 del citado artículo 16 salido de la reforma de la Ley 36/2006 las cosas suben de tono.

El artículo 16 de la Ley 43/1995 previo a la reforma es plenamente coherente con lo que se acaba de exponer: articula un mecanismo de corrección de valores en el seno de una norma antielusión centrada en la adecuación de los importes manejados en operaciones reales y verdaderas. Pero el nuevo apartado 8 contiene algo completamente diferente. El apartado 8 parte de operaciones que deben ser recalificadas jurídicamente, pero no porque lo requieran por su propia idiosincrasia sino como consecuencia de las discrepancias valorativas que se aprecian en relación con las mismas. El apartado 8, en fin, es fruto de una interpretación económica de las operaciones habidas que se caracteriza por la emisión de un juicio a partir del resultado alcanzado. La interpretación económica de las normas tributarias fue desautorizada expresamente por el legislador fiscal de la Ley 25/1995 al reformar el artículo 25 de la LGT entonces vigente. De interpretación económica es, sin duda, de lo que se trata.

Es inútil intentar justificar la norma recalificadora en que consiste hoy el artículo 16.8 pretendiendo que es lógica si se atiende al criterio de operaciones *causa societatis* para poder recomponer las realmente acontecidas. Semejante recalificación parte, al menos implícitamente, de la existencia de simulaciones totales o parciales en las operaciones realizadas en la medida en que se faculta a la ley para establecer la que se considera auténtica naturaleza jurídica que a las mismas corresponde. Pues bien, si hay que combatir simulaciones o supuestos de fraude de ley nuestro ordenamiento ya cuenta con las armas necesarias (arts. 14 y 15 LGT). Claro que puede existir un inconveniente si el planteamiento que prima es el más expeditivo: es preciso probar la irrealidad de unos hechos y la realidad de los que se estiman ciertos y reales. Debe ser posible demostrar que detrás de tal o cual operación de venta hubo una intención clara de permitir incrementar los fondos propios de una entidad en detrimento

to de fondos ajenos, o de allegar más capital a la sociedad, que son algunas de las causas que motivan una ampliación de capital de acuerdo con la jurisprudencia²⁵. Por ello, probablemente, para poder prescindir de tortuosos procedimientos en los que la facultad de probar no es de fácil desarrollo, se ha puesto a disposición de la Administración el mecanismo extraordinario del artículo 16.8.

La profesora GARCÍA-HERRERO BLANCO sugiere que este tipo de mecanismos puede hallar algún apoyo en la Directiva 69/355/CEE del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos directos que gravan la concentración de capitales, cuando su artículo 4.2 b) consiente a los Estados miembros gravar con el «derecho de aportación» la operación consistente en el incremento del patrimonio social de una entidad como consecuencia de prestaciones efectuadas por un socio que tengan como contrapartida una modificación de sus derechos sociales o un aumento del valor de sus participaciones. La cita no parece que venga al caso. El supuesto contemplado en la Directiva no parece que encierre ocultación alguna de la operación y, además, o en cualquier caso, esta resulta identificable por sus efectos últimos: la modificación de los derechos sociales del aportante o el incremento del valor de sus participaciones. Precisamente de lo que hay que quejarse es de que el artículo 16.8 a nada de esto se refiere y si no lo hace es porque no está pensando en operaciones transparentes, en las que aquellos efectos sean fáciles de conocer, sino en operaciones gobernadas por la opacidad y las dobles intenciones. Dicho de otro modo, el segundo párrafo del artículo 16.8 solo se puede admitir como norma antisimulación, razón por la cual no tiene cabida en un precepto pensado, ahora y siempre, para combatir discrepancias cuantitativas.

Poco coherente es, en cualquier caso, que el legislador recurra ahora a la interpretación económica pero es que, además, la solución legal tampoco resulta convincente por otras razones. Y es que muchas cosas quedan en el aire y en una materia en la que con toda fuerza rige el principio de legalidad no se puede dejar su concreción a la simple inercia. Por ejemplo, la aplicación de la deducción por doble imposición de dividendos, ya sea en sede de Impuesto sobre Sociedades o en IRPF, no está prevista en ninguna parte del artículo 16. Los efectos que desde el punto de vista mercantil pueden llegar a desencadenarse en los casos en los que hay que presuponer aportación de capital, menos aun: ¿aumentará el patrimonio de la sociedad cuando se estime que se produce aportación de activos?

En resumidas cuentas, el gran obstáculo con el que cuenta el artículo 16.8 es que incorpora una ficción a la que se llega por medio de una interpretación económica que no respeta la juridicidad del hecho imponible del impuesto. El hecho imponible, señala la LGT (art. 20), es solo jurídico y, además, debe someterse a los principios constitucionales.

6. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 16.8 DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

Refiriéndose al nuevo segundo párrafo del artículo 16.8, SANZ GADEA ha dicho que «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 –continúa diciendo– prevalece por encima de todo, incluso aunque la realidad demostrase que es errónea. Entonces existirá una divergencia

²⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de diciembre de 2004, sección 2.ª, FJ 9.º: Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco José NAVARRO SANCHÍS.

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»²⁶. El autor llama la atención sobre el funcionamiento inexorable del precepto. Pero si se impone sobre la realidad es porque descansa sobre una presunción *iuris et de iure* o, mejor dicho, sobre una ficción.

Quienes han analizado la diferencia entre la presunción *iuris et de iure* y la ficción jurídica, como los profesores ROZAS VALDÉS²⁷, PÉREZ DE AYALA²⁸ y PÉREZ DE AYALA BECERRIL²⁹ destacan que en la presunción cabe realizar un juicio de probabilidad que permita sostener que lo presumido puede llegar a coincidir con lo cierto y real. Por el contrario, en la ficción jurídica se prescinde por completo de la probabilidad de acierto y la ley se conforma con establecer una verdad formal que logra prevalecer por el imperio de la ley.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1995³⁰, hay un párrafo que es muy útil para precisar estos conceptos:

«Las presunciones legales se basan en una correlación probabilística que permite mantener que si se da el hecho base hay muchas probabilidades de que se cumpla el hecho consecuencia; por ello, la propia Ley hace este razonamiento, imponiendo la existencia del hecho consecuencia, que considera probado, con posibilidad de prueba en contrario (presunción iuris tantum), en cuyo caso sí admite posibilidad distinta, o sin prueba alguna (presunción iuris et de iure), es decir, sin posibilidad alguna de contrario. En la fictio legis no hay correlación alguna entre el hecho base y el presupuesto jurídico que impone la norma, es más, esta intencionadamente trastoca la realidad, la modifica, la altera, para así conseguir el efecto que pretende, de modo que la fictio legis es siempre analógica».

El recurso a la ficción como instrumento en la lucha contra el fraude y la elusión no es infrecuente en nuestro ordenamiento, lo cual no significa que haya que considerarlo un recurso que válidamente, y en todo caso, pueda ponerse a disposición de las autoridades fiscales. Cuando la ficción en tanto que instrumento al que acuden las leyes fiscales se despega por completo de la realidad existe el riesgo de que se conculque el principio de capacidad económica. En palabras de PÉREZ DE AYALA BECERRIL, si la norma se aparta de la realidad, de la riqueza que se somete a gravamen, para acoger una realidad diferente o desvirtuarla hasta llegar a su desnaturalización, «entonces se estará creando una ficción de Derecho en desacuerdo con los postulados de la capacidad económica»³¹.

Un ejemplo de utilización de la ficción para combatir maniobras elusivas o, al menos, el ahorro fiscal que deriva de la planificación, nos lo brinda la Ley del Impuesto sobre Sociedades en la particular regulación que hace de la subcapitalización. La subcapitalización puede considerarse un problema de ámbito internacional muy extendido entre empresas vinculadas. Consiste, como bien

²⁶ «Modificaciones introducidas en el Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 35/2006 y 36/2006», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF. N.º 287. Febrero 2007. Pág. 41.

²⁷ *Presunciones y figuras afines en el Impuesto sobre Sucesiones*, Marcial Pons. Madrid. 1993. Pág. 40 y ss.

²⁸ *Las ficciones en el Derecho Tributario*, Edersa. Madrid. 1970.

²⁹ *Los fenómenos encubiertos de doble imposición en el Derecho español*, Cedecs. Barcelona. 1998. Pág. 93 y ss.

³⁰ Citada por PÉREZ DE AYALA BECERRIL en la pág. 103 de su libro.

³¹ *Op. cit.* Pág. 159.

recuerdan CORDÓN EZQUERRO y GUTIÉRREZ LOUSA³², en el abuso de las ventajas fiscales que derivan del recurso a la financiación ajena, al préstamo, por parte de las empresas, ventajas que podemos cifrar en el ahorro del Impuesto de Operaciones Societarias (hechos imposables constitución y ampliación de sociedades) y en la posibilidad de deducir los intereses de la base del Impuesto sobre Sociedades. Además, los convenios internacionales pueden deparar otros alicientes en detrimento de la otra opción que se debe barajar, la capitalización de la empresa³³.

En cualquier caso, en España, como reacción, el artículo 20 de la Ley 43/1995 dispone que ante un exceso de endeudamiento los intereses que se devenguen por encima de un determinado nivel pasarán a considerarse dividendos. Tal y como sucede ahora con el artículo 16.8, la medida antielusión reside en una ficción legal materializada en una recalificación de los importes cuyo resultado último es una tributación agravada³⁴. De hecho, la actual regulación de la subcapitalización recurre al mismo tipo de recalificación que el artículo 16.8, al menos en parte. Obsérvese que cualquier renta que, a causa de una recalificación por puro y simple designio legal, se transforme en dividendos conducirá a que quien, presumiblemente, los paga pierda la opción a tener un gasto deducible. Sucede claramente cuando los intereses se mudan en dividendos, como está previsto en la subcapitalización provocando que la vía del endeudamiento deje de ser fiscalmente rentable. Y sucede también en el segundo párrafo del artículo 16.8 cuando la diferencia de valoraciones es favorable al socio.

Este mecanismo puede disgustar pero, al menos, la ley deja abierta una vía para que el sujeto pasivo pueda moderar el impacto de la norma antisubcapitalización. La norma le permite probar que su endeudamiento es similar al obtenido en condiciones normales de mercado, de forma que, en la práctica, la presunción se destruye con prueba en contrario eliminando el efecto nocivo que la ficción proyecta sobre la naturaleza de la remuneración del préstamo. Se trata de los denominados acuerdos previos sobre fijación de coeficientes. Este es el punto clave para aceptar este tipo de mecanismos: que se permita aportar prueba dirigida a su destrucción o neutralización. Lo dice el TJCE en su Sentencia de 13 de marzo de 2007 (Asunto C-524/04, *Test Clamaints in the Thin Cap Group Litigation/Commissioners of Inland Revenue*): es admisible que una legislación nacional califique los intereses como beneficios distribuidos si su objetivo es excluir de ventajas fiscales los montajes puramente artificiales, carentes de «*motivos comerciales reales*», pero, para ello, debe prever un «*examen de elementos objetivos y verificables para determinar si una transacción presenta el carácter de un montaje puramente artificial con fines exclusivamente fiscales*» a fin de que dicha legislación «*no vaya más allá de lo necesario para evitar prácticas abusivas*». Postula, en consecuencia, que el contribuyente pueda presentar, «*sin estar sujeto a restricciones administrativas excesivas, elementos relativos a los posibles motivos comerciales por los que se celebró dicha transacción*».

En otras ocasiones, sin embargo, el legislador fiscal no ha dudado en recurrir a ficciones más burdas.

³² «El tratamiento jurídico-tributario de la subcapitalización», en AA.VV.: *Manual del Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales. Madrid. 2003. Pág. 400 y ss.

³³ De todas formas, conviene relativizar la necesidad de una cláusula de este tipo, pues no está presente en todos los países, como pasa con Brasil. Cfr. TAVEIRA TORRES, Heleno: «Juros sobre capital próprio-autonomía privada nos investimentos societários e suas implicações em matéria tributária», en «Direito Tributário Internacional aplicado». Vol. IV. Quartier Latin, São Paulo. 2007. Pág. 360.

³⁴ Cfr. CLAVIJO HERNÁNDEZ, *op. cit.* Pág. 328; SANZ GADEA, *Impuesto sobre Sociedades, op. cit.* Pág. 1.285.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un supuesto con el que el artículo 16.8 que examinamos guarda una enorme similitud. Me refiero al caso de la disposición adicional cuarta de la Ley 8/1989, de Tasas y Precios Públicos, objeto de la Sentencia 194/2000, de 19 de julio, que la declaró inconstitucional expulsándola de nuestro ordenamiento jurídico.

Recordemos el sentido de la citada disposición adicional cuarta de la Ley de Tasas y Precios Públicos. Esa norma estipulaba que, cuando, en el caso de transmisiones onerosas por actos *inter vivos*, la comprobación a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales pusiera de manifiesto un valor superior en más del 20 por 100 respecto del declarado, cuantificándose dicho exceso en más de 2 millones de pesetas, para el transmitente y para el adquirente, en relación con ese exceso, se producirían las repercusiones tributarias propias de los incrementos patrimoniales derivados de transmisiones a título lucrativo. Esto último significaba que, al margen de la cantidad adicional que por el Impuesto sobre Transmisiones pudiera corresponder, sobre el exceso que se acaba de indicar, el adquirente debía tributar como una donación, con el efecto agravatorio que significaba someter esta parte de renta presunta a una tarifa altamente progresiva cuando se trataba de una persona física. Al transmitente, por su parte, le correspondía tributar por la misma cuantía como un incremento de patrimonio gravado, según el caso, por el IRPF o por el Impuesto sobre Sociedades.

La STC 194/2000 determina que la verdadera finalidad de esta disposición es impedir que se declaren valores distintos, por inferiores, de los reales y verdaderos (FJ 5.º). Este objetivo cuenta, desde luego, con amparo constitucional: *«la lucha contra el fraude fiscal es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos, singularmente al legislador y a los órganos de la Administración Tributaria»* (STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 3.º). *«Con todo –puntualiza el TC–, es evidente que el hecho de que el fin sea constitucionalmente legítimo no significa que también lo sean los medios concretos utilizados para alcanzarlo. Por ello, tanto si se adoptan medidas de carácter tributario como si se recurre a medidas sancionadoras deberán respetarse los preceptos constitucionales aplicables a cada una de estas figuras y, en especial, los principios del artículo 31.1 CE respecto de las primeras y los artículos 25 y 24 CE respecto de las segundas»*.

Al analizar la disposición adicional cuarta, la Sentencia (FJ 7.º) repara en que tal y como está construida esa norma no tiene como únicos destinatarios los defraudadores. Razona que existen motivos diversos para justificar una divergencia entre el valor declarado y el que la Administración estima tras la comprobación. Uno de ellos puede ser el ánimo de defraudar pero puede haber otros tan respetables como la situación coyuntural del mercado, la necesidad imperiosa de obtener liquidez que puede compeler a bajar precios o, en cualquier caso, la dificultad para determinar los precios de mercado. En este sentido, el Tribunal trae a colación que si el punto de referencia ha de ser el «valor de mercado» esta no deja de ser una «magnitud indeterminada». Por todo ello, el precepto en cuestión lo que establece es una presunción *iuris et de iure* de defraudación siempre que se den las señaladas diferencias entre los valores declarado y comprobado. A partir de aquí, la reacción del legislador se configura a través de una ficción –dado que no admite prueba en contrario–, la ficción de que existe un acto de liberalidad. Ficción, por otra parte, harto incongruente porque implica que una misma operación, por tramos, puede ser contemplada primero como compraventa y luego como donación. Ficción, en fin, que el Tribunal Constitucional no duda en calificar carente de toda justificación razonable y, por tanto, arbitraria (FJ 8.º).

Esta parte del análisis culmina apreciando la infracción del principio constitucional de capacidad económica (FJ 8.º) en la medida en que se somete a tributación una riqueza inexistente, aquella que existe únicamente como fruto de la ficción legal que afirma, como colofón del negocio jurídico verdadero, la existencia de una liberalidad en cuanto al considerado exceso de valor no declarado por el contribuyente³⁵.

En suma,

«aunque la finalidad perseguida sea constitucionalmente legítima –la lucha contra el fraude fiscal–, la prestación tributaria no puede hacerse depender de situaciones que no son expresivas de capacidad económica porque, siendo muy amplia la libertad del legislador a la hora de configurar los tributos, este debe, "en todo caso, respetar los límites que derivan de dicho principio constitucional, que quebraría en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea no ya potencial sino inexistente o ficticia"» (STC 221/1992 y 214/1994).

Desde el punto de vista de los principios que rigen el Derecho sancionador, la conclusión a la que llega es igualmente demoledora.

Contemplando la disposición adicional cuarta como una norma de contenido sancionador, es preciso examinar si respeta las exigencias de *lex certa* o taxatividad en la descripción de los tipos infractores derivadas del artículo 25 de la CE. El principio de seguridad jurídica, además, obliga a poder predecir, «con un grado suficiente de certeza» las conductas que constituyen infracción y el tipo de sanción que corresponde a las mismas (FJ 9.º). En este punto hay que traer a colación, de nuevo, la relevancia que tiene para la adecuada comprensión del problema que la comisión de la supuesta infracción se encuentra en relación con un concepto sumamente vago, el «valor real». Admite el Tribunal que el ordenamiento tributario confiera a la Administración una amplia esfera de apreciación a la hora de determinar dicho valor, pero esa amplitud resulta excesiva desde el punto de vista sancionador: *«la Ley, ni define qué debe entenderse por valor real, ni especifica qué criterios o parámetros ... deben tenerse en cuenta a la hora de fijarlo»*. De tal modo, *«la imposibilidad de cifrar "a priori" el "valor real"... constituye, sin embargo, un escollo insalvable para definir el tipo infractor»*. *«En definitiva, la formulación de la disposición adicional cuarta de la LTPP no permite al ciudadano predecir con suficiente grado de certeza la conducta que constituye infracción, indeterminación de la conducta infractora que vulnera las exigencias de taxatividad que derivan del artículo 25.1 CE»*.

La larga remisión a la STC 194/2000 encuentra su justificación en la identificación de una serie de criterios que son extrapolables a un análisis constitucional del artículo 16.8, que es lo que corresponde hacer ahora.

La sentencia ejecuta un análisis bifronte que debe ser reproducido en el caso del artículo 16.8. Por un lado, hay que analizar si el precepto es suficientemente respetuoso con el principio de capa-

³⁵ El Tribunal Constitucional peca, acaso, de cierta ingenuidad, cuando afirma que es inhabitual que la prevención del fraude fiscal se haga mediante amenazas de aumento de gravamen. Olvida, en este punto, algunos casos conocidos, sin ir más lejos la subcapitalización, a la que acabamos de referirnos. De todas formas, es saludable que propugne la utilización de figuras tributarias solo como medio de gravar riqueza y solo aquella riqueza que realmente exista, dejando para las medidas de carácter punitivo la función de prevención y lucha contra el fraude fiscal (FJ 8.º).

cidad económica. Por otro lado, debe verificarse si cumple adecuadamente las exigencias constitucionales de una norma de naturaleza sancionadora. Y es que, al igual que sucedía con la disposición adicional cuarta, ambas perspectivas confluyen en el artículo 16.8.

En la medida en que el artículo 16 se concibe como una norma antielusión empezaremos por la perspectiva del Derecho sancionador.

El artículo 16.8 adolece de las mismas carencias que la disposición adicional cuarta de la Ley de Tasas.

Empieza por presumir una actitud fraudulenta en las partes vinculadas en todos los casos en los que la valoración que estas declaran no coincide con el valor normal de mercado estimado por la Administración. Ya hemos señalado que la jurisprudencia admitía que la discrepancia de valores podía deberse a otras razones. De hecho, el elemento central de toda la regulación de las operaciones vinculadas sigue siendo el «valor normal de mercado» sin que los esfuerzos realizados por la Ley 36/2006 en el sentido de incrementar los métodos que permitan aquilatarlo hayan solucionado el problema de la indeterminación del concepto en cuestión.

Se presume, al igual que sucedía antes, que toda operación entre partes vinculadas debe valorarse por «valor normal de mercado». Luego, pervive la presunción *iuris et de iure* en los mismos términos. Lo que sucede, y esta es la novedad, es que el artículo 16.8 prevé determinadas consecuencias que ya no se dirigen a permitir la aplicación de dicho valor, como sería lógico en el juego de una presunción de esta naturaleza. El artículo 16.8, como ya se ha visto, va más allá del mero restablecimiento de la corrección valorativa e impulsa un incremento de la tributación que ya nada tiene que ver con la extensión del valor normal de mercado a las operaciones entre partes vinculadas. Lo hace a través de una ficción, al igual que la disposición adicional cuarta de la Ley de Tasas, y lo hace lesionando el principio de capacidad económica, además del principio de taxatividad penal, de igual manera que hizo la disposición adicional cuarta. El castigo no consiste, por tanto, en una sanción formal, imposible de aplicar cuando no cabe apreciar infracción alguna, sino en provocar una fiscalidad incrementada. Además, y desde un punto de vista técnico, mientras el punto de referencia de la conducta a regularizar sea un concepto tan indeterminado como el «valor normal de mercado» es inaceptable que se pueda erigir en el núcleo de conducta infractora alguna. Hasta ahora, dado que el valor normal de mercado no podía conocerse con seguridad y certeza por parte del administrado, el legislador decidió que su aplicación quedara en manos de la Administración en sede de comprobación y sin que la conducta del primero, por razones obvias, pudiera ser sancionada. En cualquier caso, la Administración lo que perseguía era recuperar la posible pérdida de recaudación pero no ir más allá, no obtener ganancias a partir de la corrección de valores. Igualmente, y por pura lógica y sentido común, acabó imponiéndose el ajuste bilateral como elemento de equilibrio que evitaba más consecuencias para las partes que las que emanaban de una justa recomposición de la situación.

El artículo 16.8, bajo la apariencia de una mera especificación de las reglas generales del ajuste bilateral, establece para un buen número de supuestos aunque, evidentemente, no todos los afectados por el fenómeno de la vinculación, un mecanismo cuya auténtica dimensión solo se comprueba si se contemplan las operaciones entre partes vinculadas en un escenario más amplio que comprende las operaciones antecedentes y las consecuentes a aquellas que son las directas destinatarias del mandato

del artículo 16.8. Ese es posiblemente, el «truco» que se quiere hacer valer. Solo si tras la operación vinculada se prolonga la actividad económica con nuevas operaciones, al levantar el velo se contempla el objetivo perseguido con el artículo 16.8. Ahí es donde, sin ambages, se pone de relieve que, al final y mediante una suerte de ajuste «unilateral», se va a tributar por bases superiores a las reales mediante el mecanismo, que ya hemos visto que no es original en nuestro sistema tributario, de mudar la calificación de los flujos económicos con la intención de que lo que son realmente gastos pasen a ser otra cosa con lo que ya no pueden reducir el beneficio generado con las distintas operaciones.

En definitiva, la norma contra la elusión (por las diferencias entre el valor declarado y el valor real) se muda en norma antifraude (presuponiendo que la operación realizada es simulada), con la consecuencia de provocar una infracción del principio de capacidad económica flagrante, fruto de una medida desproporcionada, sea cual sea el punto de vista que se quiera adoptar.

7. CONVERSIÓN DE LA FICCIÓN EN PRESUNCIÓN *IURIS TANTUM* POR VÍA REGLAMENTARIA

Se ha hecho llegar en el mes de julio de 2007, para su información por quienes tienen encomendada esta función por el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, el texto de un proyecto de Real Decreto que desarrolla la Ley 36/2006 y modifica el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades. Entre las numerosísimas novedades que alberga, interesa a los efectos de este estudio referirse al que será, si se aprueba dicho texto, el nuevo artículo 21 bis del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades. Este precepto lleva por título «Diferencias entre el valor convenido y el valor normal de mercado de las operaciones vinculadas» y supone el desarrollo reglamentario del artículo 16.8 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades tal y como ha quedado tras la Ley de Medidas de Prevención del Fraude Fiscal.

Mediante tres apartados el indicado artículo puntualiza algunos aspectos del artículo 16.8 a los que ya nos hemos referido.

Así, refiriéndose a los supuestos contemplados en el segundo párrafo de aquel precepto, introduce las siguientes diferenciaciones:

- a) Cuando la diferencia de valor sea a favor del socio o partícipe, deberá distinguirse que:
 - La parte de renta correspondiente al porcentaje de participación en la entidad se considerará como retribución de fondos propios para la entidad y como participación en beneficios de entidades para el socios.
 - La parte de renta que no corresponda al porcentaje de participación en la entidad, para la entidad seguirá considerándose retribución de los fondos propios y para el socio o partícipe se estimará que se trata de cualquier clase de utilidad procedente de la entidad percibida por la condición de socio, accionista, asociado o partícipe, en los términos del artículo 25.1 d) de la LIRPF.

b) Cuando la diferencia sea a favor de la entidad, se diferenciará:

- La parte de la renta que se corresponda con el porcentaje de participación en la misma que tendrá la consideración de aportación a los fondos propios por parte del socio o partícipe, y aumentará el valor de adquisición de su participación.
- La parte de la renta que no se corresponda con el porcentaje de participación en la entidad, que se estimará que constituye renta para la entidad y liberalidad para el socio o partícipe.

Si se tratara de contribuyentes del IRNR sin establecimiento permanente, la renta se considerará que es ganancia patrimonial [art. 13.1 i) 4.º TRIRNR].

Hasta aquí, ya podemos, muy sintéticamente, formular estas valoraciones:

- La ley no llama al reglamento para completar el artículo 16.8, de modo que es dudoso que estas previsiones y las que ahora comentaremos resistan un análisis desde el punto del principio de legalidad.
- Se cumplen los peores augurios que apuntaban a que la Administración procuraría que los presuntos excedentes de renta se entendieran obtenidos a título lucrativo, con lo que ello, se supone, implica de cara a la tributación de la persona física como donación.
- Parece que, en el caso de los supuestos aumentos de capital, se obvian las consecuencias de índole mercantil aunque, en lo que respecta al incremento del valor de participación del socio en la entidad, se actúa sobre el valor de adquisición de sus participaciones.

Sin embargo, el punto clave de la regulación reglamentaria lo hallamos en el apartado 3 de este artículo cuando dispone que *«la calificación de la renta puesta de manifiesto por la diferencia entre el valor normal de mercado y el valor convenido, podrá ser distinta de la prevista en el apartado 2 anterior, cuando se acredite una causa diferente a las contempladas en el citado apartado 2»*.

Este párrafo pone al descubierto que la Administración ha procedido a cambiar la naturaleza de la figura contemplada en el artículo 16.8 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, por vía reglamentaria, al introducir la posibilidad de prueba en contrario, mutando, pues, lo que es una ficción legal en una presunción *iuris tantum* reglamentaria. Por una vez, es de agradecer que la Administración incurra en un exceso en el uso de su potestad reglamentaria y rectifique a la ley sin que esta valoración positiva pueda subsanar, sin más, la evidente falta de cobertura legal de la maniobra ejecutada en el futuro artículo 21.bis.3 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades frente al artículo 16.8 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. En cualquier caso, y pese a que, de hecho, se ponen los elementos de desactivación de la controvertida cláusula, solo su completa eliminación del ordenamiento jurídico repondrá la aplicación justa y clara del ajuste bilateral en las operaciones vinculadas.