



UNIVERSITAT DE BARCELONA



Seminario de Derecho tributario empresarial

Principales novedades en materia de Precios de Transferencia establecidas por la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal por la que se modifica el artículo 16 del TRLIS.

por

Xavier Ros García
Abogado

Barcelona, 15 de diciembre de 2007

I. Breve referencia histórica y antecedentes de la reforma

I.1. Vehículo de la reforma: Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal

En fecha 30 de noviembre de 2006 se publicó en el B.O.E. la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, *de medidas para la prevención del fraude fiscal*, en adelante Ley Antifraude.

A grandes rasgos, y a la hora de determinar el alcance y filosofía que informa dicho precepto, resulta aconsejable analizar su preámbulo, en el cual se incluyen, entre otras, las siguientes referencias.

Por un lado, se indica que “El fraude fiscal es un fenómeno del que se derivan graves consecuencias para la sociedad en su conjunto. Supone una merma para los ingresos públicos, lo que afecta a la presión fiscal que soportan los contribuyentes cumplidores; condiciona el nivel de calidad de los servicios públicos y las prestaciones sociales; distorsiona la actividad de los distintos agentes económicos, de tal modo que las empresas fiscalmente cumplidoras deben enfrentarse a la competencia desleal de las incumplidoras; en definitiva el fraude fiscal constituye el principal elemento de inequidad de todo el sistema tributario”.

Una vez sentada la idea que justifica la implementación de esta Ley, se indica que la misma *“tiene por objeto la aprobación de diversas modificaciones normativas destinadas a la prevención del fraude fiscal. Dichas modificaciones forman parte en su mayoría del Plan de Prevención del Fraude Fiscal y suponen la adopción de aquellas medidas que por su naturaleza requieren un desarrollo normativo con rango de ley”.*

A los efectos de cumplir con la finalidad antes aludida, la Ley Antifraude introdujo diversas modificaciones, tanto a la normativa tributaria, propiamente dicha, como en otras disposiciones legales, que si bien no tienen naturaleza fiscal, sí pueden tener incidencia en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o en su comprobación.

Dentro del elenco de novedades antes aludido, la que probablemente resulta mas significativa es la que se refiere a las denominadas “operaciones vinculadas”. De suerte que se introducen modificaciones realmente importantes, en cuanto a su tratamiento y regulación, a través de la nueva redacción del artículo 16 del Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades, TRLIS.

El calado y alcance de dicha reforma ya estaba implícito en el texto del mentado artículo, en una simple conclusión apriorística, resultante de la mera publicación del precepto. Ahora bien, como sucede tantas veces, la realidad supera con creces las expectativas previas, de suerte que pocos podían haber previsto las consecuencias prácticas, ciertamente desmesuradas, que traerá aparejadas. Baste decir, como

muestra de esta dificultad, que la propia Administración tributaria se ha visto incapaz, una vez transcurrido mas de un año desde la publicación de la Ley Antifraude, de aprobar el reglamento de desarrollo de la misma, pieza necesaria para su efectiva aplicación, sino en el aspecto sustantivo, sí en el formal.

I.2. Valoraciones críticas preliminares

Sin pretender entrar en valoraciones subjetivas acerca de la finalidad y mecanismo de la reforma, aspecto que probablemente lleva implícita una carga personal que va más allá de los objetivos de una ponencia de estudio tributaria, es mi opinión que subyacen diversos aspectos merecedores de crítica, en relación con el tema analizado.

Muy especialmente, es mi opinión que la Ley Antifraude adolece de flagrantes contradicciones, cuando no imprecisiones conceptuales de bulto, que hacen que, como primera idea, resulte claramente criticable. Y a estos efectos, resulta especialmente cuestionable la referencia relativa a las operaciones vinculadas. ¿Acaso suybyace, en dichas operaciones, ese factor al que alude el mentado preámbulo, en tanto que supuesto generador de incumplimientos tributarios, con consecuencias tan demoledoras y rechazables como las antes referidas? Entiendo que no, en modo alguno. Antes al contrario, cuando estamos analizando las operaciones vinculadas, y toda la problemática a ellas inherente, el ámbito de interpretación y análisis parece, claramente, ajeno a un contexto de fraude fiscal, pasando a un mero escenario de reglas de valoración, sin más. El hecho de comparar las consecuencias fiscales, por ejemplo, de una trama organizada para defraudar el IVA, con una política de precios entre sociedades vinculadas creo que denota una imprecisión teleológica realmente descomunal.

En cualquier caso, esta primera valoración crítica no resulta baladí, en tanto en cuanto, el hecho de que se hayan vehiculado diversas reformas de nuestro ordenamiento en sede de una Ley Antifraude, debería suponer, entre otras consecuencias futuras, una especial postura interpretativa de los órganos jurisdiccionales, que a la hora de aplicarla deberán tener en cuenta el carácter excepcional de esta norma, lo cual, entre otras consecuencias, debería llevar aparejado un alcance restrictivo a la hora de su interpretación. Aspecto que, en su caso, podrá determinarse y fiscalizarse a partir del momento en que los Tribunales de Justicia deban pronunciarse con respecto a la misma, momento futuro indeterminado pero que deberemos todos esperar, con especial avidez.

I.3. Referencia sucinta al tratamiento fiscal de las operaciones vinculadas

Como primera idea, mencionar que vuelve a sentarse, como principio fundamental en el ámbito tributario, la obligatoriedad, para los contribuyentes, de valorar las operaciones vinculadas conforme a mercado.

Siendo la característica mas novedosa, según se estudiará de forma pormenorizada, la inclusión de un elenco realmente prolijo, de obligaciones formales y documentales ligadas a este tema. Baste citar, para enfatizar el alcance de la presión documental insita en la regulación de referencia, que el régimen sancionador, de hecho, depende mas del incumplimiento formal que de la propia determinación de valores en su caso contraria a mercado.

II. Análisis desde una perspectiva contable

II.1. Las operaciones vinculadas a efectos contables: situación hasta 2007

II.1.1. Análisis de la “normativa” contable

Como punto de partida, merece la pena analizar el tema desde una perspectiva meramente contable, con referencia a la normativa aplicable con anterioridad a 1 de enero de 2008. Siempre partiendo de la incidencia directa de la contabilidad respecto a la determinación de la base imponible por el IS. Recordemos lo que reza el artículo 10.3 del TRLIS:

“3. En el método de estimación directa, la base imponible se calculará, corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en esta Ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio en las demás Leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas.”.

En este sentido, cabe señalar que, en mi opinión, ni el Código de Comercio ni el Plan General de Contabilidad vigente hasta el año 2007 cuentan con reglas específicas para la valoración de las operaciones efectuadas entre las sociedades pertenecientes a un mismo grupo.

Esta aparente laguna normativa, ha sido en alguna medida matizada por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, ICAC, básicamente a través de los principios y criterios que incluidos en tres distintos documentos, publicados en el Boletín Oficial del ICAC, BOICAC:

a) Consulta número 48, de diciembre de 2001:

En la consulta publicada en el BOICAC número 48, de diciembre de 2001, el ICAC sentó las bases de la posible prevalencia del fondo económico sobre la forma jurídica de las operaciones, señalando, en síntesis, lo siguiente:

- Las operaciones intragrupo deben registrarse, en las cuentas individuales de las sociedades participantes en la transacción, de acuerdo con los principios contables y las normas de valoración establecidas en el PGC, con el fin de que las referidas cuentas anuales individuales expresen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa como sujeto contable independiente, sin perjuicio de incluir la información necesaria sobre las operaciones efectuadas con empresas del grupo y asociadas.
- Para dicho registro contable, es preciso analizar, forzosamente, las operaciones objeto del mismo en su conjunto, atendiendo al fondo económico que subyace en ellas y con independencia de las denominaciones jurídicas utilizadas. Así, si el fondo de las operaciones intragrupo realizadas pusiera de manifiesto que no se trata de verdaderas transacciones de activos entre personas jurídicas diferentes, **habrá que atender a la verdadera naturaleza económica de las operaciones** para proceder a su adecuado tratamiento contable, circunstancia esta que exige analizar el fondo de las transacciones citadas.

b) Nota en el BOICAC número 61, de marzo de 2005:

El ICAC alude a la meritada consulta número 48, indicando que no cuestiona, con carácter general, el fondo económico de las operaciones efectuadas entre las sociedades pertenecientes a un grupo, siendo necesario, en consecuencia, el análisis individualizado y concreto de cada una de las operaciones mencionadas.

Lo más destacable, a nuestros efectos, es la referencia a que, en las operaciones *inter* grupo, el registro contable deberá efectuarse, con carácter general, atendiendo al fondo económico de las mismas, de suerte que cuando el fondo económico de las transacciones no coincida con la forma jurídica empleada, el registro contable deberá realizarse atendiendo a la naturaleza económica de la operación.

La idea que subyace es que, en esas operaciones *inter* grupo, en las que no concurren intereses contrapuestos, deben ser objeto de especial análisis las valoraciones que se otorguen a las mismas, siendo necesario analizar si existe un valor fiable del importe que podría haber

sido acordado entre partes interesadas en condiciones de independencia mutua.

- Si existe un mercado representativo, el mencionado valor fiable será el valor de mercado. En otro caso, el valor fiable será el derivado de aplicar modelos y técnicas de general aceptación y en armonía con el principio de prudencia.
- Ello no obstante, si incluso existiendo un valor fiable para la transacción (valor de mercado o valor resultante de la aplicación de modelos y técnicas de general aceptación), el precio acordado por las sociedades del grupo difiere del mismo, será preciso tener en consideración la naturaleza económica híbrida que tal circunstancia pone de manifiesto, como expresa materialización del fondo económico de las operaciones, aspecto este que será determinante para el adecuado tratamiento y registro contable de la operación. Con lo que junto con la transmisión principal, se estarían poniendo potencialmente de manifiesto, en su caso, otras potenciales transacciones secundarias, susceptibles de considerarse distribución implícita de dividendos o incluso donaciones.

c) Consulta publicada en el BOICAC número 64, de diciembre de 2005:

El ICAC, en la contestación a la consulta, reproduce parte de las conclusiones de su Nota de marzo de 2005, aunque precisando algunas cuestiones:

- La necesidad de analizar si en estas operaciones existe un valor fiable no supone cuestionar, como regla general, las valoraciones efectuadas entre las empresas del grupo, sino tan sólo abre la puerta a la posible consideración de que, en ocasiones, no puede descartarse que las partes interesadas no hayan actuado en condiciones de independencia mutua, con lo que en tal caso la acreditación plena del reflejo contable del bien sería el análisis previo en cuanto a la fiabilidad en su valoración.
- Con lo que, cuando, conforme a las características del elemento patrimonial objeto de la transacción, no sea posible determinar un valor fiable de mercado para la misma, la valoración a otorgar por el adquirente debería tomar como punto de partida la referencia que se antoja más fiable, esto es, el valor originario del bien en el momento de su adquisición por parte del grupo. Lo cual supondría el mantenimiento del valor contable preexistente. No está de más recordar que, como consecuencia de esta interpretación del ICAC, entre otras consecuencias, quedaban vedadas, en gran medida, operaciones de generación de posibles

plusvalías contables, en operaciones *inter grupo*, en el desarrollo de operaciones de reestructuración empresarial, ligados o no a una posterior transmisión del negocio.

- El ICAC aborda el núcleo de la consulta, bajo la premisa de que el precio acordado por las partes ha sido superior al valor contable previo, que resulta el más fiable en los términos antes señalados. A partir de aquí, el ICAC considera:
 - o El transmitente estará percibiendo una contraprestación que, desde un punto de vista valorativo, no se corresponde con el bien entregado.
 - o Este hecho pondría de manifiesto un trasvase de recursos entre empresas del grupo.
 - o Desde el punto de vista de las cuentas anuales individuales del transmitente, deberá tenerse en cuenta, en el registro contable, la relación que existe con el adquirente, resultando de aplicación los criterios contenidos en el PGC y sus normas de desarrollo para las diversas operaciones que pudieran, implícitamente, estar desarrollándose: aportaciones de socios para compensar pérdidas, donación...

II.1.2. Posibles consecuencias interpretativas

La interpretación de los citados criterios en un determinado sentido, podría hacernos llegar a una conclusión, que no comparto en modo alguno, respecto a que incluso en el escenario anterior a la modificación del artículo 16 del TRLIS a través de la Ley Antifraude, la valoración de las operaciones vinculadas, cuando menos aquellas en las que existiese un valor fiable como referencia, debía ya efectuarse en condiciones de mercado a nivel contable. Con lo que existiría coincidencia plena contable y fiscalmente. Ello explicaría lo dispuesto en el artículo 16 del TRLIS en la redacción vigente hasta 2006, que sólo permitía la práctica de ajustes extrancontables por parte de la AEAT, puesto que se partiría de la base de que a efectos contables las entidades involucradas en la transacción ya deberían haberse contabilizado por valor de mercado, y por tanto no existiría necesidad para los contribuyentes de efectuar ajustes extracontables por este concepto.

Cabe preguntarse si esta interpretación, en integración con la prevalencia del resultado contable en la determinación de la base imponible del artículo 10 del TRLIS, habría posibilitado una posible propuesta de regularización en sede de la AEAT, con independencia de la literalidad del artículo 16 en sede de la Ley 43/1995. Sin ánimo de extenderme en demasía a este respecto, puesto que no conozco

pretensión alguna de la AEAT en esta línea, considero que, en cualquier caso, el hecho de discrepancias valorativas en cuanto a operaciones vinculadas estaba regulado por una norma especial, la del artículo 16, que por tanto se aplicaría de forma prioritaria y evitaría cualquier propuesta de regularización más allá de sus propios términos, que parten de la base inexcusable de un perjuicio para el erario público.

Como resumen, y a pesar de opiniones puntuales en el sentido de considerar que ya en el PGC de 1990 se configuraba un régimen específico para las operaciones vinculadas¹, por mi parte comparto el criterio de la doctrina mayoritaria, en el sentido que la norma contable no introducía exigencias específicas al respecto, como idea general. Sin que por tanto pudiera plantearse un escenario contradictorio con el que resultaba de la redacción original del propio artículo 16 de la Ley 43/1995, según el cual la realización de operaciones vinculadas sin trascendencia fiscal no tenía consecuencias prácticas en el ámbito tributario.

II.2. Escenario tras la publicación del Nuevo Plan General de Contabilidad

En fecha 20 de noviembre de 2007 se ha publicado en el B.O.E. el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad*, NPGC. Con lo cual se ha cerrado, a nivel normativo, al menos en cuanto a los aspectos sustanciales, el proceso de reforma mercantil y contable desarrollado a lo largo del año 2007.

A diferencia de lo que sucedía en el anterior Plan General, nos encontramos un tratamiento específico y detallado para las operaciones objeto de nuestro análisis, según se detalla seguidamente.

II.2.1. Concepto *partes vinculadas a efectos contables*

La Norma de elaboración de las cuentas anuales nº 15 del NPGC define qué se entiende por partes vinculadas en términos incluso más extensos que los definidos en el artículo 16 del TRLIS:

“1. Una parte se considera vinculada a otra cuando una de ellas o un conjunto que actúa en concierto, ejerce o tiene la posibilidad de ejercer directa o indirectamente o en virtud de pactos o acuerdos entre accionistas o partícipes, el control sobre otra o una influencia significativa en la toma de decisiones financieras y de explotación de la otra..

2. En cualquier caso se considerarán partes vinculadas:

¹ Artículo de Ángel Serrano Gutiérrez, de 1 de marzo de 2007, publicado en *Actum Fiscal* resulta de gran interés

a) Las empresas que tengan la consideración de empresa del grupo, asociada o multigrupo, en el sentido indicado en la anterior norma decimotercera de elaboración de las cuentas anuales.

b) Las personas físicas que posean directa o indirectamente alguna participación en los derechos de voto de la empresa, o en la entidad dominante de la misma, de manera que les permita ejercer sobre una u otra una influencia significativa. Quedan también incluidos los familiares próximos de las citadas personas físicas.

c) El personal clave de la compañía, entendiendo por tal las personas físicas con autoridad y responsabilidad sobre la planificación, dirección y control de las actividades de la empresa, ya sea directa o indirectamente, o de su dominante, entre las que se incluyen los administradores y los directivos.

d) Las empresas sobre las que cualquiera de las personas mencionadas en las letras b) y c) pueda ejercer una influencia significativa.

e) Las empresas que compartan algún consejero o directivo con la empresa, salvo que éste no ejerza una influencia significativa en las políticas financieras y de explotación de ambas.

f) Las personas que tengan la consideración de familiares próximos del representante del administrador de la empresa, cuando el mismo sea persona jurídica.

3. A los efectos de esta norma, se entenderá por familiares próximos a aquellos que podrían ejercer influencia en, o ser influidos por, esa persona en sus decisiones relacionadas con la empresa. Entre ellos se incluirán:

a) El cónyuge o persona con análoga relación de afectividad;

b) Los ascendientes, descendientes y hermanos y los respectivos cónyuges o personas con análoga relación de afectividad;

c) Los ascendientes, descendientes y hermanos del cónyuge o persona con análoga relación de afectividad; y

d) Las personas a su cargo o a cargo del cónyuge o persona con análoga relación de afectividad. “

Si bien los efectos más relevantes se producen en función de la consideración de la existencia de grupo, a efectos contables. Aspecto que se analizará seguidamente.

II.2.2. Concepto de grupo a efectos contables

La Norma de elaboración de las cuentas anuales nº 13 del NPGC define qué se entiende por empresa del grupo, empresa asociada y por empresa multigrupo en los siguientes términos:

*“A efectos de la presentación de las cuentas anuales de una empresa o sociedad se entenderá que otra empresa forma parte del grupo cuando **ambas estén vinculadas por una relación de control, directa o indirecta, análoga a la prevista en el artículo 42 del Código de Comercio** para los grupos de sociedades o cuando las empresas estén controladas por cualquier medio por una o varias personas físicas o jurídicas, que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias.*

Se entenderá que una empresa es asociada cuando, sin que se trate de una empresa del grupo, en el sentido señalado anteriormente, la empresa o alguna o algunas de las empresas del grupo en caso de existir éste, incluidas las entidades o personas físicas dominantes, ejerzan sobre tal empresa una influencia significativa por tener una participación en ella que, creando con ésta una vinculación duradera, esté destinada a contribuir a su actividad.

En este sentido, se entiende que existe influencia significativa en la gestión de otra empresa, cuando se cumplan los dos requisitos siguientes:

- a) La empresa o una o varias empresas del grupo, incluidas las entidades o personas físicas dominantes, participan en la empresa, y*
- b) Se tenga el poder de intervenir en las decisiones de política financiera y de explotación de la participada, sin llegar a tener el control.*

Asimismo, la existencia de influencia significativa se podrá evidenciar a través de cualquiera de las siguientes vías:

- 1. Representación en el consejo de administración u órgano equivalente de dirección de la empresa participada;*
- 2. Participación en los procesos de fijación de políticas;*
- 3. Transacciones de importancia relativa entre el inversor y la participada;*
- 4. Intercambio de personal directivo; o*

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe una participación en el sentido expresado cuando la empresa o una o varias empresas del

grupo, incluidas las entidades o personas físicas dominantes, posean, al menos, el 20 por 100 de los derechos de voto de otra sociedad.

Se entenderá por empresa multigrupo aquella que esté gestionada conjuntamente por la empresa o alguna o algunas de las empresas del grupo, en caso de existir éste, incluidas las entidades o personas físicas dominantes, y uno o varios terceros ajenos al grupo de empresas. “

De donde quedan incardinados dentro del concepto de “grupo” a nivel contable tanto los supuestos que deberán consolidar de conformidad con el artículo 42 del Código de Comercio como las sociedades cuya relación viene definida por el concepto de “control”, otrora definitoria de los denominados “grupos horizontales”, excluidos de la obligación de consolidar a partir de 1 de enero de 2008.

II.2.3. Tratamiento de las operaciones entre empresas del grupo a efectos contables

Por su parte, en la Norma de registro y valoración nº 21 del NPGC se introduce la referencia a las *operaciones entre empresas del grupo*, en los términos que se transcriben parcialmente a continuación:

“1. Alcance y regla general

La presente norma será de aplicación a las operaciones realizadas entre empresas del mismo grupo, tal y como éstas quedan definidas en la norma 13.^a de elaboración de las cuentas anuales.

Las operaciones entre empresas del mismo grupo, con independencia del grado de vinculación entre las empresas del grupo participantes, se contabilizarán de acuerdo con las normas generales.

*En consecuencia, con carácter general, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente, los elementos objeto de la transacción **se contabilizarán en el momento inicial por su valor razonable**. En su caso, si el precio acordado en una operación difiriese de su valor razonable, la diferencia deberá registrarse atendiendo a la realidad económica de la operación. La valoración posterior se realizará de acuerdo con lo previsto en las correspondientes normas.*

...”.

De donde el criterio de valoración contable en las operaciones vinculadas entre sociedades que, a su vez, formen parte de un grupo a nivel contable, sería coincidente con el que resulta de las reglas del artículo 16 del TRLIS.

Ello no obstante, deberá tenerse en cuenta que pueden existir determinadas operaciones vinculadas de conformidad con el artículo 16 del TRLIS a las que no resulte aplicable la Norma de registro y valoración nº 21, básicamente en los siguientes contextos: cuando intervengan personas físicas (empleados, administradores, socios...) o cuando se desarrollen por empresas asociadas que no formen parte del *grupo* en aplicación del criterio de control.

En los citados supuestos sí que podríamos encontrarnos, conceptualmente, con disparidad de valoración contable y fiscal. Ello sin perjuicio de que, en interpretación rigurosa del artículo 34.2 del Código de Comercio, pudiera inferirse que, como regla general, en todo caso deberán reflejarse las transacciones a valor razonable. Recordemos la literalidad del precepto:

*“Las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. **A tal efecto en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica.**”*

En última instancia, la consideración de que la regla de valoración de las operaciones vinculadas a valor razonable está implícita en la propia contabilidad, y el cumplimiento por tanto de la misma de forma incluso independiente de la aplicación del artículo 16 del TRLIS podría tener consecuencias prácticas, a distintos niveles, incluso en cuanto a la propia plasmación del ajuste secundario.

III. Aspectos introductorios del tratamiento tributario de las operaciones vinculadas

III.1. Antecedentes históricos

Este es, sin duda alguna, uno de los elementos de mayor complejidad técnica en cualquier sistema tributario que se precie. Y esto es así puesto que las operaciones vinculadas suponen transacciones en las cuales, al menos no necesariamente, van a adoptarse los mismos parámetros que serían de aplicación a nivel general en la fijación de la contraprestación. Lo cual, en ocasiones, podría llevar aparejado un perjuicio para el erario público.

Es por ello que, históricamente, la normativa tributaria ha tratado de establecer un régimen jurídico específico en relación con las mismas. Se

transcribe, seguidamente, un breve resumen de nuestra legislación contemporánea a este respecto.

- Ley 61/1978, de 27 de diciembre, *del Impuesto sobre Sociedades*:

A grandes rasgos, la filosofía en sede de la Ley 61/78, en su momento final de aplicación tras la implementación de diversas reformas legislativas, venía configurada, por un lado, por la obligatoriedad, por parte de los sujetos pasivos, de valorar conforme a mercado las operaciones vinculadas. Por otro lado, el otro aspecto básico – resultado mayormente de la presión doctrinal y de la jurisprudencia – era la filosofía del denominado “ajuste bilateral”, en cuya virtud el hecho de modificar, en sede de una sociedad, la valoración de una operación vinculada, debía llevar aparejada, de forma automática, la corrección de valores en la otra parte interviniente en esa transacción.

- Ley 43/1995, de 27 de diciembre, *del Impuesto sobre Sociedades*:

En la Ley 43/95 se introdujo un tratamiento novedoso, en relación con la regulación vigente hasta ese momento. De suerte que, como idea resumida, el contexto que resulta de esa Ley consistía en una postura de no injerencia, por parte de los órganos de inspección, en relación con las operaciones vinculadas, a no ser que se irrogara un perjuicio para la Administración tributaria.

Esa voluntad de no injerencia, antes aludida, se llevaba a la práctica de manera tan radical que, incluso, de llegar a producirse, con motivo de una fijación de precios o valores que no fuera acorde a mercado, un potencial perjuicio, el mecanismo previsto en la Ley 43/95 sólo llevaba aparejada una regularización, por parte de la inspección, sin que fuese un hecho susceptible de sanción. De hecho este tratamiento venía motivado por el mecanismo procedimental, plasmado en el artículo 16.1 de la Ley 43/95, según el cual quedaba vedado, para los contribuyentes, la regularización *motu proprio* de la valoración en este tipo de operaciones, la cual sólo podía efectuarse por parte de los órganos de la AEAT.

Este tratamiento, en mi opinión, podía considerarse criticable, desde un punto de vista de respeto purista a los preceptos constitucionales que informan – o deberían informar – la normativa tributaria, y concretamente, el de capacidad económica. Y ello puesto que, en mi opinión, el hecho de no permitir a los contribuyentes corregir, en su declaración por el Impuesto sobre Sociedades, posibles valoraciones conscientemente distintas a la de mercado, no parece que sea una operativa que comulgue con ese principio. Ahora bien, dejando este aspecto aparte, desde una perspectiva básicamente práctica, era un sistema de gran comodidad para los contribuyentes, lo cual resulta de agradecer en un sistema tributario como el español, de tanta dificultad y complicación en su aplicación e interpretación.

- Ley 40/1998, de 9 de diciembre, *del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y Otras Normas Tributarias* y posterior Texto Refundido:

El tratamiento de estas operaciones, en sede de la normativa reguladora del IRPF, merece una mención específica. Y ello en tanto en cuanto el régimen vigente introducía un tratamiento especialmente beneficioso, y en mi opinión, plausible y digno de elogio.

Así, de conformidad con el artículo 45 del Texto Refundido de la Ley del IRPF, TRLIRPF, se aplicarán en este impuesto las reglas de valoración de las operaciones vinculadas en los términos previstos en el artículo 16 del TRLIS. Recordemos que, a tenor del citado artículo, se valorarán en condiciones de mercado las operaciones desarrolladas entre una sociedad y sus socios.

Ello no obstante, en la mentada normativa reguladora del IRPF se contempla un tratamiento específico para las que podrían considerarse “Sociedades Profesionales”, puesto que el último párrafo del artículo 45.2 del TRLIRPF señala que *“En todo caso, se entenderá que la contraprestación efectivamente satisfecha coincide con el valor normal de mercado en las operaciones correspondientes al ejercicio de actividades profesionales o a la prestación de trabajo personal por personas físicas a sociedades en las que más del 50 por ciento de sus ingresos procedan del ejercicio de actividades profesionales, siempre que la entidad cuente con medios personales y materiales para el desarrollo de sus actividades.”*. Este tratamiento tiene asimismo reflejo en el artículo 16.7 del TRLIS vigente hasta la entrada en vigor de la Ley Antifraude, con idéntico tenor literal.

Esto significa que, de cumplirse las condiciones antes señaladas, esto es, que la sociedad que desarrolla una actividad eminentemente profesional cuente con medios personales y materiales, el socio podrá, a título de ejemplo, emitir una factura por el importe que estime conveniente, de suerte que el correspondiente gasto tendrá la condición de deducible para la sociedad, sin que entre en juego limitación alguna derivada de la normativa reguladora de las operaciones vinculadas. Y, de la misma forma, si el socio desea acotar el gravamen al de la Sociedad Profesional en el IS, y no facturar por la prestación de sus servicios personales, o hacerlo de forma mínima, no se producirán tampoco consecuencias fiscales en imposición directa en tanto en cuanto la entidad cuente con la estructura de medios que define la norma.

Este tratamiento debe interpretarse de forma integrada con la supresión del régimen de transparencia fiscal, en su momento obligatorio para las

sociedades profesionales, y venía a solucionar el problema práctico que resultó de la derogación de dicho régimen, que entre otras consecuencias, implicaba la imputación automática de bases imponibles positivas a los socios, lo cual hacía en la práctica innecesario fijar un sistema de retribución de los mismos.

III.2. Breve referencia al tratamiento de los precios de transferencia en tributación internacional

La expresión “precios de transferencia” ha sido acuñada básicamente en la doctrina y práctica internacional, contexto en el cual tiene todo el sentido la problemática subyacente, en tanto en cuanto intervienen diversas jurisdicciones tributarias, que pueden resultar perjudicadas en función de la cuantificación de las operaciones desarrolladas por sujetos que desarrollan actividades empresariales en varias de ellas.

Básicamente alude a los precios por los que las empresas asociadas o del grupo – vinculadas en nuestra norma – valoran las transacciones efectuadas entre ellas.

La disposición básica que recoge la cuestión de los precios de transferencia es el artículo 9 del Modelo de Convenio para evitar la doble imposición de la OCDE, MCOCDE - precepto seguido tanto por países integrantes de la OCDE como asimismo por muchos países no miembros - aunque, debido a la complejidad que en la práctica supone la aplicación del *arm's length principle*, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE redactó las denominadas “Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias” que reflejan los principios internacionalmente aceptados en esta materia y se han convertido en el texto común de referencia.

Estas Directrices contienen criterios, guías y perspectivas generalmente aceptadas que contribuyen a facilitar la resolución de conflictos entre autoridades competentes, lo cual se traduce en una mayor agilidad en la eliminación de la doble imposición económica. El desarrollo por parte de la OCDE de la cuestión de los precios de transferencia se fundamenta en la doctrina de estas Directrices ya que en relación con el artículo 9 del MCOCDE, los Comentarios Oficiales al mismo son muy breves y delegan esta función a estas Directrices.

A grandes rasgos, cabe resaltar los dos grandes principios programáticos que deben inspirar la tributación de empresas “asociadas” situadas en diversas jurisdicciones fiscales:

- Por un lado, la asignación correcta de bases imponibles en cada una de las jurisdicciones donde se hallan situadas estas empresas.
- El segundo, instar a los Estados contratantes a asumir el compromiso de intentar evitar la doble imposición económica que

puedan sufrir las entidades asociadas como consecuencia de un ajuste efectuado por las autoridades fiscales de alguno de los países involucrados; el denominado “ajuste primario”.

No está de más pensar, como primera idea, que no siempre las condiciones establecidas por entidades vinculadas se desvían de las condiciones de mercado. Y, asimismo, que no siempre dichas entidades tiene principalmente en cuenta en su estructura y funcionamiento los problemas fiscales. Lo cual no significa que, cuando la *ratio* del precio de transferencia no sea fiscal – pensemos el caso típico de voluntad de traslado de beneficios a la sede de la matriz, simplemente por cuestiones de imagen, o para potencial la cotización en un mercado bursátil – no deba ser objeto de corrección valorativa si, como resultado de los precios de transferencia, una jurisdicción tributaria involucrada estaría sufriendo un posible perjuicio recaudatorio.

En última instancia, en la definición ínsita en el artículo 16 del TRLIS se ha introducido el principio “de libre competencia”, al exigir la valoración que se habría acordado “por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia”. Las mentadas Directrices de la OCDE contemplan los criterios para aplicar este principio:

- Análisis de comparabilidad y de los factores determinantes de ésta. Aspecto de gran complejidad en sí mismo considerado, sobre el que se incidirá más adelante.
- Necesaria identificación de las operaciones realmente efectuadas.
- Evaluación de operaciones separadas y combinadas. En ocasiones un determinado precio puede resultar por debajo de mercado, individualmente considerado, si bien tiene por objeto el acceder a determinado mercado, o complementar otras transacciones que son las que, de por sí, permiten generar la rentabilidad buscada en términos generales.
- Utilización de datos de varios años. Con la idea de que, en ocasiones, si bien los precios inicialmente fijados no permiten obtener la rentabilidad que a *priori* parecería razonable, el hecho de que, por ejemplo, se incremente el volumen de operaciones a lo largo del tiempo, acabaría justificando esa valoración inicial aparentemente inferior a mercado.
- Generación sistemática de pérdidas. Si bien también en este caso habrá que analizar si se trata de una situación previa, para ganar cuota de mercado, que se acaba corrigiendo a medida que pasa el tiempo. De hecho el análisis en este supuesto debe hacerse de forma complementaria al anteriormente reseñado, de utilización de datos de varios años.

- Efectos de la política de los poderes públicos.
- Utilización de métodos de determinación del valor en Aduana, con gran desarrollo metodológico en muchos supuestos.

No cabe duda que uno de los elementos básicos sobre el que gira la problemática de la valoración en operaciones vinculadas es la relativa a la “comparabilidad”. De acuerdo con lo previsto en las Directrices y documentos complementarios, el *arm's length principle* exige completar el denominado “análisis de comparabilidad” conforme a los siguientes cinco factores de comparabilidad:

- Características específicas de los productos ya que éstas explican a menudo las diferencias de precios de los productos en el mercado libre. Las características que han de evaluarse son las propiedades físicas de los productos, sus cualidades, su calidad o terminación, así como su disponibilidad o el volumen de la oferta.
- Análisis funcional, el cual constituye probablemente la esencia del análisis de comparabilidad. Consiste en identificar, en relación con las operaciones que se analizan, las funciones desempeñadas por cada entidad, teniendo en cuenta los medios materiales y humanos utilizados y los riesgos realmente asumidos con el objeto de verificar si las operaciones vinculadas y las que se han seleccionado como comparables son verdaderamente equiparables. De acuerdo con los principios de las Directrices, es razonable esperar ante una mayor asunción de riesgos, una mayor contraprestación.
- Cláusulas contractuales que, en condiciones de independencia, definen generalmente la forma de reparto de las responsabilidades, riesgos y beneficios entre las partes de la transacción.
- Análisis de las condiciones económicas de los mercados ya que si las transacciones objeto de examen operan en mercados distintos al de referencia, el precio de las transacciones puede variar.
- Estrategias comerciales de las empresas, como por ejemplo su forma de gestión, su carácter innovador, el desarrollo de nuevos productos o el grado de diversificación o de aversión al riesgo. Pueden existir políticas de penetración en los

mercados o etapas de implantación de productos en que previsiblemente el precio de los productos o de los márgenes de las transacciones puede variar respecto a otras etapas de mayor consolidación.

En resumidas cuentas, se trata de principios de gran ayuda en el campo de la fiscalidad internacional, en el que los denominados “precios de transferencia” constituyen una esfera de conflictividad de gran peso específico, que cuando menos merece la pena reseñar en este trabajo. Sobre todo teniendo en cuenta que, en gran medida, son los principios y criterios que informan la nueva regulación en sede del artículo 16 del TRLIS.

III.3. Valoración crítica conceptual

Es a partir de este contexto apriorístico que merece la pena efectuar una primera valoración, especialmente crítica, del tema objeto de análisis.

En efecto, resulta que estamos aplicando criterios procedentes del ámbito de la fiscalidad internacional, de evidente complejidad práctica, en relación con la práctica totalidad de operaciones domésticas. Con lo que debemos preguntarnos hasta qué punto tiene sentido este planteamiento. Pensemos en la razón primera que informa la problemática de los “precios de transferencia”: el riesgo de trasvase de beneficios entre sociedades residentes en distintos Estados y, en consecuencia, el posible traslado de carga tributaria entre distintas jurisdicciones. Dejando por sentado cuál es la función de los impuestos en la doctrina político-económica actual, y el objetivo primordial del tributo en aras al sostenimiento de los gastos públicos, no cabe duda que la lucha frente a posibles prácticas que distorsionan la distribución justa de la carga tributaria entre los diversos Estados, merece todo el encomio y respeto.

Ahora bien, lo que no parece de recibo es aplicar idéntica filosofía para la práctica totalidad de transacciones internas, afectando tan sólo a sujetos residentes en España, esto es, sin que se produzca el mentado riesgo de trasvase de carga tributaria entre distintos países. Pero, a mayor abundamiento, siendo esto así, aún parece más criticable que se aplique este elenco normativo incluso **cuando no se produzca perjuicio alguno para el erario público**, en supuestos en los que la posible determinación de precios de transferencia sea absolutamente neutral, cual sería el caso entre sociedades que estén generando beneficios y tributando de forma plena y efectiva por el Impuesto sobre Sociedades.

Con lo que entiendo que resulta, cuando menos lícito, preguntarse si el hecho de aplicar unos principios que tienen su sentido en un contexto totalmente distinto del que resulta en el tema concreto, y a mayor

abundamiento si se encuentra amparado dentro del mandato constitucional.

En este sentido, según el artículo 31.3 de nuestra Carta Magna:

“3. Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la Ley”.

Cabría considerar que el elenco de obligaciones formales, fijado a nivel reglamentario en tanto que documentación exigible en relación con las operaciones vinculadas - habida cuenta la complejidad y, por qué no decirlo, los costes que supondrán para los contribuyentes su correcta tenencia y preparación -, resultan auténticas prestaciones personales e incluso patrimoniales, establecidas con arreglo a una disposición reglamentaria.

Asimismo, considero viable plantear que no existe la mínima proporcionalidad que debe exigirse a un precepto como el que nos ocupa, en tanto en cuanto reitero lo indicado anteriormente, es decir, se está configurando una carga formal desmesurada sin que ello suponga una ventaja para el erario público, derivada del correcto cumplimiento de una norma que, en tanto que tributaria, debería perseguir, por encima de todo, el objeto incardinado en el artículo 31.1. de la Constitución: el sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con la capacidad económica.

III.4. Gastos en concepto de servicios de apoyo a la gestión prestados entre entidades vinculadas:

En relación con este precepto, merece la pena transcribir lo que dispone el artículo 16.5 del TRLIS, en su redacción anterior a la reforma, según el cual:

“5. La deducción de los gastos en concepto de servicios de apoyo a la gestión prestados entre entidades vinculadas estará condicionada a que su importe se establezca en base a un contrato escrito, celebrado con carácter previo, a través del cual se fijen los criterios de distribución de los gastos incurridos a tal efecto por la entidad que los presta. Dicho pacto o contrato deberá reunir los siguientes requisitos:

a) Especificará la naturaleza de los servicios a prestar.

b) Establecerá los métodos de distribución de los gastos atendiendo a criterios de continuidad y racionalidad.”.

A este respecto, cabe señalar que, en relación con estas operaciones concretas, esto es, las incardinables en el concepto de gastos por servicios de “apoyo a la gestión”, habituales en grupos de sociedades, el

factor documental – si bien de forma ciertamente más liviana - ya constituye un elemento sustantivo respecto a las mismas. De suerte que lo que posibilita la pacífica deducibilidad de los gastos es el hecho de que exista un contrato con las condiciones reseñadas en el citado artículo.

En relación con este apartado, destacar una práctica de la AEAT que, en mi opinión, estaría vulnerando el tratamiento legal previsto en la norma para las operaciones vinculadas. Concretamente, en determinados supuestos, se considera, por parte de los órganos de inspección tributaria, que el contexto del artículo 16.5 del TRLIS es distinto del general, en sede del artículo 16.1 del TRLIS. Con lo que, cuando hay prestaciones de servicios de apoyo a la gestión, entre entidades vinculadas residentes en España, el hecho de que no exista contrato supone, en la praxis de la AEAT contrastada en diversos casos de la vida real, que el gasto no tenga la consideración de deducible, para el que lo recibe, y por el contrario, se mantenga el ingreso en sede de la entidad que ha prestado los servicios de referencia. La justificación de dicho criterio resulta claramente rechazable, en mi opinión. Se transcribe a continuación extracto de un acta emitida por la AEAT:

*“...Como los referidos servicios se han prestado efectivamente por XXX, que incluso ha recibido de las beneficiarias el importe requerido a cada una de ellas, no cabe duda que para la citada XXX se trata de ingresos fiscalmente computables. Es decir, **no procede el ajuste bilateral que para las operaciones vinculadas del artículo 16.1 de la LIS impone dicho precepto**, porque en los supuestos analizados no concurren sus presupuestos, especialmente el perjuicio económico para la Hacienda Pública”.*

Nos encontramos ante un escenario muy concreto en relación con los precios de transferencia, cual es el de los servicios prestados dentro de un grupo. En este contexto hay determinados matices que deberán tenerse en cuenta, al amparo de la nueva normativa, a la hora de determinar la aplicación de precios de mercado. Así:

- Deberán identificarse las principales funciones jurídicas, económicas, funcionales... asumidas por parte de los sujetos intervinientes.
- Consideración de los activos que son utilizados: intangibles, elementos del inmovilizado material...
- Valoración de los riesgos asumidos por las partes: quién soportará los riesgos de morosidad, las reclamaciones por defectos o perjuicios irrogados al cliente final ajeno al grupo, los costes de seguro, publicidad, gestión...

En gran medida estos aspectos deberán fijarse en los contratos otorgados por las partes, elemento por tanto de especial trascendencia práctica.

IV. Nueva regulación de las operaciones vinculadas

Dentro de la Ley Antifraude se efectúan diversas modificaciones al artículo 16 del TRLIS, según se explicita seguidamente.

IV.1. Regla genérica: valoración por parte del contribuyente

En primer lugar, se sienta como principio fundamental en este ámbito que *“Las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor normal de mercado. Se entenderá por valor normal de mercado aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia”*.

Es decir, ya no se trata de una potestad ejercitable únicamente por parte de la AEAT, sino que son los contribuyentes los que deberán determinar la correspondiente valoración, en condiciones de mercado, cuando se trate de operaciones entre entidades vinculadas.

Como lógico corolario a esta obligación de los contribuyentes, se indica que la Administración tributaria podrá comprobar que las operaciones realizadas entre personas o entidades vinculadas se han valorado por su valor normal de mercado y efectuará, en su caso, las correcciones valorativas que procedan respecto de las operaciones sujetas al Impuesto sobre Sociedades, al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o al Impuesto sobre la Renta de No Residentes, que no hubieran sido valoradas por su valor normal de mercado.

Es importante asimismo tener en cuenta que la Administración tributaria quedará vinculada por dicho valor en relación con el resto de personas o entidades vinculadas.

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. Este precepto deberá analizarse de forma conjunta con el apartado 8 del artículo 16 del TRLIS, generándose evidentes situaciones prácticas en las que difícilmente se cumplirá esta premisa teórica que impediría la sobre imposición. Debiendo recordar, en este punto, lo indicado anteriormente respecto a la filosofía de los precios de transferencia a nivel internacional, en base a los principios que deberían inspirar la regulación de esta materia: la voluntad de tratar de evitar la doble imposición económica. Pues bien, si en situaciones de intervención de dos jurisdicciones se trata de evitar un exceso de imposición, no parece

de recibo un esquema normativo susceptible de producir una flagrante sobre imposición, en no pocos supuestos, y a mayor abundamiento, en operaciones con mera trascendencia interna, con efecto único para la Administración española.

Para efectuar esa comparación se tendrá en cuenta aquella parte de la renta que no se integre en la base imponible por resultar de aplicación algún método de estimación objetiva.

IV.2. Delimitación de las personas vinculadas

Se considerarán personas o entidades vinculadas las siguientes:

- a) Una entidad y sus socios o partícipes.

Se introduce la mención a “entidad” y no a “sociedad”, a diferencia de la regulación previa a la Ley Antifraude. Lo cual posibilita incluir en el ámbito de estas operaciones, entre otros, a:

- Instituciones de Inversión Colectiva de forma no societaria.
- Agrupaciones de Interés Económico.
- Uniones Temporales de Empresas.

- b) Una entidad y sus consejeros o administradores.

- c) Una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes, consejeros o administradores.

Se introduce, a este respecto, un mayor ámbito de atracción a la hora de considerar que estamos ante un caso de vinculación, respecto a la normativa anterior a la Ley Antifraude, que tan sólo aludía a cónyuges, ascendientes o descendientes.

- d) Dos entidades que pertenezcan a un grupo.

En este caso deberán cumplirse los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, en la modificación resultante de la Ley 16/2007, de 4 de julio, *de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea* (en adelante, la Ley 16/2007), publicada en el B.O.E. del 5 de julio de 2007.

Dicha Ley ha introducido diversas modificaciones en la normativa mercantil, con indudable relevancia fiscal en determinados aspectos. Entre ellos, se da nueva redacción del artículo 42 del Código de Comercio, que había a su vez sido modificado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre: a raíz de dicha modificación se produjo la obligación de consolidar en los denominados “grupos horizontales”, según el siguiente tenor:

“1. Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección.

*Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, **el control** de otra u otras. En particular, se presumirá que existe **control** cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:*

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.*
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.*
- d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.*

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

...”.

El aspecto más destacable de la reforma, a nuestros efectos, es que se ha modificado el concepto de grupo, de suerte que ha dejado de tener relevancia la existencia de unidad de decisión en el ámbito del potencial grupo de sociedades. Con lo que resulta requisito indispensable, como idea general, la necesidad de control que requiere participación societaria directa a través de una sociedad dominante. Este es el espíritu de la reforma que aparece de hecho recogido en la propia exposición de motivos de la Ley 16/2007:

*“Debe resaltarse la modificación arbitrada en el artículo 42 del Código de Comercio respecto a la redacción incorporada en el artículo 106.Dos de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre. En la nueva redacción del artículo 42 del Código de Comercio **ya no se hace referencia al concepto de unidad de decisión como determinante de la obligación de consolidar**. Queda, pues, configurado el grupo a efectos de la obligación de formular cuentas anuales e informe de gestión consolidados como aquellas situaciones en las que una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control sobre las demás. Adicionalmente, de conformidad con la nueva redacción del artículo 200 de la Ley de Sociedades Anónimas, se solicita en la memoria de las cuentas anuales individuales de la sociedad de mayor activo, cierta información sobre las magnitudes del conjunto de sociedades españolas sometidas a una misma unidad de decisión”.*

Consecuentemente, cabe concluir que esta modificación supone la desaparición de obligación de consolidar para los denominados “grupos horizontales”, que desde el punto de vista mercantil eran los grupos basados en el concepto de unidad de decisión.

Ello con independencia de las obligaciones de incorporar una mención informativa en la Memoria, según se recoge en la nueva redacción del artículo 200, en la mención decimocuarta, del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, y de la necesaria toma en consideración de las sociedades otrora integrantes de esos “grupos horizontales” en cuanto al perímetro de grupo a nivel contable, según se analizará más adelante.

- e) Una entidad y los socios o partícipes de otra entidad, cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo.

- f) Una entidad y los consejeros o administradores de otra entidad, cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo.
- g) Una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes de otra entidad cuando ambas sociedades pertenezcan a un grupo.
- h) Una entidad y otra entidad participada por la primera indirectamente en, al menos, el 25 por 100 del capital social o de los fondos propios.

Se introduce la referencia a participación, al menos, en el 25 por 100 en los fondos propios, para dar cabida a estructuras inversoras que, en puridad, no se representen en capital social.

- i) Dos entidades en las cuales los mismos socios partícipes o sus cónyuges, o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado, participen, directa o indirectamente en, al menos, el 25 por 100 del capital social o de los fondos propios.
- j) Una entidad residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el extranjero.
- k) Una entidad no residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el mencionado territorio.
- l) Dos entidades que formen parte de un grupo que tribute en el régimen de los grupos de sociedades cooperativas.

Se ha suprimido el supuesto de la letra m) del artículo 16.2 del TRLIS, según la redacción anterior a la Ley Antifraude, que se refería a “Dos sociedades, cuando una de ellas ejerce el poder de decisión sobre la otra”. Ello no obstante, dicho supuesto queda implícitamente reconocido en la nueva normativa, en tanto que elemento que configura la pertenencia a un grupo de sociedades por el artículo 42 del Código de Comercio.

Al igual que sucede en la legislación previa a la Ley Antifraude, en los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, la participación deberá ser igual o superior al 5 por 100, o al 1 por 100 si se trata de valores admitidos a negociación en un mercado regulado (en un mercado secundario según la redacción vigente del artículo 16 del TRLIS modificada por la Ley Antifraude).

También se indica, como novedad, que la mención a los administradores incluirá a los de derecho y a los de hecho. Lo cual está en línea con lo dispuesto en el artículo 43.1.b) de la Ley 58/2003, General Tributaria.

IV.3. Supuestos de posible concurrencia con otras normas sustantivas

a) Operaciones en las que intervengan personas físicas:

En relación a este tipo de operaciones, merece la pena indicar que, si la transacción tiene lugar entre personas físicas, para determinar la norma aplicable deberán analizarse, en primer lugar, los preceptos específicos en sede del TRLIPF, concretamente:

- El artículo 6.5 del TRLIRPF, del que resulta presunción *iuris tantum* de retribución de las prestaciones de bienes o servicios susceptibles de generar rendimientos del trabajo o del capital.
- Por su parte, el artículo 41 del TRLIRPF que dispone que

“La valoración de las operaciones entre personas o entidades vinculadas se realizará por su valor normal de mercado, en los términos previstos en el artículo 16 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades”.

A pesar de que podrían suscitarse dudas, entiendo que la referencia al artículo 16 del TRLIS supone que, necesariamente, deberá intervenir al menos una sociedad, para que no resulte aplicable el artículo 6.5 del TRLIRPF, antes aludido, y por tanto no pueda justificarse la ausencia de retribución en determinadas operaciones entre una persona física - ya sea por su condición de socio o de integrante del órgano de administración - y una sociedad vinculada, que deberán valorarse en condiciones de mercado.

En todo caso, entiendo que si bien la valoración de las transacciones vinculadas entre una persona física y una sociedad deberá determinarse en condiciones de mercado, lo que no será exigible a la persona física será el soporte documental inherente a las operaciones vinculadas, del que sí que deberá disponer la sociedad interviniente en la operación. Si bien la literalidad del artículo 16.2 del TRLIS establece dicha obligatoriedad, de forma genérica, a “las personas o entidades vinculadas” entiendo que, en última instancia, el régimen sancionador se aplicará tan sólo a los sujetos que sean contribuyentes por el IS. Si bien me temo

que no puede descartarse interpretación más amplia por parte de la AEAT.

Al menos, en relación con las sociedades que desarrollan operaciones vinculadas con personas físicas se simplifica el soporte documental.

- Finalmente, mencionar los supuestos que puedan generar retribuciones en especie, del artículo 44. del TRLIRPF.

b) Pagos en especie con valoración específica; cesión de inmuebles:

El TRLIRPF en su artículo 44.1.1º.a), en el marco de los rendimientos del trabajo, establece una regla uniforme de valoración de la retribución en especie consistente en la cesión gratuita de inmuebles, con independencia de que la empresa sea o no propietaria de la vivienda.

Concretamente, la retribución en especie asciende al 10% del valor catastral de la vivienda o el 5% si el valor catastral está revisado, modificado o ha sido determinado mediante un procedimiento de valoración colectiva de carácter general. Mientras no exista valoración catastral, o no se haya notificado, se aplicará el 5% al 50% del valor a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio. Se establece como límite máximo a esta retribución el 10% de las restantes contraprestaciones por ese empleo.

De donde resulta evidente que, en determinados supuestos de cesión de inmuebles a personas físicas, generadores de retribuciones en especie del trabajo personal – sería el caso de administradores o personas vinculadas con relación laboral – la valoración fiscal de esa transacción podrá ser inferior a mercado, en aplicación de la propia normativa tributaria.

Es mi opinión que, en tanto que norma especial, debería prevalecer sobre la reguladora de las operaciones vinculadas en el artículo 16 del TRLIS, y por tanto no debieran acarrear consecuencias ulteriores en sede administrativa. Ahora bien, no puede descartarse, me temo, una interpretación distinta por parte de la AEAT.

c) Supuestos con trascendencia de la normativa mercantil; retribución del órgano de administración:

La retribución del órgano de administración resulta una de los aspectos básicos en la configuración estatutaria y mercantil de una sociedad.

De suerte que, como primer aspecto a resaltar, resulta plena competencia de los socios la delimitación del cargo como remunerado y, en caso de que así sea, la cuantificación de la correspondiente retribución.

A partir de este escenario legal, insisto, configurado por una norma mercantil imperativa, podrían suscitarse situaciones diversas, algunas en su caso contradictorias con la norma tributaria. Pensemos, a título de ejemplo, en supuestos en que el cargo de Administrador no sea remunerado, según los Estatutos de la sociedad en cuestión. Con independencia de que pueda suponer, indirectamente, la concesión de una ventaja a la sociedad, que normalmente debería haber retribuido esa prestación de servicios si la hubiese realizado un tercero, cabe preguntarse hasta qué punto sería aceptable una regularización por parte de la AEAT que pretendiese determinar una retribución, cuyos efectos finales tendrían también alcance mercantil, al suponer en su caso posibles costes tributarios para la sociedad.

d) Operaciones del artículo 15 del TRLIS:

Recordemos que dicho artículo, en su párrafo 2, en su redacción vigente desde la promulgación de la Ley 43/1995, establece la valoración según mercado de los siguientes elementos patrimoniales:

- Los transmitidos o adquiridos a título lucrativo.
- Los aportados a entidades y los valores recibidos en contraprestación.
- Los transmitidos a los socios por causa de disolución, separación de éstos, reducción del capital con devolución de aportaciones, reparto de la prima de emisión y distribución de beneficios.
- Los transmitidos en virtud de fusión, absorción y escisión total o parcial.
- Los adquiridos por permuta.
- Los adquiridos por canje o conversión.

En la práctica, las citadas operaciones podrán realizarse en términos en que resulte asimismo aplicable el marco general previsto en el artículo 16 del TRLIS. Por tanto, cabe plantear si, en esos casos, deberán asimismo cumplimentarse las obligaciones de documentación a las que se refiere el artículo 16.2 del TRLIS y Reglamento de desarrollo; y asimismo si serían aplicables las reglas que delimitan el ajuste secundario, del artículo 16.8 del TRLIS.

La conclusión inicial, basada en un análisis riguroso de la norma y en la prevalencia del principio de especialidad, debería ser que cuando resulte de aplicación el artículo 15 del TRLIS no debería exigirse el soporte documental del artículo 16.2 del mismo. Esta conclusión sería coherente con la interpretación de aplicación prioritaria del artículo 15 del TRLIS respecto del artículo 16, para los ejercicios anteriores a la entrada en vigor de la Ley Antifraude en relación con el tema que nos ocupa. En efecto, cuando una entidad vinculada formalizaba una operación de las que se incluyen en el artículo 15 del TRLIS, por ejemplo una permuta, reconocía – vía ajuste extracontable, puesto que

según normativa ICAC no podía reconocerse ingreso contable – la correspondiente plusvalía en función del valor de mercado del bien transmitido, sin esperar a que fuese la AEAT la que, en su caso, efectuase la regularización resultante del artículo 16 del TRLIS.

Ello no obstante, teniendo en cuenta el impacto del régimen sancionador vinculado al incumplimiento de la obligación documental, entiendo que buscando la postura de mayor prudencia, deba adoptarse una posición conservadora aconsejando asimismo el cumplimiento de las obligaciones de llevanza documental también en las operaciones del artículo 15 del TRLIS que tengan la consideración de vinculadas.

El único supuesto en que probablemente puedan obviarse dichas obligaciones es cuando alguna de las operaciones de referencia se ejecuten al amparo del régimen de diferimiento, del Capítulo VIII del Título VII del TRLIS. E incluso en este caso con la espada de Damocles de que, en caso de que se considerara que no procede dicho régimen al no apreciar la AEAT la concurrencia de motivo económico, automáticamente pasase a exigirse el soporte documental, y al no existir el mismo la AEAT llegase a imponer la correspondiente sanción.

e) Operaciones realizadas en sede de sociedades profesionales.

Como ya se ha indicado anteriormente, se ha suprimido de la normativa vigente el régimen relativo a las operaciones realizadas en el seno de una estructura que habría dado lugar, en su momento, a la operatividad del régimen de transparencia fiscal.

A las dificultades prácticas a nivel valorativo inherentes a este tipo de estructuras, cabe añadir los efectos de la reciente promulgación de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, *de Sociedades Profesionales*, que introduce un régimen legal específico relativo a este tipo de sociedades.

Si bien la citada Ley no entra de lleno a analizar la problemática que subyace a nivel tributario, no puede dejar de mencionarse que, cuando menos de forma indirecta, introduce un elemento adicional de complejidad en el tema que nos ocupa.

Sin ánimo exhaustivo, en tanto se trata de un tema de suficiente envergadura para que se efectúe su análisis en detalle, cabe indicar que podrían suscitarse controversias en el ámbito de las operaciones vinculadas, derivadas de los siguientes artículos de la misma:

10; participación de beneficios y pérdidas

15; transmisiones forzosa y *mortis causa*

16; reembolso de la cuota de liquidación

17; normas especiales para las sociedades profesionales

Y muy especialmente, el 17.2 introducirá un elemento adicional de discrepancia, aderezado con normativa mercantil pura, cual es la inherente a las prestaciones accesorias.

Finalmente, por lo que respecta a este apartado, mencionar que, según mis informaciones, en este momento se estaría tratando de introducir en el Reglamento parámetros objetivos de valoración para este tipo de sociedades, referenciados como regla general a la retribución, ya sea media o la de mayor nivel, dentro del personal no profesional de estas sociedades.

f) Transacciones en el ámbito de un grupo fiscal de sociedades:

En última instancia, por lo que respecta a estas operaciones, no se produce impacto fiscal alguno, con determinadas excepciones:

- Bases imponibles negativas previas al inicio de la consolidación fiscal
- Supuestos específicos de pérdida del régimen

Lo que está claro, a grandes rasgos, es que en los supuestos de transacciones realizadas entre entidades que se integren en un mismo grupo de consolidación fiscal del capítulo VII del título VII del TRLIS, no parece tener sentido introducir restricciones en este ámbito, puesto que la incidencia previsible en la tributación es muy poco significativa.

Si bien no hay una excepción literal en cuanto al tratamiento contable y genérico de las operaciones inter grupo, es importante señalar que para este tipo de operaciones se exonera el régimen de soporte documental en el Borrador del Proyecto de Reglamento, lo cual no deja de ser un aspecto a tener en cuenta, en tanto que argumento que podría aconsejar el acogimiento a la tributación consolidada.

IV.4. Métodos de valoración

De conformidad con el artículo 16.4 del TRLIS, en su nueva redacción, resultante de la Ley Antifraude, para la determinación del valor normal de mercado se aplicará alguno de los siguientes métodos:

- a) Método del precio libre comparable, por el que se compara el precio del bien o servicio en una operación entre personas o entidades vinculadas con el precio de un bien o servicio idéntico o de características similares en una operación entre personas o entidades independientes en circunstancias equiparables, efectuando, si fuera preciso, las correcciones necesarias para

obtener la equivalencia y considerar las particularidades de la operación.

A grandes rasgos, este método supone disponer de documentación sobre los valores de mercado de transacciones comparables, obtenidos a través de empresas de tasación, cotizaciones de mercados organizados, estudios de valores de mercado...

Se trata de un método que podría considerarse fiable en los casos en que una empresa independiente venda el mismo producto que a su vez se vende entre empresas vinculadas. Ahora bien, deberán en su caso efectuarse los correspondientes ajustes valorativos en función de las circunstancias concretas de cada caso, partiendo de la base de que no siempre dichas circunstancias serán idénticas. Así, y a título de meros ejemplos:

- Distintas condiciones *Incoterm*: F.O.B. en fábrica, C.I.F., C.F.R.,...
 - Volúmenes de operaciones. Lógicamente la determinación de precios no será idéntica cuando los volúmenes de transacciones no lo sean. De hecho la diferencia en cuanto al volumen de transacciones es la que, normalmente, justificará los distintos *rappels* aplicados por las partes.
 - Distinta calidad del producto, ya sea por los componentes del mismo, o por su origen, la distinta patente o modelo de utilidad que lo sustenta...
- b) Método del coste incrementado, por el que se añade al valor de adquisición o coste de producción del bien o servicio el margen habitual en operaciones idénticas o similares con personas o entidades independientes o, en su defecto, el margen que personas o entidades independientes aplican a operaciones equiparables, efectuando, si fuera preciso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de la operación.

Este método, según diversas opiniones en sede administrativa, supone ofrecer documentación detallada del margen de beneficio propio o, en su defecto, del margen de empresas independientes. Resulta obvio la dificultad práctica en cuanto al conocimiento de dicho margen, pudiendo utilizarse, a dichos efectos, estudios sectoriales o en su caso bases de datos comerciales, tipo SABI o AMADEUS.

- c) Método del precio de reventa, por el que se sustrae del precio de venta de un bien o servicio el margen que aplica el propio revendedor en operaciones idénticas o similares con personas o entidades independientes o, en su defecto, el margen que

personas o entidades independientes aplican a operaciones equiparables, efectuando, si fuera preciso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de la operación.

También respecto a este método deberá tratarse de ofrecerse justificación detallada del margen de beneficio, resultando asimismo conveniente disponer de información procedente de bases de datos o estudios sectoriales.

En el caso del método de precio de reventa es muy importante el análisis comparativo de las funciones realizadas, tomando en consideración diversos aspectos que subyacen: activos empleados, riesgos asumidos...

Resulta más fácil determinar un margen de precio de reventa adecuado en los casos en que el revendedor no añade un valor sustancial al producto.

Asimismo, no cabe duda que el monto final del margen de reventa se verá claramente influido por las actividades efectivamente desarrolladas por la entidad que lo determina. Así, podemos encontrarnos con un elenco de situaciones, desde que el revendedor ejecuta actividades mínimas, como mero comisionista de transporte, hasta el supuesto en que el revendedor asume la totalidad de gastos inherentes a la propiedad del producto, de publicidad, marketing, distribución y garantía de los bienes, financiación de stocks... A mayor volumen de actuaciones asumido por el revendedor mayor deberá ser el margen.

Es importante mencionar que, con la nueva regulación, los meritos métodos de valoración serán aplicables indistintamente, sin que prevalezca necesariamente el método de precio comparable. En el supuesto que, debido a la complejidad de las operaciones realizadas, no pueda aplicarse ninguno de esos métodos - lo cual deberá acreditarse por parte del contribuyente -, la Ley Antifraude prevé la aplicación de alguno de los que se explicitan a continuación:

- d) Precio derivado de la distribución del resultado de la operación de que se trate, teniendo asimismo en cuenta los riesgos asumidos, los activos implicados y las funciones desempeñadas por las partes relacionadas.

Cabe reseñar a estos efectos distintos métodos aplicables: de distribución del resultado, por el que se asigna a cada persona o entidad vinculada, que realice de forma conjunta una o varias operaciones, la parte de resultado común derivado de dicho elenco de transacciones, en función de un criterio que refleje las condiciones en que habrían actuado sujetos independientes.

También será básico disponer de información sobre la fijación de precios, a través de estudios sectoriales, bases de datos...

El análisis sectorial de referencia divide los beneficios agrupados de las operaciones vinculadas a examinar en dos fases. En la primera de ellas, se imputa a cada sociedad participante un beneficio suficiente como para proporcionarle una contraprestación adecuada al tipo concreto de operaciones analizado. En la segunda fase, cualquier beneficio o pérdida residual que resulte tras la primera fase se imputaría entre las partes basándose en un análisis de diversas circunstancias concurrentes, de los que pudiese inferir cómo se habría distribuido dicho beneficio residual entre partes independientes: quién ha aportado derechos inmateriales, o bien quién dispone de una posición negociadora con mayor relevancia apriorística...

- e) Sería asimismo planteable una determinación de precios resultante del margen neto del conjunto de operaciones, por el que se atribuye a las operaciones realizadas con una persona o entidad vinculada el resultado neto, calculado sobre costes, ventas o la magnitud que resulte más adecuada en función de las características de las operaciones, siempre buscando la razonabilidad con el precio que habrían podido obtener sujetos independientes, efectuando cuando sea preciso las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de las operaciones.

También en este supuesto será necesario disponer de información sectorial, de bases de datos...

En última instancia, como resultado de la aplicación de uno o varios métodos de valoración los contribuyentes podrán obtener un resultado o rango de resultados susceptible de considerarse en términos de libre competencia. A partir de ahí, deberá evaluarse si la fijación de precios se encuentra o no dentro de esa horquilla. Si no fuese así, la consecuencia será el correspondiente ajuste valorativo.

Ahora bien, conociendo el *modus operandi* de la AEAT, cabe presumir que el mentado ajuste no se producirá tan sólo en los casos de flagrante discordancia con los precios resultantes de la estimación de referencia, sino incluso en casos en que simplemente se hayan aplicado precios en la parte baja de la horquilla, incluso estando dentro del rango que configura la valoración de mercado. Lo cual, en mi opinión, estaría vulnerando el alcance de la norma.

Finalmente, por lo que respecta a la posible oposición de la AEAT en cuanto a la valoración otorgada por las partes intervinientes, entiendo que no sería aceptable plantear una corrección que tenga como origen

los datos e información sectoriales o de cualquier índole de que disponga la AEAT, a través de sus bases de datos internas, en tanto en cuanto no pueda aportarse de forma transparente e ilimitada al expediente administrativo correspondiente.

IV.5. Reglas específicas en deducción de gastos: servicios y reparto de costes

Las previsiones de los apartados 5 y 6 del TRLIS constituyen requisitos adicionales de deducibilidad a los requisitos genéricos de valoración del artículo 16.4 del TRLIS, inspirados asimismo en gran medida en los apartados 7º y 8º de las Directrices de la OCDE.

De suerte que, una vez sentado que la valoración se efectuará de acuerdo con lo establecido en el apartado 4 del artículo 16 del TRLIS, estará condicionada a que los servicios prestados produzcan o puedan producir una ventaja o utilidad a su destinatario. Es de notar que, en el nuevo texto, la mención no se limita a los “servicios de apoyo a la gestión”, sino que se refiere a los “servicios entre entidades vinculadas”, a nivel general. En este sentido debe recordarse que para entender el concepto “ventaja o utilidad”, de acuerdo con las Directrices de la OCDE, se atenderá a la necesidad del gasto, que interpretación restrictiva supone que, de no haberse prestado el servicio por parte de la entidad vinculada, se habría debido contratar con un tercero la prestación del mismo.

A los efectos de defender la deducibilidad de estos servicios inter grupo, con independencia de la plasmación documental, será especialmente recomendable evitar el rechazo en sede de la AEAT, en distintos escenarios en los que podemos vernos involucrados en la práctica diaria profesional:

- En caso de servicios prestados por un tercero cuando la propia sociedad que los recibe dispone de los medios suficientes para la prestación de ese servicio.
- Servicios prestados desde una sociedad que no dispone de medios o bien resultan ajenos a su actividad.
- Servicios de administración del propio grupo, a título de ejemplo, los incurridos por la sociedad dominante por la Auditoría y controles diversos sobre las filiales, cuyo coste no debe soportarse por ellas.

Cuando se trate de servicios prestados conjuntamente en favor de varias personas o entidades vinculadas, y siempre que no fuera posible la individualización del servicio recibido o la cuantificación de los elementos determinantes de su remuneración, será posible distribuir la

contraprestación total entre las personas o entidades beneficiarias de acuerdo con unas reglas de reparto que atiendan a criterios de racionalidad. Se entenderá cumplido este criterio cuando el método aplicado tenga en cuenta, además de la naturaleza del servicio y las circunstancias en que éste se preste, los beneficios obtenidos o susceptibles de ser obtenidos por las personas o entidades destinatarias.

Asimismo, la deducción de los gastos derivados de un acuerdo de reparto de costes de bienes o servicios suscrito entre personas o entidades vinculadas, valorados de acuerdo con lo establecido en el apartado 4 del artículo 16 del TRLIS, estará condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Las personas o entidades participantes que suscriban el acuerdo deberán acceder a la propiedad u otro derecho que tenga similares consecuencias económicas sobre los activos o derechos que en su caso sean objeto de adquisición, producción o desarrollo como resultado del acuerdo.
- b) La aportación de cada persona o entidad participante deberá tener en cuenta la previsión de utilidades o ventajas que cada uno de ellos espere obtener del acuerdo en atención a criterios de racionalidad.
- c) El acuerdo deberá contemplar la variación de sus circunstancias o personas o entidades participantes, estableciendo los pagos compensatorios y ajustes que se estimen necesarios.

El acuerdo suscrito entre personas o entidades vinculadas deberá cumplir los requisitos que reglamentariamente se fijen.

Concretamente el artículo 17 del Borrador del Proyecto de Reglamento introduce diversas exigencias concretas.

V. Documentación de las operaciones vinculadas

V.1. Información a incluir en la Memoria

En relación con las operaciones con partes vinculadas, según establece el apartado 23 del NPGC por lo que se refiere al contenido de la Memoria, deberá reflejarse la siguiente información:

“1. La información sobre operaciones con partes vinculadas se suministrará separadamente para cada una de las siguientes categorías:

- a) Entidad dominante.*

- b) Otras empresas del grupo.*
- c) Negocios conjuntos en los que la empresa sea uno de los partícipes.*
- d) Empresas asociadas.*
- e) Empresas con control conjunto o influencia significativa sobre la empresa.*
- f) Personal clave de la dirección de la empresa o de la entidad dominante.*
- g) Otras partes vinculadas.*

2. La empresa facilitará información suficiente para comprender las operaciones con partes vinculadas que haya efectuado y los efectos de las mismas sobre sus estados financieros, incluyendo, entre otros, los siguientes aspectos:

a) Identificación de las personas o empresas con las que se han realizado las operaciones vinculadas, expresando la naturaleza de la relación con cada parte implicada.

b) Detalle de la operación y su cuantificación, expresando la política de precios seguida, poniéndola en relación con las que la empresa utiliza respecto a operaciones análogas realizadas con partes que no tengan la consideración de vinculadas. Cuando no existan operaciones análogas realizadas con partes que no tengan la consideración de vinculadas, los criterios o métodos seguidos para determinar la cuantificación de la operación.

c) Beneficio o pérdida que la operación haya originado en la empresa y descripción de las funciones y riesgos asumidos por cada parte vinculada respecto de la operación.

d) Importe de los saldos pendientes, tanto activos como pasivos, sus plazos y condiciones, naturaleza de la contraprestación establecida para su liquidación, agrupando los activos y pasivos por tipo de instrumento financiero (con la estructura que aparece en el balance de la empresa) y garantías otorgadas o recibidas.

e) Correcciones valorativas por deudas de dudoso cobro relacionadas con los saldos pendientes anteriores.

f) Gastos reconocidos en el ejercicio como consecuencia de deudas incobrables o de dudoso cobro de partes vinculadas.

3. En todo caso, deberá informarse de los siguientes tipos de operaciones con partes vinculadas:

- a) *Ventas y compras de activos corrientes y no corrientes.*
- b) *Prestación y recepción de servicios.*
- c) *Contratos de arrendamiento financiero.*
- d) *Transferencias de investigación y desarrollo.*
- e) *Acuerdos sobre licencias.*
- f) *Acuerdos de financiación, incluyendo préstamos y aportaciones de capital, ya sean en efectivo o en especie.*

En las operaciones de adquisición y enajenación de instrumentos de patrimonio, se especificará el número, valor nominal, precio medio y resultado de las mismas, especificando el destino final previsto en el caso de adquisición.

- g) *Intereses abonados y cargados; así como aquellos devengados pero no pagados o cobrados.*
- h) *Dividendos y otros beneficios distribuidos.*
- i) *Garantías y avales.*
- j) *Remuneraciones e indemnizaciones.*
- k) *Aportaciones a planes de pensiones y seguros de vida.*
- l) *Prestaciones a compensar con instrumentos financieros propios.*
- m) *Compromisos en firme por opciones de compra o de venta u otros instrumentos que puedan implicar una transmisión de recursos o de obligaciones entre la empresa y la parte vinculada.*
- n) *Acuerdo de reparto de costes en relación con la producción de bienes y servicios que serán utilizados por varias partes vinculadas.*
- o) *Acuerdos de gestión de tesorería, y*
- p) *Acuerdos de condonación de deudas y prescripción de las mismas.*

4. La información anterior podrá presentarse de forma agregada cuando se refiera a partidas de naturaleza similar. En todo caso, se facilitará información de carácter individualizado sobre las operaciones vinculadas que fueran significativas por su cuantía o relevantes para una adecuada comprensión de las cuentas anuales.

5. No será necesario informar en el caso de operaciones que, perteneciendo al tráfico ordinario de la empresa, se efectúen en condiciones normales de mercado, sean de escasa importancia cuantitativa y carezcan de relevancia para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa.

6. No obstante, en todo caso deberá informarse sobre el importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por el personal de alta dirección y los miembros del órgano de administración, cualquiera que sea su causa, así como de las obligaciones contraídas en materia de pensiones o de pago de primas de seguros de vida respecto de los miembros antiguos y actuales del órgano de administración y personal de alta dirección.

Asimismo, se incluirá información sobre indemnizaciones por cese y pagos basados en instrumentos de patrimonio.

Cuando los miembros del órgano de administración sean personas jurídicas, los requerimientos anteriores se referirán a las personas físicas que los representen. Estas informaciones se podrán dar de forma global por concepto retributivo, recogiendo separadamente los correspondientes al personal de alta dirección de los relativos a los miembros del órgano de administración.

También deberá informarse sobre el importe de los anticipos y créditos concedidos al personal de alta dirección y a los miembros de los órganos de administración, con indicación del tipo de interés, sus características esenciales y los importes eventualmente devueltos, así como las obligaciones asumidas por cuenta de ellos a título de garantía. Cuando los miembros del órgano de administración sean personas jurídicas, los requerimientos anteriores se referirán a las personas físicas que los representen. Estas informaciones se podrán dar de forma global por cada categoría, recogiendo separadamente los correspondientes al personal de alta dirección de los relativos a los miembros del órgano de administración.

7. Las empresas que se organicen bajo la forma jurídica de sociedad anónima, deberán especificar la participación de los administradores en el capital de otra sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, así como los cargos o las funciones que en ella ejerzan, así como la realización por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo o complementario género de actividad del que constituya el objeto social de la empresa.

8. En el caso de pertenecer a un grupo de empresas, se describirá la estructura financiera del grupo”.

Como puede verse se trata de información extremadamente sensible y que puede tener gran trascendencia. Dado el carácter público del Registro Mercantil, es evidente los problemas que se pueden generar, a nivel de confidencialidad, ante determinada información, no está de mas pensar en la herramienta que nos ofrece el párrafo 5º del propio apartado 23, en cuya virtud puede incluirse en la Memoria una mención genérica del siguiente tenor:

“La sociedad viene realizando operaciones que, perteneciendo al tráfico ordinario de la empresa, se efectúan en condiciones normales de mercado y carecen de relevancia para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad”

En todo caso merece la pena destacar que, según opiniones oficiosas en sede de la AEAT, se trata de quitar importancia a la dificultad y complejidad del régimen documental al que haremos referencia seguidamente, puesto que se considera que implícitamente las obligaciones relativas a las operaciones vinculadas ya resultan exigibles por la normativa mercantil. Por mi parte discrepo de este planteamiento, puesto que como se verá el alcance de la documentación exigida por el Reglamento excede con creces del contenido que resulta de la Memoria. Y, a mayor abundamiento, el régimen sancionador no resulta ni mucho menos comparable.

V.2. Soporte documental de naturaleza tributaria

En lo que constituye una de las principales novedades en la normativa reguladora, se indica que dicha valoración, por parte de la AEAT, se efectuará en base a “la documentación aportada por el sujeto pasivo y los datos e información de que disponga”.

Las personas o entidades vinculadas deberán mantener a disposición de la Administración tributaria la documentación que se establezca reglamentariamente. En este sentido, las citadas obligaciones de documentación serán exigibles a partir de los 3 meses siguientes a la entrada en vigor de la norma que las desarrolle. Hasta dicha fecha, resultarán de aplicación las disposiciones vigentes a la entrada en vigor de la Ley Antifraude, por lo que respecta a la documentación de las operaciones vinculadas y al régimen sancionador. Asimismo, no serán constitutivas de infracción tributaria las valoraciones efectuadas por los contribuyentes cuando apliquen correctamente algunos de los métodos de valoración previstos en el apartado 4 del artículo 16 del TRLIS.

Según se analizará mas adelante, el potencial régimen sancionador en este tipo de operaciones dependerá, en última instancia, de que se haya o no vulnerado la obligación documental a la que se hace referencia.

Este régimen documental se aplicará, asimismo, para las operaciones que se efectúen con personas o entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales, reguladas en el apartado 3 del artículo 17 del TRLIS.

La fijación concreta de la mentada obligación de documentación, está pendiente de la publicación del correspondiente Reglamento de desarrollo, que según se ha dicho anteriormente ha resultado de gran dificultad práctica para la propia Administración, lo cual explica que se haya excedido del plazo de un año desde la promulgación de la Ley Antifraude.

En el Borrador del Proyecto de Real Decreto que desarrolla la Ley Antifraude, se define la información documental de que deberán disponer los contribuyentes, según se indica a continuación. Concretamente, se distinguen dos tipos de obligaciones de documentación: la correspondiente al Grupo al que pertenece el obligado tributario, y la relativa al obligado tributario, propiamente dicho. Asimismo, en relación con el citado obligado tributario, determinadas circunstancias – básicamente la condición de entidad de reducida dimensión o el hecho de que intervengan personas físicas-, permite introducir diversos matices.

V.2.1. Información correspondiente al Grupo

a) Supuesto general

Se trata de la documentación que integra el denominado *Master File*, en la nomenclatura internacional de los precios de transferencia.

A pesar de que no se indica de forma expresa, entiendo que esta documentación deberá confeccionarla la sociedad dominante, sin perjuicio de que cada una de las sociedades integrantes del grupo dispongan de una copia, en la que se explicita el detalle que le afecte a sus relaciones puntuales y concretas con el grupo.

No se concreta si el concepto de “grupo” es el del artículo 42 del Código de Comercio o bien el que resulta de la Norma de registro y valoración nº 21, si bien entiendo que desde el momento en que se exige diversa información relativa a estructura organizativa y, especialmente, la “memoria del grupo” la referencia deberá considerarse en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio. Si bien no estaría de más concreción a este respecto, teniendo en cuenta las repercusiones en régimen sancionador.

La documentación relativa al grupo comprende, a grandes rasgos, información general respecto del mismo, las entidades que lo integran, y el detalle genérico de operaciones realizadas, incluyendo conceptos de

facturación y flujos, descripción de la política del grupo... El detalle de las mismas figura como *Anexo* al presente trabajo.

Se trata de información ciertamente exhaustiva y detallada al respecto.

Las obligaciones documentales de referencia se referirán al período impositivo o de liquidación en el que el obligado tributario haya realizado operaciones vinculadas con cualquier otra entidad del grupo.

b) Supuesto concreto: empresas de reducida dimensión

Para las empresas de reducida dimensión - aquellas en que el importe neto de su cifra de negocios sea inferior a 8 millones de euros en el período impositivo inmediatamente anterior, computado de conformidad con las condiciones del artículo 108 del TRLIS - se les exigirá una menor carga documental respecto a lo indicado anteriormente. Así:

a) Descripción general de la estructura organizativa, jurídica y operativa del grupo, así como cualquier cambio relevante en la misma.

b) Identificación de las distintas entidades que, formando parte del grupo, realicen operaciones vinculadas que afecten al obligado tributario.

c) Descripción general de la naturaleza, importes y flujos de las operaciones vinculadas entre las entidades del grupo en cuanto afecten al obligado tributario.

...

i) La memoria del grupo o, en su defecto, informe anual equivalente.

V.2.2. Información correspondiente al obligado tributario

a) Supuesto general

La documentación específica del obligado tributario deberá comprender el detalle que permita identificar las operaciones concretas realizadas, así como los parámetros en la valoración de las mismas. Figurando por tanto, a título de resumen:

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

b) Análisis de comparabilidad.

c) Método de valoración elegido así como su forma de aplicación y la especificación del valor o intervalo de valores derivados del mismo.

d) Criterios de reparto de servicios prestados conjuntamente en favor de varias personas o entidades vinculadas, así como los correspondientes acuerdos, si los hubiera, y acuerdos de reparto de costes de bienes y servicios suscritos por el obligado tributario, a que se refiere el artículo 17 del Reglamento.

e) Cualquier otra información de que haya dispuesto el obligado tributario para determinar la valoración de sus operaciones vinculadas, así como los pactos parasociales suscritos con otros socios.

Estas obligaciones documentales se referirán al período impositivo o de liquidación en el que el obligado tributario haya realizado la operación vinculada.

Cuando las operaciones vinculadas que realice el obligado tributario se encuentren estrechamente ligadas entre sí o hayan sido realizadas de forma continua, de manera que no puedan ser objeto de valoración adecuada de modo independiente, las obligaciones de documentación e información previamente aludidas se entenderán referidas al conjunto de dichas operaciones.

b) Operaciones en que intervengan personas físicas o entidades de reducida dimensión

La exigencia de soporte documental se simplifica en relación con estas operaciones. El detalle de las mismas figura en documento *Anexo*.

A efectos prácticos el Borrador de Proyecto de Reglamento distingue en varios supuestos:

- *Operaciones diversas con participación societaria cualificada a través de personas físicas*

Se trata de las operaciones realizadas por contribuyentes del IRPF a los que resulte de aplicación el régimen de estimación objetiva con sociedades en las que aquellos o sus cónyuges, ascendientes o descendientes, de forma individual o conjuntamente entre todos ellos, tengan un porcentaje igual o superior al 25 por 100 del capital social o de los fondos propios.

- *Transmisión de valores*

Prevista en los casos en que la operación vinculada consista en la transmisión de negocios – no se refiere literalmente a *ramas de*

actividad, si bien entiendo que sería la interpretación mas razonable - o valores o participaciones representativos de la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidades no admitidos a negociación en alguno de los mercados regulados de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE.

No se introduce excepción alguna respecto a operaciones incardinadas en este apartado que pudieran formalizarse al amparo del régimen de diferimiento del Capítulo VII del Título VII del TRLIS.

- *Supuestos de transmisión de inmuebles o intangibles*
- *Resto de los casos*

V.3. Exclusiones a la obligación de presentar documentación

No será exigible la documentación antes referida en relación con las siguientes operaciones vinculadas:

- Las realizadas entre entidades que se integren en un mismo grupo de consolidación fiscal del capítulo VII del título VII del TRLIS.
- Las realizadas con sus miembros por las Agrupaciones de Interés Económico.
- Las realizadas en el ámbito de ofertas públicas de venta o de ofertas públicas de adquisición de valores.

VI. Solicitud previa de valoración

Los sujetos pasivos podrán solicitar a la Administración tributaria que determine la valoración de las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas con carácter previo a la realización de éstas.

Dicha solicitud se acompañará de una propuesta que se fundamentará en el valor normal de mercado.

La Administración tributaria podrá formalizar acuerdos con otras Administraciones a los efectos de determinar conjuntamente el valor normal de mercado de las operaciones.

El acuerdo de valoración surtirá efectos respecto de las operaciones realizadas con posterioridad a la fecha en que se apruebe, y tendrá validez durante los períodos impositivos que se concreten en el propio acuerdo, sin que pueda exceder de los cuatro períodos impositivos siguientes al de la fecha en que se apruebe. Asimismo, podrá determinarse que sus efectos alcancen a las operaciones del período impositivo en curso, así como a las operaciones realizadas en el período

impositivo anterior, siempre que no hubiera finalizado el plazo voluntario de presentación de la declaración por el impuesto correspondiente.

En el supuesto de variación significativa de las circunstancias económicas existentes en el momento de la aprobación del acuerdo de la Administración tributaria, éste podrá ser modificado para adecuarlo a las nuevas circunstancias económicas.

Las propuestas a que se refiere este apartado podrán entenderse desestimadas una vez transcurrido el plazo de resolución.

Reglamentariamente se fijará el procedimiento para la resolución de los acuerdos de valoración de operaciones vinculadas, así como el de sus posibles prórrogas.

Señalar asimismo que el apartado 3 del artículo 20 del TRLIS se refiere también a la posibilidad de someter a la consideración de la AEAT una propuesta para la aplicación de un coeficiente de subcapitalización distinto del que establece el apartado 1 de dicho artículo 20.

VII. Actuaciones de comprobación: delimitación normativa

Según el nuevo apartado 9 del artículo 16 del TRLIS, reglamentariamente se regulará la comprobación del valor normal de mercado en las operaciones vinculadas con arreglo a las siguientes normas:

- La comprobación de valor se llevará a cabo en el seno del procedimiento iniciado respecto del obligado tributario cuya situación tributaria vaya a ser objeto de comprobación. Sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente párrafo, estas actuaciones se entenderán exclusivamente con dicho obligado tributario.

El Borrador del Proyecto de Reglamento indica que cuando la corrección valorativa no sea el objeto único de la regularización que proceda practicar en el procedimiento de inspección que se lleve a cabo, la propuesta de liquidación que derive de la misma se documentará en un acta distinta.

- Si contra la liquidación provisional practicada a dicho obligado tributario como consecuencia de la corrección valorativa, éste interpusiera el correspondiente recurso o reclamación o insta la tasación pericial contradictoria, se notificará dicha circunstancia a las demás personas o entidades vinculadas afectadas, al objeto de que puedan personarse en el correspondiente procedimiento y presentar las oportunas alegaciones.

Transcurridos los plazos oportunos sin que el obligado tributario haya interpuesto recurso o reclamación o instado la tasación pericial, se notificará la valoración a las demás personas o entidades vinculadas afectadas, para que aquellos que lo deseen puedan optar de forma conjunta por promover la tasación pericial o interponer el oportuno recurso o reclamación. La interposición de recurso o reclamación o la promoción de la tasación pericial contradictoria interrumpirá el plazo de prescripción del derecho de la Administración tributaria a efectuar las oportunas liquidaciones al obligado tributario, iniciándose de nuevo el cómputo de dicho plazo cuando la valoración practicada por la Administración haya adquirido firmeza.

- La firmeza de la valoración contenida en la liquidación determinará la eficacia y firmeza del valor de mercado frente a las demás personas o entidades vinculadas. La Administración tributaria efectuará las regularizaciones que correspondan en los términos que reglamentariamente se establezcan.

En este sentido, el artículo 21.4 del Borrador del Proyecto de Reglamento, establece que, una vez que la liquidación practicada al obligado tributario haya adquirido firmeza, la Administración tributaria regularizará la situación tributaria de las demás personas o entidades vinculadas, conforme al valor comprobado y firme, reconociendo, en su caso, los correspondientes intereses de demora.

La mentada regularización se realizará mediante la práctica de una liquidación correspondiente al último período impositivo cuyo plazo de declaración e ingreso hubiera finalizado en el momento en que se produzca tal firmeza. Así, por ejemplo, imaginemos una inspección relativa a una operación vinculada, correspondiente al ejercicio 2008, que sea objeto de inspección en 2012, con la correspondiente peregrinación por las diversas instancias procesales hasta llegar a la definitiva firmeza en sede de la Jurisdicción Ordinaria, pongamos por caso el mes de febrero de 2020. La regularización para el otro sujeto interviniente se produciría al presentar su declaración correspondiente ¡al ejercicio 2019! No quiero ni tan siquiera pensar en supuestos en que dicha regularización no resulte factible, por disolución de la sociedad, o fallecimiento de la persona vinculada, caso de ser persona física.

Este tratamiento merece, en mi opinión, la máxima repulsa a nivel conceptual. No parece de recibo que, por un lado, la propuesta de regularización de la AEAT resulte ejecutiva, debiendo paralizarse la misma por parte del contribuyente con el correspondiente coste de avales o el propio pago de la deuda tributaria resultante del acta incoada, y por el contrario no se

permita al otro sujeto involucrado aplicar la valoración resultante de esa propuesta administrativa. Resumiendo, *solve et repete*, pero sólo en lo que convenga a la AEAT. En lo demás, a esperar la firmeza de la liquidación.

A mayor abundamiento, entiendo que el mentado artículo, ínsito en una norma con rango de reglamento, estaría implícitamente vulnerando lo dispuesto en la propia Ley General Tributaria, que exige una norma con rango de Ley por lo que se refiere a la determinación de la prescripción. Si bien al tratarse, paradójicamente, de un precepto que “beneficia” al contribuyente, puesto que de no ser así perdería la posibilidad de regularización, no parece que vaya a invocarse su presunta ilegalidad. Lo cual no es óbice para que deba criticarse con la mayor vehemencia, en sede de un estudio técnico y de un análisis riguroso de la normativa tributaria.

- Lo dispuesto en este apartado será aplicable respecto de las personas o entidades vinculadas afectadas por la corrección valorativa que sean sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o establecimientos permanentes de contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.
- Lo dispuesto en este apartado se entenderá sin perjuicio de lo previsto en los tratados y convenios internacionales que hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno.

VIII. Régimen sancionador

Constituye uno de los ejes fundamentales de la reforma. De suerte que se incluyen, dentro del artículo 16 del TRLIS, diversas menciones, de carácter sancionador, en relación con las operaciones vinculadas y, mas concretamente, derivadas de posibles defectos en cuanto a la obligación documental.

De entrada, y antes de analizar el precepto, comentar que, en mi opinión, resulta, cuando menos criticable, desde un punto de vista sistemático, introducir este prolijo régimen sancionador de forma exógena al cuerpo normativo que resultaría el adecuado, esto es, la Ley General Tributaria. No se trata de un matiz baladí, sino que esta circunstancia podría tener efectos perversos, en tanto en cuanto se estaría dejando a este régimen sancionador, al menos a nivel volitivo del legislador, huérfano de los artículos que regulan a nivel general el derecho sancionador, dentro del ámbito tributario.

Una vez sentada esta premisa, podemos analizar de forma pormenorizada este nuevo régimen sancionador. Así, nos encontramos

con los siguientes casos de infracción tributaria, dependiendo de si se ha producido o no incumplimiento de la obligación documental.

VIII.1. Régimen sancionador vinculado al incumplimiento formal

En este supuesto se contemplan dos escenarios distintos:

- a) No aportar o aportar de forma incompleta, inexacta o con datos falsos la documentación que conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 16 del TRLIS y en su normativa de desarrollo deban mantener a disposición de la Administración tributaria las personas o entidades vinculadas.

En tanto en cuanto las características de la documentación se fijarán reglamentariamente, nos encontramos ante un supuesto en el que cabría invocar, en mi opinión, vulneración indirecta de la reserva de ley en el ámbito sancionador, puesto que en última instancia se estará sometiendo a potencial sanción el incumplimiento de preceptos reglamentarios. Seguro que, en su momento, resultarán de gran interés los argumentos válidos en Derecho penal en relación con las normas penales en blanco.

- b) Asimismo, constituye infracción tributaria que el valor normal de mercado que se derive de la documentación prevista en este artículo y en su normativa de desarrollo no sea el declarado en el Impuesto sobre Sociedades, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o el Impuesto sobre la Renta de No Residentes.

Nótese, a este respecto, que lo que resulta sancionable no es que la valoración no sea acorde a mercado, sino que dicha valoración no sea la que deriva de la mentada documentación. Sería importante que la AEAT tenga asimismo clara esta premisa.

Esta infracción será grave y se sancionará de acuerdo con las siguientes normas:

- Cuando no proceda efectuar correcciones valorativas por la Administración tributaria respecto de las operaciones sujetas al Impuesto sobre Sociedades, al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o al Impuesto sobre la Renta de No Residentes, la sanción consistirá en multa pecuniaria fija de 1.500 euros por cada dato y 15.000 euros por conjunto de datos, omitido, inexacto o falso, referidos a cada una de las obligaciones de documentación establecidas reglamentariamente para el grupo o para cada entidad en su condición de sujeto pasivo o contribuyente.

No queda claro qué significa el “conjunto de datos”, al igual que en lo señalado anteriormente, dependerá en última instancia de la

configuración reglamentaria; con lo que reitero la posible vulneración de la reserva de ley en el caso que nos ocupa.

En el Borrador de Proyecto de Reglamento se explicitan diversos supuestos que constituyen conjuntos de datos a los efectos procedentes. En el *Anexo* que recoge el detalle de obligaciones documentales se incluyen asimismo dichas referencias.

- Cuando proceda efectuar correcciones valorativas por la Administración tributaria respecto de las operaciones sujetas al Impuesto sobre Sociedades, al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o al Impuesto sobre la Renta de No Residentes, la sanción consistirá en multa pecuniaria proporcional del 15 por ciento sobre el importe de las cantidades que resulten de las correcciones valorativas de cada operación, con un mínimo del doble de la sanción que correspondería por aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior.

Esta sanción será incompatible con la que proceda, en su caso, por la aplicación de los artículos 191, 192, 193 ó 195 de la Ley 58/2003, *General Tributaria*, por la parte de bases que hubiesen dado lugar a la imposición de la infracción prevista en este número. Recordemos que los citados artículos se refieren a los siguientes supuestos de infracciones tributarias:

- Falta de ingreso (191)
- Obtención indebida de devoluciones tributarias (193)
- Determinación o acreditación improcedente de partidas a compensar en declaraciones futuras (195)
- Declaración incorrecta de la renta neta sin que produzca falta de ingreso u obtención indebida de devoluciones por haberse compensado en un procedimiento de comprobación o investigación cantidades pendientes de compensación, deducción o aplicación

Consecuentemente, entiendo que la infracción resultante derivada de la incorrecta determinación del valor de mercado, no debería llevar como consecuencia sanción por ninguno de los conceptos genéricos enunciados en los mentados artículos. Entre ellos, el mas destacable, en sede del artículo 191, “dejar de ingresar la deuda tributaria”.

Ésta es, en principio, la conclusión que resulta de la literalidad y del espíritu de la norma. Ello no obstante, en determinados círculos de la AEAT se ha planteado, al menos como elemento de reflexión, el hecho de que la incompatibilidad de referencia no significa prevalencia del régimen sancionador derivado de la infracción documental frente al que deriva de la falta de ingreso, sino que en última instancia dependerá de la voluntad del

actuuario, que podría elegir entre sancionar el incumplimiento formal o bien, en su caso, la falta de ingreso a que haya dado lugar. A este respecto, no cabe más que expresar mi absoluta discrepancia frente a esta postura interpretativa, de llegar a ponerse en práctica.

Como referencia específica para los ejercicios cerrados con anterioridad a que entren en vigor las disposiciones reglamentarias que definen las obligaciones formales, no cabrá sanción derivada del hecho de que no se disponga de la correspondiente documentación.

Ello no obstante, la obligación genérica de valorar en condiciones de mercado está ya vigente para los ejercicios iniciados a partir de 1 de enero de 2007. Con el inconveniente añadido que, al no entrar en juego la incompatibilidad antes aludida de la infracción documental con la que resulta, entre otros, de la falta de ingreso, no puede descartarse que la AEAT pretenda aplicar, sin más, el régimen sancionador general para operaciones realizadas, como idea general, en el ejercicio 2007. Esto sería especialmente criticable, puesto que en última instancia, se estaría penalizando a los contribuyentes por la incapacidad de la Administración, a la hora de confeccionar el correspondiente texto reglamentario.

En mi opinión, el criterio que debería defenderse en relación con el régimen sancionador, en tanto no se disponga de Reglamento y hayan transcurrido los tres meses que exige la norma, es considerar que el apartado 10 del artículo 16 del TRLIS no resulta de aplicación en modo alguno, ni a los efectos de sancionar el incumplimiento formal – lo cual es irrefutable – ni tampoco para que resulte sancionable cualquier diferencia de valoración. Es decir, la norma ínsita en la norma 4ª del apartado 10 tan sólo tiene sentido una vez vigente la normativa documental, sustento de la regularización en sede de operaciones vinculadas.

- La cuantía de las sanciones pecuniarias impuestas de acuerdo con lo previsto en este número se reducirá conforme a lo dispuesto en el artículo 188.1 de la Ley 58/2003 General Tributaria, en caso de conformidad con la propuesta de regularización, como regla general en un 30 por 100 sobre el importe de la misma.

Adicionalmente, la cuantía de las sanciones pecuniarias impuestas de acuerdo con lo previsto en este apartado se reducirán conforme a lo dispuesto en el artículo 188.3 de la Ley 58/2003 *General Tributaria*, esto es, si se produce el pago o se garantiza la deuda tributaria según lo previsto en dicho artículo, sin que se interponga recurso o reclamación alguna contra la sanción.

Las sanciones previstas en este apartado serán compatibles con la establecida para la resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria en el artículo 203 de la Ley 58/2003, *General Tributaria*, por la desatención de los requerimientos realizados.

VIII.2. Correcciones valorativas sin incumplimiento del requisito formal

Según la literalidad del artículo 16.10 del TRLIS en su número 4º, cuando proceda efectuar correcciones valorativas por parte de la Administración tributaria respecto de operaciones sujetas al Impuesto sobre Sociedades, al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o al Impuesto sobre la Renta de No Residentes, sin que se haya producido el incumplimiento a nivel documental que constituye la base de esta infracción, no se entenderá producida comisión de las infracciones antes aludidas, previstas en los artículos 191, 192, 193 ó 195 de la Ley 58/2003, *General Tributaria*, antes referidas, por la parte de bases que hubiesen dado lugar a corrección valorativa.

Es decir, si resulta que la valoración de las operaciones vinculadas, finalmente, no se considera conforme a mercado por parte de la AEAT, si cuando menos la plasmación documental previa es correcta, entiendo que **no deberán aplicarse sanciones con motivo de la regularización**.

Con lo que el hecho de disponer de la documentación en tiempo y forma vendría a configurarse como una suerte de excusa absolutoria en el ámbito penal.

A pesar de que el tenor literal resulta, en mi opinión, meridianamente claro, deberá asimismo esperarse para verificar cómo aplica la AEAT este precepto, cuya aparente obviedad literal me temo que no evitará, al menos de forma general, posibles discusiones en sede de procedimientos inspectores. Concretamente la potencial discusión frente a la AEAT girará presumiblemente en torno a la discrepancia del actuario respecto de la valoración otorgada por las partes; con lo que, incluso a pesar de que se disponga de la correspondiente documentación y se haya determinado la valoración de conformidad con la misma, si la diferencia de valor resulta sustancial, no descarto que se pretenda la imposición de sanciones derivada de la “falta de ingreso”. Lo cual sería, sin duda alguna, *contra lege* y consecuentemente recurrible, en mi opinión.

Reiterar finalmente la problemática práctica en relación con los ejercicios iniciados en 2007, en los que aún no haya entrado en vigor el cuerpo reglamentario regulador, en sentido idéntico al reseñado anteriormente. Considero que en modo alguno cabría imponer sanción, derivada de una potencial corrección valorativa, partiendo de la base de que no pueden irrogarse perjuicios a los contribuyentes derivados de las

deficiencias del legislador – en este caso de los funcionarios que deberían haber aprobado en tiempo y forma el correspondiente Reglamento -. De suerte que en el ínterin hasta su publicación no cabe hablar de régimen sancionador en el ámbito de las operaciones vinculadas, al estar el artículo 16.10 TRLIS pendiente de desarrollo.

VIII.3. Reflexiones respecto al régimen sancionador

Se incluye como Anexo II un supuesto práctico en el que puede verse la operatividad práctica de este régimen.

A título de resumen, cabe concluir que el efecto práctico del meritado régimen sancionador es el siguiente: en caso de corrección valorativa consecuyente a una infracción documental la sanción resulta **como mínimo** equivalente a una sanción del 50 por 100 derivada de la falta de ingreso de la cuota que derivaría de la regularización. Es decir, el efecto final, si bien aderezado con una normativa prolija y que requiere un análisis cuantitativo y conceptual pormenorizado, supone, ni más ni menos, la ruptura plena con el artículo 16 de la Ley 43/1995 y del TRLIS anterior a la Ley Antifraude, en tanto en cuanto se acaba aplicando un régimen sancionador, que repito, supondrá la sanción del 50 por 100 sobre la cuota no ingresada, en caso de corrección valorativa.

No se incluye referencia alguna, según lo indicado anteriormente, a los supuestos en que no proceda sanción, al no concurrir las condiciones genéricas exigidas a nivel legal. Lo cual, me temo, no es un olvido del legislador, sino que la idea que subyace es que no cabe hablar de buena fe o causas de exclusión de la sanción al partirse, presuntamente, de un hecho cierto: el incumplimiento de la obligación de disponer de determinada información. Lo cual, en mi opinión, resulta ciertamente grave.

Mencionar finalmente que el importe final de la sanción puede ser incluso superior al citado 50 por 100 sobre la cuota presuntamente defraudada, en función del volumen de datos que no se hayan aportado a la AEAT así como de la cuantía de la corrección, propiamente dicha.

Así, en un caso extremo, en el que no se disponga de información alguna, ni respecto al grupo ni al propio obligado tributario, resultaría una sanción mínima derivada de 5 incumplimientos de información a nivel de grupo y de 4 incumplimientos de información a nivel del obligado tributario: como diríamos los de la generación que bebió de las fuentes de un recordado concurso televisivo “son 9 incumplimientos, a 15.000 Euros cada uno, 135.000 Euros”. Ya no entramos a cuantificar a su vez el incumplimiento a nivel de datos que no se han aportado. El efecto es, ciertamente, desmesurado, en mi modesta opinión.

Es por ello que reitero lo indicado anteriormente, respecto a las dudas que genera la legalidad del cuerpo normativo analizado, aspecto al que ya me he referido anteriormente.

IX. Consecuencias de la determinación de un valor de mercado distinto del aplicado por las partes

IX.1. Ajuste primario

IX.2. Ajuste secundario

Pendiente para la sesión venidera.

X. Conclusiones

Como colofón a este trabajo, creo que cabe extraer determinadas conclusiones, que se exponen seguidamente, a riesgo de resultar tal vez simplista en mis apreciaciones.

En primer lugar, reitero lo comentado al inicio de este trabajo, en el sentido de que considero que la introducción de un nuevo régimen en relación con las operaciones vinculadas no constituye, ni puede constituir en modo alguno, un supuesto de norma merecedora de incardinarse en el cuerpo normativo regulador del fraude fiscal.

Tras el análisis efectuado, esa idea preliminar no sólo se refuerza sino que se introduce un elemento adicional, que convierte, si cabe, en mas criticable el proceder del legislador: resulta que el régimen de operaciones vinculadas acaba siendo un compendio de preceptos que, al final, giran en torno a un aspecto novedoso y, en mi opinión, claramente reprobable: se trata de fijar un régimen basado en el cumplimiento de determinadas obligaciones formales y documentales, con el agravante que estarán delimitadas reglamentariamente.

De donde, me pregunto dónde está ese comportamiento defraudatorio, que tiene esas graves consecuencias según el preámbulo de la Ley Antifraude. ¿Acaso puede alguien defender que el hecho de no documentar las operaciones vinculadas de conformidad con este prolijo régimen que resulta de la reforma legal supone una actitud fraudulenta o defraudatoria? Mi respuesta no puede ser más clara e inequívoca: no, en modo alguno. Es mi opinión que se ha experimentado una confusión flagrante de conceptos, y que el legislador ha pretendido introducir determinadas reformas, utilizando para ello un vehículo normativo que no es el mas adecuado.

La opinión oficiosa de la Administración tributaria española, que pretende justificar esta nueva regulación en tanto que forzada para evitar denuncias frente al Reino de España por discriminación, respecto

a sujetos no residentes en España, creo, con todo el respeto, que carece de sentido y de rigor.

Pero siendo irrefutable lo indicado anteriormente, la evidente complejidad en cuanto a la obtención del soporte documental, así como la flagrante dificultad práctica en cuanto a la determinación del valor de mercado propiamente dicho, introduce un elemento adicional que, por sí sólo hace acreedora al nuevo tratamiento de las operaciones vinculadas de la crítica más enérgica. Sobre todo teniendo en cuenta que, en no pocas ocasiones, la discrepancia con el valor de mercado no habría tenido consecuencias prácticas algunas en términos recaudatorios.

Me gustaría pensar que el legislador no es consciente de que, con la promulgación de esta norma, ha activado una bomba de relojería, que en manos de la AEAT puede acarrear consecuencias devastadoras para el común de los contribuyentes, a los que a las dificultades habituales para salir adelante en su actividad empresarial, se le ha añadido un elemento adicional de dificultad, que se traducirá de forma indefectible en costes pecuniarios, ya sea en forma de honorarios de asesores, compra de bases de datos... o directamente, de sanciones resultantes de la actuación inspectora.

En cuanto al elenco de asesores fiscales, se ha introducido asimismo un elemento que dificulta en gran medida su actuación profesional, en un escenario de total inseguridad e indeterminación en relación a esta tipología de operaciones. No sólo de cara a sus clientes sino en cuanto a su situación profesional propiamente dicha.

En resumen, creo que la norma analizada merece estar en lugar preferente en el ranking de los despropósitos del legislador tributario. Como colofón creo que resulta aplicable una referencia al mentalista Anthony Blake (para quien discrepe de la cita de un personaje totalmente ajeno al mundo tributario, simplemente diré que en gran medida el tema analizado resulta, asimismo, extramuros de lo que un estudioso de la fiscalidad consideraría su ámbito de ejercicio profesional): *“La delimitación reglamentaria del régimen de operaciones vinculadas ha sido producto de su imaginación. Y no le den más vueltas, no tiene sentido.”*.