

**XXV CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN
ESPAÑOLA DE ASESORES FISCALES**

**Las operaciones vinculadas
en el ámbito de los impuestos directos**

por

Joan-Francesc Pont Clemente

**Catedrático de Derecho financiero y tributario
de la Universidad de Barcelona
y miembro de la AEDAF**

Barcelona, 7 de noviembre de 2003

Sumario:

- 1.- **Fundamento de las normas relativas a las operaciones vinculadas.**
- 2.- **Delimitación de las operaciones vinculadas.**
- 3.- **Naturaleza de la potestad administrativa de valoración.**
- 4.- **Los supuestos que habilitan la valoración administrativa.**
- 5.- **El ajuste extracontable por parte de las entidades vinculadas.**
- 6.- **Ausencia de sanciones.**
- 7.- **Nostalgia del ajuste unilateral.**
- 8.- **Valor de mercado: criterios para su determinación.**
- 9.- **Las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.**

1.- **Fundamento de las normas relativas a las operaciones vinculadas**¹

La asunción de un régimen especial para las operaciones vinculadas se fundamenta, principalmente, en la necesidad de evitar los precios de transferencia mediante los cuales se origina una traslación encubierta de beneficios de unas sociedades a otras. Esta traslación se produce, de ordinario, hacia entidades con una menor presión fiscal –por estar incursas en pérdidas permanentes o gozar de determinados beneficios fiscales- o hacia territorios de baja tributación².

Ello no obstante, la regulación de las operaciones vinculadas estaba pensada originariamente para ser aplicada sólo en relación con las operaciones que se hubiesen efectuado entre sociedades residentes en distintos Estados. En este sentido, el Dictamen del Consejo Económico Social (CES) señala que *la tributación de operaciones vinculadas tiene sentido exclusivamente en el ámbito de las relaciones internacionales, para evitar que se produzcan maniobras con el fin de trasladar beneficios de una jurisdicción fiscal a otra, eludiendo la*

¹ Con mi agradecimiento a María Dolors Torregrosa Carné, Profesora Titular de Derecho financiero y tributario en la Universidad de Barcelona, por su valiosa ayuda.

² En esta línea, la Resolución del TEAC, de 9 de octubre de 1997 destaca como finalidad primordial de los precios de transferencia, aunque no la única, la de trasladar los beneficios de una empresa a otra, *lo que puede suponer, si se trata de dos entidades sujetas a una misma soberanía fiscal, la elusión del pago del Impuesto sobre Sociedades, dado que los beneficios se tenderán a situar en aquella sociedad o sociedades del grupo con una situación permanente o cuasi permanente de pérdidas de manera que éstas absorban la totalidad o la mayor parte de aquéllos. Este traslado de beneficios mediante los precios de transferencia se realiza, igualmente, entre sociedades sujetas a distintas soberanías fiscales con el fin de colocar los beneficios en los países de menor nivel impositivo.* El mismo criterio se sostiene en las Resoluciones del TEAC de 13 y 29 de enero de 1999, y de 21 de febrero de 2001.

*tributación en la primera. Por tanto, no es conveniente aplicarla, como propone el Anteproyecto, en el seno de relaciones sometidas a una misma jurisdicción fiscal: lo que para una entidad es menor ingreso para la otra serán menores gastos, de forma que los efectos en el conjunto de las bases imponibles se neutralizarán y no habrá pérdida efectiva de tributación*³.

Asimismo, en el ámbito internacional, la OCDE justifica la necesidad de adoptar el precio de libre concurrencia, en los supuestos de operaciones entre empresas asociadas, en el intento de otorgar una mayor paridad en el trato fiscal que los ordenamientos dispensen a las empresas multinacionales en relación con las empresas independientes, a fin de evitar la creación de ventajas o desventajas fiscales que, de otra forma, podrían distorsionar la competencia efectiva en el mercado: “Porque el principio de libre concurrencia coloca a las empresas asociadas y a las independientes en una posición de mayor igualdad a los efectos impositivos, impidiéndose la creación de ventajas o desventajas fiscales que de otra manera distorsionarían la relativa posición de competitividad de cada clase de entidades”⁴. Con ello, se pretende impedir la competencia *desleal* –o quiebra del principio de libre concurrencia- en que pueden incurrir las empresas asociadas al intervenir en el mercado. Dicho de otro modo, mediante los ajustes valorativos entre empresas asociadas se trata de evitar que éstas coloquen en una situación de inferioridad en el mercado a las empresas independientes.

Estos planteamientos han influido, sin duda, en la elaboración de las normas reguladoras de las operaciones vinculadas y, de hecho, en una primera aproximación al texto legal, podría pensarse que el citado régimen especial sólo es de aplicación a las operaciones con personas o entidades no residentes, ya que la referencia a *una tributación inferior en España* parece inferir que la Ley limita sus efectos a los casos en que se ha producido una traslación de resultados –o de bases imponibles- al exterior.

³ Dictamen del Consejo Económico y Social de 15 de febrero de 1995, sobre el Anteproyecto de Ley del Impuesto sobre Sociedades, incluido en Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley del Impuesto sobre Sociedades, Secretaría de Estado de Hacienda, núm. 126, 1995, pág. 1296.

⁴ Informe OCDE “Principes applicables en matière de prix de transfert à l’intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales”, Paris, 1995.

Sin embargo, no se discute que la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS) extiende el régimen jurídico de las operaciones vinculadas a las transacciones económicas de ámbito interno en las que, *considerando el conjunto de personas o entidades vinculadas*, se produzca como resultado la tributación inferior o diferida. Este sería el caso, por ejemplo, de dos sociedades residentes en España, vinculadas entre sí, siendo que una de ellas tributa a tipo general y otra a un tipo reducido, y entre las cuales se realice una operación que permita trasladar beneficios de la primera a la segunda.

Ahora bien, para Sanz Gadea, la extensión del referido régimen jurídico a las transacciones económicas realizadas entre entidades residentes en territorio nacional, y por tanto sometidas a la misma jurisdicción fiscal, también puede considerarse que constituye una medida para dar efectividad al principio de independencia que subyace en la normativa reguladora del Impuesto sobre Sociedades.

Como señala el citado autor, el sujeto pasivo en el impuesto sobre sociedades es la persona jurídica sin más, y sólo excepcional y voluntariamente, el grupo de sociedades podrá tener la condición de sujeto pasivo. Pero, ni siquiera el grupo de sociedades del artículo 78 de la Ley 43/1995 es un sujeto pasivo del todo consistente, en la medida en que la totalidad de las entidades no residentes en territorio español quedan fuera del mismo⁵.

La elección de la personalidad jurídica como elemento determinante de la sujeción pasiva trae como corolario la necesidad de calcular los beneficios, a efectos fiscales, de acuerdo con el principio de independencia. En virtud de este principio la renta gravable debe ser determinada como si la entidad fuera totalmente independiente, a pesar de que no lo es. Pues bien, la normativa sobre operaciones vinculadas es uno de los instrumentos, aunque no el único, a través del cual se trata de hacer efectivo dicho principio.

Advierte Sanz Gadea, que es importante definir correctamente la función que cumplen las normas sobre operaciones vinculadas porque existe una tendencia doctrinal a contemplar

⁵ SANZ GADEA, E.: *Operaciones vinculadas*, Estudios Financieros, núms. 209-210, págs. 77-78.

dichas normas en relación, simplemente, con la distribución encubierta de beneficios, y si bien es cierto que mediante una operación vinculada puede producirse dicho fenómeno, también lo es que el objetivo de la regulación de las operaciones vinculadas es mucho más amplio que el de hacer frente a las distribuciones de beneficios encubiertas.

Sin embargo, aunque pueda compartirse esto último, lo cierto es que en la regulación de las operaciones vinculadas se encuentran exponentes que muestran con claridad que el objetivo del régimen especial no es tanto que cada entidad soporte el impuesto que verdaderamente le corresponde en función del principio de independencia, como el de impedir que los precios de transferencia provoquen una disminución en la recaudación. En particular, confirma lo anterior el hecho que la habilitación para que la Administración pueda corregir los valores contabilizados por las partes vinculadas, se limite a los supuestos en que se derive una *menor tributación en España o un diferimiento de la tributación*.

2.- Delimitación de las operaciones vinculadas

Según dispone el artículo 16.2 de la LIS –mucho más extenso y detallado que su precedente de 1978-, se consideran personas o entidades vinculadas las siguientes:

- a) Una sociedad y sus socios.
- b) Una sociedad y sus consejeros o administradores.
- c) Una sociedad y los cónyuges, ascendientes o descendientes de los socios, consejeros o administradores.
- d) Dos sociedades que, de acuerdo con lo establecido en el Código de Comercio reúnan las circunstancias requeridas para formar parte de un mismo grupo de sociedades, sin que sean de aplicación, a estos efectos, las causas de exclusión previstas en el artículo 43 del mismo.
- e) Una sociedad y los socios de otra sociedad, cuando ambas sociedades pertenezcan al mismo grupo de sociedades definido en el artículo 42 del Código de Comercio, sin

que sean de aplicación, a estos efectos, las causas de exclusión previstas en el artículo 43 del mismo.

- f) Una sociedad y los consejeros o administradores de otra sociedad, cuando ambas pertenezcan al mismo grupo de sociedades definido en el artículo 42 del Código de Comercio, sin que sean de aplicación, a estos efectos, las causas de exclusión previstas en el artículo 43 del mismo.
- g) Una sociedad los cónyuges, ascendientes o descendientes de los socios o consejeros de otra sociedad cuando ambas sociedades pertenezcan al mismo grupo de sociedades definido en el artículo 42 del Código de Comercio, sin que sean de aplicación, a estos efectos, las causas de exclusión previstas en el artículo 43 del mismo.
- h) Una sociedad y otra sociedad participada por la primera indirectamente en, al menos, el 25 por 100 del capital social.
- i) Dos sociedades en las cuales los mismos socios o sus cónyuges, ascendientes o descendientes participen, directa o indirectamente en, al menos, el 25 por 100 del capital social.
- j) Una sociedad residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el extranjero.
- k) Una sociedad residente en el extranjero y sus establecimientos permanentes en territorio español.
- l) Dos entidades que forman parte de un grupo que tribute en el régimen de los grupos de sociedades cooperativas.
- m) Dos sociedades, cuando una de ellas ejerce el poder de decisión sobre la otra.

En los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socio-sociedad, la participación deberá ser igual o superior al 5 por 100 o al 1 por 100 si se trata de valores cotizados en un mercado secundario organizado.

De acuerdo con el mencionado artículo 16, el régimen previsto para las operaciones vinculadas se aplica a todo tipo de operaciones, tanto las que generan resultados ordinarios como extraordinarios. Pero, en cualquier caso, es necesario que la operación exista, es decir,

que se establezca entre las partes una relación jurídica determinante de prestaciones cuyo valor es, precisamente, el que podrá ser objeto de valoración administrativa. Señala, Sanz Gadea que, por esta razón, un conjunto de estrategias empresariales tendentes, incluso por motivos fiscales, a situar resultados en la entidad del grupo que más convenga no son regularizables a través de la técnica de las operaciones vinculadas, en cuanto que no se manifiestan a través de operaciones entre entidades vinculadas. Así, las decisiones de capitalizar determinadas entidades, hacer depender a otras de la financiación ajena, realizar los proyectos de inversión en sede de una u otra entidad..., no podrán ser combatidas, aunque tengan una clara motivación fiscal, a través de la técnica de las operaciones vinculadas⁶.

3.- Naturaleza de la potestad administrativa de valoración

La naturaleza de la potestad de la Administración para valorar las operaciones entre personas o entidades vinculadas a precio de mercado, ha sido objeto de pronunciamientos doctrinales contrapuestos. Así, mientras para unos se trata de una potestad discrecional de la Administración, para otros, no cabe duda de que el legislador ha configurado una potestad reglada.

Las potestades administrativas son de dos clases: regladas y discrecionales, según cuál sea la concreción legal de la potestad. Si la norma determina exhaustivamente los elementos integrantes de la potestad, agotando su contenido, sin dejar, en su ejercicio, un margen de apreciación administrativa, estamos ante una potestad reglada. Si, en cambio, la norma remite al criterio de la Administración alguno de los elementos integrantes de la potestad o de las condiciones de su ejercicio, será discrecional. La discrecionalidad supone la posibilidad de elegir entre soluciones alternativas igualmente justas, desde la perspectiva del interés público y que, por tanto, serán jurídicamente indiferentes. Ahora bien, la atribución de potestades discrecionales a la Administración no implica el ejercicio de facultades ilimitadas, habida cuenta de que las mismas vienen determinadas, tanto por la existencia de los elementos reglados que concurren necesariamente en la configuración de la potestad, como por el

⁶ SANZ GADEA, E.: *Op. cit.*, pág. 89.

ineludible respeto al interés público y a los principios generales del Derecho, tales como el de interdicción de la arbitrariedad, seguridad jurídica, proporcionalidad, igualdad o buena fe.

De acuerdo con lo anterior, la potestad concebida en el artículo 16 de la LIS, es una potestad reglada, ya que los supuestos de hecho que habilitan para su ejercicio y las consecuencias jurídicas del mismo se hallan perfectamente definidas en la norma. La Administración no tiene, en este caso, capacidad de decisión, entendida en el sentido de optar entre varias soluciones igualmente justas, sino que cuando se dé el supuesto previsto, esto es, que en una operación entre personas vinculadas se haya originado una menor tributación o un diferimiento del impuesto, la Administración podrá actuar corrigiendo la valoración. Pero, además la norma condiciona el ejercicio de la potestad al señalar el procedimiento para proceder a la valoración y los métodos para obtener el valor de mercado.

Es cierto que el valor de mercado no se puede fijar directamente aplicando lo previsto en la ley, sino que es preciso indagar técnicamente en el mercado de que se trate, tarea harto difícil, pero sujeta a la concurrencia de una serie de requisitos que necesariamente deberán observarse a fin de concretar dicho valor –que se refiera a una mercancía similar, a un mismo mercado geográfico, a un volumen equivalente, a una misma fase de producción, a idéntico período de tiempo y que se den unas exactas condiciones de venta-⁷.

A pesar de que la redacción del precepto es poco afortunada y el uso del término *podrá* pueda favorecer una interpretación en el sentido de que se está ante una aplicación facultativa u opcional por parte de la Administración, no cabe duda que la norma está condicionando su actuación a la concurrencia de una serie de circunstancias, impidiéndosela en caso contrario,

⁷Al respecto sostiene Sanz Gadea que *la Administración tributaria deberá estimar el valor de mercado, pero en dicha actividad no hay discrecionalidad, porque, además de que debe hacerlo aplicando los métodos previstos en el apartado 3 del artículo 16, aquélla carece de la libertad de elegir entre diversas alternativas. El ejercicio de la potestad de valoración debe llevar a determinar el valor normal de mercado, que por definición es único y excluyente, por más que, en no pocos casos, los procesos técnico-económicos de determinación del mismo ofrezcan un abanico de valores. Ante los mismos la Administración tributaria no puede elegir en función de una cierta percepción del interés social, sino que debe limitarse a declarar como valor de mercado un único valor, que no ha escogido, sino determinado, op. cit., pág. 84.*

pero, también, obligando a la Administración a realizar el ajuste valorativo cuando se produzcan los requisitos legalmente exigidos⁸.

La primera de las circunstancias que imperativamente debe concurrir es, como ya se ha señalado, que la valoración consignada por las partes origine una menor tributación en España en relación con la que hubiera correspondido por aplicación del valor normal de mercado, o un diferimiento de la misma. La segunda circunstancia que se prevé en el indicado precepto, es el límite que impide la valoración administrativa por el valor de mercado cuando determine, en el IRPF o en el IS, *la tributación de una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las entidades que la hubieran realizado*⁹.

En definitiva, este *podrá* no indica una opción, sino que señala las condiciones en que la Administración puede, y debe, aplicar la norma de valoración, convirtiendo la actuación administrativa en una facultad condicionada, impidiendo, a su vez, posibles conductas abusivas o arbitrarias¹⁰.

⁸ Argumenta Esteve Pardo que no puede defenderse la aplicación facultativa de la norma de valoración porque supondría el establecimiento de una potestad discrecional a favor de la Administración respecto de un aspecto con incidencia directa en la base imponible, elemento esencial de la obligación tributaria, lo que contravendría el carácter indisponible o inderogable del crédito tributario. ESTEVE PARDO, M^a L.: *Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribución encubierta de beneficios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 84 y 85. En la misma línea, García-Herrera Blanco, quien opina que *no estamos ante una facultad administrativa que permita a la Administración optar, en situaciones idénticas, por realizar los ajustes a unos sujetos y no a otros*. GARCÍA-HERRERA BLANCO, C.: *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, pág. 64.

⁹ Esta última circunstancia constituye también una condición del ejercicio de la potestad administrativa de valoración, que, además, contribuye a fijar el sentido que debe atribuirse a la expresión *podrá* utilizada en el artículo 16 de la LIS.

¹⁰ Para Falcón y Tella, el artículo 16 de la LIS se limita a facultar a la Administración para la liquidación sobre valores de mercado, en lugar de atender al precio efectivo; pero sin obligar a la Administración, y menos al contribuyente, a tomar en consideración el valor de mercado... Ello implica que la Administración puede optar en función de las circunstancias del caso entre liquidar por los valores efectivos o por los del mercado. FALCÓN Y TELLA, R.: "El régimen de operaciones vinculadas: análisis del artículo 16 de la Ley 43/1995 y de su desarrollo reglamentario", *Impuestos*, núm. 24, 1998, págs. 27 y 28.

4.- Los supuestos que habilitan la valoración administrativa

El ejercicio de la facultad administrativa para valorar, por el valor de mercado, las operaciones efectuadas entre partes vinculadas se circunscribe a los supuestos en que concurre alguna de las siguientes situaciones:

- La valoración convenida entre las partes determina, considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas, una tributación en España inferior a la que hubiera correspondido por aplicación del valor normal de mercado
- La valoración convenida entre las partes determina, considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas, un diferimiento de la tributación en España en relación a la que hubiera correspondido por aplicación del valor normal de mercado¹¹

En consecuencia, no toda operación que se realice entre partes vinculadas podrá ser objeto de un ajuste a valor de mercado, sino sólo lo serán aquéllas en las que el valor convenido implique la menor tributación en España o el diferimiento de la misma. A estos efectos, en muchos casos la corrección por el valor de mercado no va a tener relevancia en relación con la deuda tributaria, puesto que, al ser aplicable el ajuste bilateral, lo que es mayor renta para una de las partes intervinientes –y, por tanto, mayor deuda tributaria- va a suponer una renta inferior en la otra –y, en su efecto, menor deuda tributaria-.

Ahora bien, existen otros supuestos en los que, normalmente, sí se producirá la minoración en la tributación que la ley exige, como es el caso de transferencias de rentas al extranjero, transferencias de rentas a entidades con bases imponibles negativas susceptibles de compensación, transferencias a entidades que tributan a un tipo especial reducido o a las que

¹¹ En relación con este supuesto, resulta interesante recordar las observaciones contenidas en el Dictamen del CES, según el cual *la facultad de la Administración para corregir el valor de las operaciones entre personas o entidades vinculadas debería limitarse a aquellos supuestos en los que efectivamente se produzca una tributación inferior a la que hubiera correspondido al aplicar el valor de mercado; resulta excesivo ampliar el ámbito de aplicación del régimen a los supuestos en que se puede derivar un diferimiento de los impuestos, porque con ello se concede una facultad discrecional ilimitada a la Administración. Dictamen del Consejo Económico y Social, de 15 de febrero de 1995, sobre el anteproyecto de Ley del Impuesto sobre Sociedades.*

resultan de la aplicación beneficios fiscales y, en fin, transferencias a socios, personas físicas, que tributan eventualmente a un tipo de gravamen inferior al del Impuesto sobre Sociedades.

Corresponde a la Administración tributaria determinar si se ha producido la condición legal de la tributación inferior o del diferimiento, mediante la comparación de la tributación efectiva y la que hubiera resultado por aplicación del valor de mercado, referida al conjunto de las personas o entidades vinculadas que fueron parte en la operación.

En otro orden de consideraciones, se ha advertido que la limitación de los supuestos en los que procede el ajuste valorativo puede llegar a provocar discriminaciones injustificadas. Así, Moreno Fernández sostiene que *si los CDI (y la normativa interna de algunos países) permiten el ajuste valorativo “en todo caso” por el sólo hecho de tratarse de operaciones entre empresas asociadas, y la legislación interna española limita el ajuste sólo a los supuestos en los que se haya producido una minoración de la tributación o un diferimiento de la misma, es patente que se está colocando en una clara situación discriminatoria a las empresas asociadas residentes en territorio nacional, al castigarlas precisamente con aquello que se trata de evitar en los ajustes valorativos entre empresas asociadas: con la concurrencia en el mercado en una situación de inferioridad*¹².

Ello no obstante, ha de afirmarse que, cuando proceda la aplicación de un CDI, no puede descartarse la corrección del valor en una operación vinculada, aunque no concurra el supuesto de hecho de la menor tributación en España.

5.- El ajuste extracontable por parte de las entidades vinculadas

Para la mayor parte de la doctrina, el artículo 16 de la LIS establece una potestad de la Administración mediante la cual, en determinados supuestos, podrá valorar por el valor de

¹² Añade el autor que *el impedirles efectuar el ajuste negativo cuando fuese procedente por el sólo hecho de no haberse producido en España una minoración o un diferimiento de tributación, les coloca precisamente en esa situación de inferioridad*. MORENO FERNÁNDEZ, J.I.: *La tributación de las operaciones vinculadas*, Aranzadi, 2003, pág. 259.

mercado las operaciones realizadas entre entidades vinculadas y, que tal posibilidad, se atribuye de forma exclusiva a la Administración.

La consecuencia de lo anterior es que el sujeto pasivo debe determinar la base imponible del impuesto tomando en consideración el valor efectivo de la operación, sin que pueda practicar un ajuste fiscal aplicando el valor normal de mercado, ni siquiera cuando, atendidas las circunstancias, sea previsible que la Administración tributaria procederá a corregir el valor¹³. Este es el criterio que sostiene la Dirección General de Tributos en la Contestación de 9 de septiembre de 1996, a cuyo tenor, *los sujetos pasivos deberán reflejar en su contabilidad los valores convenidos sin que el resultado contable pueda o deba ser ajustado por ellos mediante la aplicación del valor de mercado. Es a la Administración tributaria a quien corresponde, en las condiciones y con las limitaciones contenidas en el citado artículo 16.1, efectuar tal valoración y practicar, en su caso, los ajustes oportunos, que tendrán efecto sobre la base imponible*¹⁴.

Ello no obstante, existen suficientes razones para defender que la Ley no impide que el sujeto pasivo realice el correspondiente ajuste extracontable, declarando en la base imponible el valor normal de mercado de la operación. La Ley faculta a la Administración para que proceda, en su caso, a corregir los valores convenidos en las operaciones vinculadas, siendo, además, que no puede dejar de ejercer dicha facultad al tratarse de una potestad reglada. De la Ley también se desprende que el sujeto pasivo no está obligado a valorar las operaciones

¹³ De este parecer es Sanz Gadea, para quien el poder de modificar el contenido de la relación jurídico-tributaria a través de la aplicación de una norma de valoración se configura mediante el ejercicio de una potestad, y ésta sólo puede ser ejercitada por la Administración. Por tanto, el sujeto pasivo no podrá valorar la operación por el valor normal de mercado a los efectos de determinar la base imponible... el sujeto pasivo que formula su declaración aplicando el valor normal de mercado infringe la norma, porque la misma ni le obliga ni le da derecho a así hacerlo. SANZ GADEA, E., *op.cit.* págs. 82 y 83.

En el mismo sentido, García-Herrera Blanco manifiesta que *los sujetos pasivos ni pueden ni deben realizar los ajustes. Op cit.*, pág. 75. Y también, Ucelay Sanz, quien sostiene que *no es una presunción que se desvirtúa por la contabilidad, sino una regla de valoración que puede utilizar, concurriendo una serie de requisitos, la Administración tributaria.* "Operaciones vinculadas", CEF, Gestión, *Revista de Actualización Empresarial*, núm. 3, 1998, pág. 12.

¹⁴ Este criterio se confirma en la Contestación de la DGT, de 28 de julio de 1999, según la cual *será la Administración Tributaria y no el sujeto pasivo quien pueda valorar por su valor normal de mercado las operaciones efectuadas entre una sociedad y sus socios cuando determinen una tributación inferior o un diferimiento de tributación.*

vinculadas por su valor normal de mercado, pero, en cambio, no se infiere que no pueda hacerlo.

En este mismo sentido, Herrera Molina afirma *que no existe impedimento alguno para que el sujeto pasivo realice el correspondiente ajuste, declarando el valor de mercado de la operación: si la base imponible está constituida por el valor de mercado carece de sentido impedir que el sujeto pasivo lo consigne en la declaración obligándole al pago de intereses de demora –superior al interés legal del dinero- en el momento en que se produzca la rectificación administrativa. Por otra parte, si se admitiera la tesis basada en una interpretación “literal” de la Ley y el Reglamento, tales normas diferenciarían la carga tributaria de los contribuyentes según la Administración compruebe o no las respectivas declaraciones, lo que parece una clara lesión de los principios de igualdad y capacidad económica*¹⁵.

En efecto, el artículo 16 contiene una norma de valoración pero que, a diferencia de la normativa anterior¹⁶, sólo se impone a la Administración y no a los contribuyentes. Desde este punto de vista, el citado precepto cumple la función de atribuir a la Administración la correspondiente facultad que la habilita para su actuación, en ausencia de la cual, la valoración de la operación vinculada por el valor de mercado, y sus consiguientes efectos, no serían posibles, habida cuenta de que la base imponible se determina a partir del resultado contable, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.3 de la LIS.

¹⁵ HERRERA MOLINA, P.M.: *Capacidad económica y sistema fiscal (Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho Alemán)*, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 427 y 428. También Cruz Amorós entiende que no existe ninguna razón lógica ni legal para negar la posibilidad al sujeto pasivo de ajustar fiscalmente su base imponible con valores de mercado, en el caso de operaciones vinculadas. Por ello, y aunque no es normal que se produzca este tipo de ajuste, por razones de consistencia en la propia presentación de la situación tributaria del contribuyente, no sería concebible ningún tipo de reacción administrativa penalizadora frente al mismo. La tesis de la imposibilidad de la autorregulación por los sujetos pasivos de los valores aplicados en operaciones vinculadas resulta contradictoria, además, con los principios aplicados por la LGT en materia de regularización espontánea de situaciones tributarias (art. 61 LGT), ya que si la Ley permite subsanar unilateralmente las infracciones previamente cometidas, carece de lógica la interpretación contraria al ajuste, por este concepto, del resultado contable del contribuyente cuando los valores utilizados responden a motivos mercantiles o comerciales válidos. CRUZ AMORÓS, M.: “Los precios de transferencia y la deslocalización de beneficios”, *Impuestos*, T. II, 1997, pág. 363.

¹⁶ Como se sabe, la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, establecía la valoración de las operaciones vinculadas a precios de mercado, obligando tanto a la Administración como a los propios sujetos pasivos a realizar el ajuste pertinente.

Nada empuja, sin embargo, a que los contribuyentes apliquen en su propia declaración la norma de valoración legalmente prevista, ya que si la Administración ejerce su potestad se derivará una valoración, que producirá efectos, precisamente, en la determinación de la base imponible del período impositivo en que tuvo lugar la operación vinculada¹⁷. No parece lógico, pues, que se prive al contribuyente de la posibilidad de realizar un ajuste que le permitiera conciliar su declaración del impuesto con la finalidad pretendida por el legislador, sin tener que esperar a una posterior comprobación administrativa¹⁸. A estos efectos, cabe recordar que el artículo 10.3 de la LIS determina que *la base imponible se calculará corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en la presente ley, el resultado contable*.

La postura que niega la posibilidad del ajuste extracontable aún parece menos razonable, si se observa que, de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 16.1, el resultado de la valoración administrativa se imputa al período impositivo en que se efectuaron las operaciones entre las entidades vinculadas, en cuanto período en que se realiza el hecho imponible, y no al momento en que tiene lugar dicha valoración, como correspondería si se tratara de una deuda que nace del ejercicio de la potestad¹⁹.

En definitiva, según se ha visto más arriba, el artículo 16 no dispone que la Administración pueda valorar las operaciones vinculadas por el valor de mercado, sino que ordena que la valoración de estas operaciones se haga así, lo cual en un sistema de autoliquidación conduce

¹⁷ El artículo 16 contiene una potestad y, a su vez, una norma de valoración. A través del ejercicio de la potestad se asignará el valor de mercado a una determinada operación, de lo que se derivará importantes consecuencias en orden a la formación de la base imponible de los sujetos vinculados.

¹⁸ Vid. MORENO FERNÁNDEZ, J. I.: *Op. cit.*, págs. 64-66. Señala el autor que, *de la misma manera que la Administración no tiene libertad para decidir si realiza el ajuste valorativo o no, sino que siempre que concurren las circunstancias legalmente establecidas está obligada a ajustar los valores, tampoco debería impedirse a los sujetos pasivos el cumplimiento voluntario y espontáneo de los postulados legales, sin necesidad de intervención administrativa... No tiene sentido que no se permita a los contribuyentes efectuar de oficio un ajuste al que la normativa obliga de forma imperativa, dejándolos ante la incertidumbre de una actuación administrativa encaminada a efectuar, en su caso, el mismo*.

¹⁹ La deuda tributaria derivada de la valoración administrativa se imputa al período impositivo en el que se realizó la operación vinculada y, en consecuencia, se aplicarán los correspondientes intereses de demora. Ello es así porque se entiende que la deuda tributaria está vencida, pero no puede cumplirse mientras la Administración tributaria no ejerza su potestad de valoración. Ciertamente, resulta difícil conciliar esta situación con los postulados de la LGT.

a que el sujeto pasivo pueda también valorar por el valor de mercado las referidas operaciones. La aplicación del artículo 16 provocará ajustes extracontables en las entidades o personas vinculadas, entre las cuales se produce la operación que valorar. Tales ajustes pueden ser realizados en las autoliquidaciones de las entidades afectadas, sin perjuicio de la potestad comprobadora de la Administración, la cual, posteriormente, podrá verificar que aquéllas han valorado correctamente la operación aplicando el valor normal de mercado.

Por otro lado, existen dos situaciones en las que se obliga a los sujetos pasivos a efectuar el ajuste de valoración, a saber, de una parte, la participación en la operación de una persona física, y de otra parte, cuando deba cumplirse con la obligación de retener o ingresar a cuenta²⁰.

En los casos en que la operación vinculada se realiza entre una sociedad y una persona física, y corresponda al ejercicio de actividades económicas o a la prestación de trabajo personal, ambas partes están obligadas a efectuar en su correspondiente declaración el ajuste extracontable, aplicando el valor normal de mercado, siempre que el citado ajuste implique un aumento de los ingresos en la persona física, pero no así cuando el aumento se produzca en la persona jurídica, en cuyo caso, habrá que estar al régimen general²¹.

Desde luego, resulta ilógico que en las operaciones vinculadas entre sociedades no se permita realizar el ajuste por las partes afectadas y, en cambio, cuando intervenga en la operación como parte implicada una persona física, el ajuste devenga obligatorio, según se ha expuesto.

Pero aún resulta más contradictorio establecer la obligación de efectuar un ajuste valorativo cuando se trata de dar cumplimiento a una obligación accesoria, como son las retenciones y los ingresos a cuenta, y prohibir el mencionado ajuste en relación con el cumplimiento de la obligación principal. Efectivamente, en los supuestos en que deba practicarse retención o efectuar un ingreso a cuenta, la base para realizar el cálculo estará constituida por el valor de

²⁰ Y, al menos, otra en la que se permite el ajuste por parte de la entidad vinculada adquirente de los bienes, según se desprende del artículo 18 de la LIS.

²¹ Vid. epígrafe 9 de este trabajo.

mercado de la operación –o, en su caso, por la diferencia entre el valor de mercado y el pactado-, lo que supondrá la necesidad de realizar un ajuste extracontable²², a efectos de cumplir con la obligación accesoria, pero sin poder corregir la valoración efectiva de la operación en el momento de presentar la declaración del impuesto²³.

Para mayor abundamiento, piénsese en el supuesto siguiente: las entidades vinculadas proceden a realizar el ajuste fiscal a valor normal de mercado de una determinada operación. Posteriormente, la Administración comprueba la declaración presentada por dichas entidades, corrigiendo la valoración efectuada por considerar que no se ajusta a los datos que figuran en la contabilidad. Pero, como se da el supuesto previsto en el artículo 16 de la LIS –una menor tributación o un diferimiento de la misma- tiene que valorar la operación por el valor de mercado. Es evidente, que la situación descrita da lugar a una auténtica incongruencia²⁴.

Finalmente, cabe apuntar que la propuesta de la OCDE en esta materia se inclina por considerar que es más adecuado permitir el ajuste fiscal por parte del contribuyente. En este sentido, en el Informe de la OCDE de octubre de 1997, se manifiesta que *los ajustes extracontables pueden facilitar la declaración de los ingresos imposables por parte de los contribuyentes de acuerdo con el principio de libre competencia... De este modo, con el fin de presentar una declaración-liquidación correcta, al contribuyente se le permite hacer un ajuste extracontable que registrará la diferencia entre el precio de libre competencia y el actual recogido en sus libros y registros contables. Sin embargo, no todos los países miembros de la OCDE reconocen estos ajustes extracontables, en virtud del principio de que las declaraciones-liquidaciones deberían reflejar las transacciones actuales llevadas a cabo. Si el ajuste extracontable se permite en el país de una de las empresas asociadas pero no en*

²² Supongamos, por ejemplo, la concesión de un préstamo sin intereses, el ingreso a cuenta deberá efectuarse sobre el valor aplicable a la operación, esto es, el interés de mercado. Si se pactaran intereses inferiores a los del mercado, el ingreso a cuenta debería calcularse sobre el diferencial de los intereses, es decir, entre el interés del mercado y el interés acordado, debiendo practicar asimismo la retención correspondiente a los intereses efectivamente abonados.

²³ La situación tal y como está concebida actualmente genera una desproporción o falta de correlación entre la base declarada y la cuota resultante de la misma, habida cuenta que en la base se integrará el valor contable de la operación y en la cuota se deducirá un ingreso a cuenta calculado con referencia al valor de mercado de la misma. MORENO FERNÁNDEZ, J. I., *op. cit.*, pág. 261.

²⁴ Esta situación puede agravarse por las dificultades prácticas que plantea, en ocasiones, el ajuste bilateral.

el país de la otra empresa asociada, se puede producir doble imposición puesto que la corrección que supone el ajuste bilateral no se puede utilizar si no existe un ajuste primario²⁵.

6.- Ausencia de sanciones

En general, la doctrina entiende que en los casos en que la Administración proceda a realizar el ajuste a valor de mercado, no cabe la imposición de sanciones. En efecto, el ajuste valorativo en las operaciones vinculadas se produce en el marco del procedimiento de comprobación y, aunque no lo haya recogido expresamente la LIS, la ausencia de sanciones es inherente al mencionado procedimiento²⁶.

Ciertamente, el sujeto pasivo que ha recogido en su contabilidad la realidad de una operación, declarando en el impuesto el valor efectivo de la misma, no incumple ninguna obligación, ni realiza una conducta antijurídica, incluso cuando la utilización de precios de transferencia responda a un móvil de ahorro fiscal.

No incumple obligación alguna porque, como se ha dicho, la ley no obliga a los contribuyentes a valorar las operaciones vinculadas por el valor de mercado, antes al contrario, admite que éstos puedan incorporar en su declaración el valor libremente convenido.

Tampoco existe una conducta antijurídica, ya que la asunción en la operación de un valor distinto al de mercado, no implica ni la existencia de anomalías en la contabilidad, ni la ocultación de datos a la Administración, ni, por supuesto, es contraria al ordenamiento

²⁵ Informe OCDE “Principes applicables en matière de prix de transfert à l’intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales, 1997: mise à jour”.

²⁶ La corrección del valor declarado ajustándolo al valor de mercado sólo podrá dar lugar a una liquidación complementaria por la diferencia.

jurídico, habida cuenta de que éste no impone el deber de celebrar los contratos o negocios con arreglo a valores de mercado²⁷.

No hay, pues, infracción del sujeto pasivo si no ha incumplido una obligación o un deber y, por tanto, la Administración no puede sancionar como consecuencia de ajustes derivados de operaciones vinculadas²⁸.

7.- Nostalgia del ajuste unilateral

De acuerdo con el artículo 16.1 de la LIS, *la valoración administrativa no determinará la tributación por este impuesto ni, en su caso, por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las entidades que la hubieran realizado.*

Conforme a la opinión mayoritaria, del precepto transcrito se deduce el reconocimiento expreso del legislador de la necesidad de efectuar el denominado *ajuste bilateral* entre las entidades intervinientes en la operación vinculada²⁹.

En efecto, si sólo se realizara el ajuste valorativo en una de las partes –ajuste unilateral– se produciría, de ordinario, un exceso de imposición y, desde este punto de vista, puede

²⁷ No hay voluntad de impedir u obstaculizar la correcta determinación de la deuda tributaria, en el comportamiento de quien consigna en su declaración todos los datos permitiendo a la Administración descubrir la omisión sin necesidad de actividad inspectora, mediante la simple comprobación formal. Aunque, en el supuesto de las operaciones vinculadas ni siquiera puede hablarse de omisión, puesto que la deuda resultante de la corrección valorativa no es exigible en tanto la Administración no la determine.

²⁸ De esta opinión es la Resolución del TEAC de 9 de marzo de 1993, en cuyo considerando 4º se señala que, *en este caso el hecho imponible que dio lugar al acta instruida a la Entidad interesada fue consecuencia de la aplicación de una norma de valoración, no habiéndose demostrado fehacientemente intencionalidad del sujeto pasivo encaminada a ocultar a la Administración la realización del hecho imponible o, de cualquier otro modo, tendente a ocasionar un perjuicio a la Hacienda Pública, lo que determina que el expediente debe ser calificado de rectificación sin sanción.*

²⁹ En contra, Sanz Gadea según quien el artículo 16.1 prohíbe que la valoración administrativa determine excesos de imposición. Si dichos excesos van a ser evitados mediante valoraciones de carácter bilateral o unilateral acompañadas de la deducción por doble imposición, es algo que tiene una significación menor, aunque no desdeñable. El mandato del artículo 16.1 queda respetado con tal que no se grave una renta superior a la efectivamente habida. *Op. cit.*, pág. 100.

sostenerse que se trastoca la realidad, originando en el conjunto de las sociedades intervinientes un beneficio ficticio, superior al realmente habido y, por tanto, doble imposición. De ahí que, el ajuste bilateral se configure como el mecanismo necesario para evitar una tributación mayor a la que corresponde en virtud de la operación realizada³⁰.

En consecuencia, si se aumenta la base imponible en una de las entidades participantes –al minorar partidas negativas o aumentar las positivas- como resultado de la sustitución del valor efectivo por el precio de mercado de la operación, ese mismo valor que se ha aplicado por la Administración surtirá efectos respecto de la otra entidad interviniente, suponiéndole una minoración en la base inversamente proporcional al aumento de la otra.

De hecho, el ajuste bilateral queda también justificado por una razón elemental, a saber, si la Administración establece un valor concreto para una transacción, está afirmando que el valor de mercado de dicha transacción es uno determinado, resulta lógico entonces que ese valor sea el mismo para todas las entidades que hayan participado en la referida operación, puesto que sería muy contradictorio establecer dos valores diferentes para una misma transacción, si lo que se trata, es fijar un valor objetivo.

Ahora bien, si no parece que sea discutible la posibilidad de practicar ajustes bilaterales, un problema que no se ha resuelto de manera clara es el relativo a la forma en que deben realizarse los mencionados ajustes.

Ni la Ley, ni el Reglamento imponen la actuación de oficio de la Administración en orden a la corrección de la base imponible de la parte vinculada que no ha sido objeto de comprobación, aunque, desde luego, al sujeto pasivo le asiste la posibilidad de instar la actuación administrativa, solicitando la correspondiente rectificación.

³⁰ Por la misma razón, esto es, porque implica una tributación superior para el conjunto de las entidades participantes de la que efectivamente se deriva de la operación, la Administración no podrá modificar los valores consignados cuando el ajuste bilateral, en la otra parte interviniente, no pueda realizarse por haber prescrito la deuda tributaria a la que afecta, o sobre la misma haya recaído una liquidación firme.

En este sentido se pronuncia, entre otras, la Resolución del TEAC, de 9 de febrero de 2001, a cuyo tenor, *ha de ser en todo caso la sociedad vinculada con la recurrente, quien inste de la Administración Tributaria la práctica del ajuste negativo correspondiente, dando lugar a un acto administrativo susceptible de reclamación en vía económico-administrativa. Por tanto, la sociedad reclamante no está legitimada para instar de este Tribunal que, correlativamente al aumento de su base imponible, se proceda a realizar un ajuste fiscal negativo...*

Queda claro que es la parte interesada la que debe solicitar de la Administración la práctica del ajuste bilateral correspondiente, a través de alguna de las dos vías que resultan pertinentes: La iniciación de un procedimiento de devolución de ingresos indebidos o la solicitud de rectificación de la declaración-liquidación presentada.

De conformidad con lo que se dispone en el artículo 8º del Real Decreto 1163/1990, de 21 de septiembre, por el que se regula el procedimiento para la devolución de ingresos indebidos de naturaleza tributaria, *cuando un obligado tributario entienda que una declaración-liquidación o autodeclaración formulada por él ha dado lugar a la realización de un ingreso indebido, podrá instar la restitución de lo indebidamente ingresado del órgano competente de la Administración tributaria.* Así, la entidad interesada en el ajuste deberá pedir la rectificación de su declaración y, en base a ello, el reconocimiento de la existencia de un ingreso indebido.

Ahora bien, en muchas ocasiones no se habrá producido efectivamente un ingreso indebido y, por tanto, resultará inviable la utilización del procedimiento descrito. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de una sociedad con pérdidas compensables, en la que el ajuste valorativo no genere la existencia de un ingreso indebido, sino el incremento de la *base negativa*. En estos casos, el cauce procedimental adecuado es el previsto en la disposición adicional tercera del citado Real Decreto 1163/1990, según la cual, *cuando un obligado tributario considere que una declaración-liquidación o autodeclaración formulada por él ha perjudicado de cualquier modo sus intereses legítimos, sin dar lugar a la realización de un ingreso indebido, podrá instar su rectificación del órgano competente de la Administración tributaria.*

Ello no obstante, sería conveniente reconocer la necesidad de que el órgano administrativo actuante proceda a rectificar de forma inmediata, simultánea e inversamente la base imponible de la entidad vinculada.

Nada impide que ello sea así, y de hecho, todos los actos de comprobación y de liquidación, en orden a la determinación y aplicación del valor de mercado, se dictan en un procedimiento único y simultáneo, seguido en relación con el conjunto de las sociedades vinculadas. Es decir, en el procedimiento de valoración, que es uno solo, aunque se inicie a causa del procedimiento de comprobación de una de las partes, las otras entidades implicadas también intervienen, pudiendo, en su caso, interponer los recursos y las reclamaciones que procedan contra el acto de liquidación.

Recuérdese que la circunstancia habilitadora para el ejercicio de la corrección valorativa consiste en la producción de una menor tributación en España o un diferimiento de tributación, que sólo puede determinarse considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas que hayan intervenido en la operación.

Finalmente, cuando en la operación vinculada intervenga una entidad no residente pueden producirse supuestos de doble imposición, habida cuenta que la Administración española practicará el ajuste a la entidad residente, con independencia de lo que acontezca en el país de residencia de la otra entidad vinculada, salvo que se trate de un país con el que España tenga suscrito un CDI, y en el que se recoja la posibilidad de efectuar el ajuste bilateral, como sucede con la mayoría de los que se han firmado³¹.

³¹ Los CDI incluyen, asimismo, un *procedimiento amistoso* entre los Estados contratantes, mediante el cual puede darse solución a los conflictos planteados en relación con los ajustes fiscales. Por otra parte, entre los países de la Unión Europea resulta de aplicación el Convenio 90/436/CEE, relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de beneficios de empresas asociadas.

8.- Valor de mercado: criterios para su determinación

En el ámbito de las operaciones vinculadas, posiblemente sea la determinación del valor de mercado la cuestión que mayor conflictividad ha suscitado, a juzgar por la cantidad e resoluciones y pronunciamientos que pueden encontrarse. Ciertamente, establecer el valor normal de mercado encierra una dificultad incuestionable, y de forma especial, en todos aquellos supuestos en los que no exista un mercado organizado relativo a los bienes y servicios objeto de la transacción³².

En este orden de consideraciones, la Resolución del TEAC de 25 de octubre de 1995, advirtió *que, la fijación de un precio de mercado, con el que poder comparar el posible precio de transferencia, es tarea harto difícil dado que, a veces, las transacciones entre sociedades vinculadas son tan peculiares que no existe un mercado claramente definido de las mismas en el ámbito de las empresas independientes: no obstante, para concretar un precio de mercado, a los efectos que aquí interesan, son necesarias las siguientes premisas: 1ª Hay que tomar como referencia el mismo mercado en términos geográficos, requisito completamente lógico si se tiene en cuenta que en la fijación de los precios intervienen no sólo la oferta y la demanda que del producto contemplado pueda existir (si la oferta aumenta el precio tiende a bajar y viceversa, si la demanda aumenta el precio tiende a subir y viceversa), sino que también influyen otros factores de muy variada índole y que definen la idiosincrasia de cada país, como puede ser el nivel de renta per cápita, el grado de desarrollo económico, el régimen político, la situación de monopolio u oligopolio en que se suministre el producto en cuestión, etc.; la concurrencia de todo ello determina la formación de un precio para un producto en el país de que se trate, precio que, en la gran mayoría de casos, será diferente del que exista en los demás países para el mismo producto; 2ª Las operaciones que se*

³² El valor de un bien o servicio es el precio que hubiera sido acordado en condiciones normales de mercado entre partes independientes. Si bien la LIS identifica el *valor de mercado* con el *precio de mercado*, ambos conceptos pueden distinguirse, aunque coincidan en la mayoría de los casos. En lo que aquí interesa, el precio de mercado es aquél a que se vende un bien en un mercado determinado en un cierto momento. El precio de mercado está sometido a las reglas de la oferta y la demanda, y a la influencia de la especulación, de forma que no siempre coincide el valor de un bien con el precio que por él se paga.

*comparen han de referirse a una **mercancía igual o similar**; 3ª Las transacciones comparadas tienen que tener un **volumen equivalente**, dado que el precio de un bien está en función del número de operaciones que del mismo se realice, generalmente, en un mayor volumen de operaciones el precio será inferior al que se fije para una operación aislada; 4ª **El tramo en el que se realicen las operaciones comparadas ha de ser el mismo**, evidentemente, los precios varían según que la transacción se haya efectuado entre fabricante y mayorista, mayorista y minorista, o minorista y consumidor final; y 5ª por último, las operaciones comparadas han de ser realizadas en el **mismo período de tiempo**. La concurrencia de todos estos requisitos necesaria para hallar un precio de mercado, supone, paradójicamente, la mayor dificultad para conseguir aquél.*

A la luz de la Resolución transcrita, se comprende la dificultad que se ha apuntado más arriba y se alcanza a entender que la fijación de un precio o valor de mercado haya constituido siempre una fuente generadora de múltiples controversias entre la Administración y los contribuyentes.

Seguramente, con la intención de reducir la conflictividad la LIS acoge, en su artículo 16.3, cuatro métodos para determinar el valor de mercado, de aplicación sucesiva, y que coinciden con lo propuesto por la OCDE para estos supuestos³³.

Tales métodos son los siguientes:

- a) Método del precio comparable de mercado
- b) Método del coste incrementado
- c) Método del precio de reventa
- d) Método de distribución del resultado

³³ También cabe suponer que los acuerdos previos de valoración, en materia de precios de transferencia, responden a esta intención de disminuir los conflictos.

Corresponde aplicar en primer lugar el método del precio comparable de mercado, sin embargo, como en muchos casos no será posible acudir a transacciones comparables por no existir un mercado comparativo, será más frecuente que se utilicen los dos métodos citados a continuación de forma alternativa. En realidad, el método del coste incrementado y el de precio de reventa, son alternativas de un mismo modo valorativo, ya que consisten en incrementar o disminuir en el margen comercial habitual, el precio de compra o el de venta, según se trate de uno u otro, respectivamente. Finalmente, y para el caso de que no sea posible aplicar ninguno de los tres métodos anteriores, se acoge un método residual que trata de superar la falta de comparables, pero que queda lejos del principio de libre competencia.³⁴

Importa insistir en que los cuatro métodos citados se aplican de forma sucesiva, y cada uno en defecto del anterior, sin que la Administración pueda elegir entre ellos indistintamente³⁵. En cualquier caso, el método prioritario como criterio de valoración será el precio comparable de mercado, que consiste en fijar el precio de mercado de un bien o servicio determinado entre partes independientes. Es decir, el precio de transferencia se fija en relación con las operaciones comparables realizadas entre un comprador y un vendedor que no forman parte de un mismo grupo³⁶.

Ahora bien, la comparación del precio de mercado entre partes independientes debe hacerse tomando en consideración muy diversas circunstancias, tanto de carácter económico, como funcionales, contractuales o de estrategia negocial, sin olvidar las que se derivan de las propias características del producto o servicio³⁷, por lo que la determinación del valor de mercado mediante este criterio no deja de ser una tarea ardua y complicada.

³⁴ Vid. MORENO FERNÁNDEZ, J.I.: *Op. cit.*, pág. 71.

³⁵ Razones de seguridad jurídica justifican que se haya establecido una prelación entre los métodos valorativos, evitando una facultad de opción por parte de la Administración.

³⁶ Las ventas en el mercado libre son aquellas en las que, al menos, uno de los participantes en la operación no forma parte del grupo de empresas al cual se halla vinculado el contribuyente.

³⁷ La Resolución del TEAC de 13 de enero de 1999, rechaza la valoración Administrativa por considerar que no se había acreditado suficientemente, ni la existencia de un precio de transferencia, ni tampoco de un mercado comparable. El mismo criterio se sostiene en la Resolución del TEAC de 29 de enero de 1999, al señalar que la existencia de precios de transferencia en las adquisiciones de un determinado producto ha de constatarse mediante la comparación de los distintos precios existentes en el mercado de dicho producto, *por lo que si no hay mercado ni tampoco se puede concretar el coste de fabricación de aquél para la sociedad matriz exportadora, es imposible que haya precio de mercado y, paralelamente, precio de transferencia.*

Por otro lado, la valoración de las operaciones efectuadas entre entidades vinculadas no se limita exclusivamente a la entrega de mercancías que, aun siendo la transacción más habitual, no es desde luego la única, sino que se manifiesta también en relación con otros elementos, como por ejemplo, prestaciones de servicios, cesión de activos materiales e inmateriales o préstamos.

Los precios fijados para estas transferencias no responden, ordinariamente, al precio de libre concurrencia que debe presidir el mercado entre partes independientes, para operaciones idénticas o similares. Sin embargo, la determinación del precio de libre concurrencia no es tarea fácil en la mayoría de los supuestos, dada la inexistencia de un mercado comparable. Es más, como se ha indicado, incluso cuando existe ese mercado, también la comparación es incierta y difícil.

Por su parte, los métodos recogidos en el artículo 16.3 de la LIS, en orden a la fijación del precio de concurrencia, pretenden dar una solución común a los ajustes valorativos que deben efectuarse en relación con las operaciones entre sujetos vinculados, pero, ciertamente, no siempre son susceptibles de ser aplicados a la valoración de las diversas transacciones que se producen en la práctica. Ello es así, porque están más bien pensados para una concreta clase de operaciones, resultando inapropiados para otras, tales como las que se refieren a activos inmateriales o aquellas otras que son objeto de *acuerdos globales*, en los que se integran un número considerable de prestaciones.

Y, en fin, tampoco puede pretenderse el ajuste de una operación por el mero hecho de haberse efectuado entre entidades vinculadas, sobre la base de que la vinculación implica siempre que las operaciones se han realizado a un precio diferente al de mercado. En esta línea de opinión se sitúa, entre otras, la Resolución del TEAC de 9 de octubre de 1997, según la cual *una vez que ha sido probada la vinculación entre dos sociedades será necesario demostrar que la operación u operaciones realizadas entre aquéllas lo han sido por un precio distinto al de*

mercado, dado que la vinculación entre dos o más entidades no implica, automáticamente, la presunción de que en sus transacciones estén utilizando precios diferentes a los del mercado.

9.- Las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

Según dispone el artículo 42 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se aplicarán en este impuesto las reglas de valoración de las operaciones vinculadas en los términos previstos en el artículo 16 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

En el caso de que la operación vinculada con una sociedad corresponda al ejercicio de actividades económicas o a la prestación de trabajo personal por personas físicas, éstas deberán efectuar su valoración en los términos previstos en el artículo 16 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, anteriormente citada, cuando impliquen un aumento de sus ingresos.

En este caso, también la entidad procederá a realizar dicha valoración a efectos del Impuesto sobre Sociedades.

El transcrito precepto establece dos normas en relación con las operaciones vinculadas en las que una parte sea persona física. La primera, de carácter general, consiste simplemente en una remisión al artículo 16 de la LIS, por lo que serán de aplicación, en este caso, las mismas consideraciones efectuadas en relación con el mencionado artículo, sin ninguna especialidad. Ha de entenderse, asimismo, que los supuestos que dan lugar a una operación vinculada son los establecidos en la LIS³⁸.

³⁸ También las normas y criterios para determinar el valor de mercado deben ser las mismas que en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades.

La segunda norma, de carácter especial, supone en cambio una alteración del régimen previsto en el artículo 16 de la LIS, ya que en este supuesto se configura la valoración por el valor normal de mercado como una obligación a cargo de las partes vinculadas. Este régimen especial se aplica a las operaciones vinculadas que correspondan al ejercicio de actividades económicas o a la prestación de trabajo personal por personas físicas.

Así, cuando la operación vinculada en cuestión se realiza entre una sociedad y una persona física, ambas partes están obligadas a efectuar en su declaración-liquidación el correspondiente ajuste extracontable que incorpore el valor de mercado como parte de la base imponible del respectivo Impuesto, y la Administración tributaria deberá realizar, en su caso, el ajuste valorativo incluso si de ello se deriva una menor tributación en el conjunto de las partes vinculadas³⁹. De ahí la diferencia con el régimen general de las operaciones vinculadas⁴⁰. Ahora bien, el ajuste únicamente es obligatorio cuando implique un aumento de los ingresos de la persona física, pero no cuando el aumento afecte a la persona jurídica, en cuyo caso, habrá que estar al régimen general⁴¹.

Por otra parte, la referencia a operaciones vinculadas derivadas de la prestación de trabajo personal puede plantear ciertas dudas sobre el alcance de la norma. Es decir, podría pensarse que el artículo 42 de la Ley del IRPF añade un nuevo supuesto de vinculación no contemplado en la LIS, entre una sociedad y las personas ligadas a ella por relaciones de

³⁹ Lo que acontecerá cuando el tipo de gravamen marginal por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas sea inferior al tipo de gravamen del Impuesto sobre Sociedades, en términos generales. Por otra parte, es obvio que la Administración puede comprobar lo declarado por los sujetos pasivos y, a estos efectos, cabe señalar que cualquiera de las partes tiene la consideración de interesada en el procedimiento de comprobación seguido cerca de la otra.

⁴⁰ Ya se ha puesto de manifiesto la contradicción que esta previsión legislativa supone en relación con el régimen general de las operaciones vinculadas, si se admite que en éste sólo es la Administración la que puede efectuar el ajuste valorativo y no las partes implicadas cuando así lo estimen conveniente.

⁴¹ No obstante, nada impide un ajuste valorativo negativo en la declaración de la persona física como resultado de una comprobación administrativa. En efecto, el artículo 42 lo que establece es la obligatoriedad del ajuste para las partes vinculadas en el supuesto que implique un aumento de ingresos en la persona física, pero no impide que cuando éste suponga una disminución de renta, la Administración pueda practicar el ajuste correspondiente en el curso de un procedimiento de comprobación.

carácter laboral, del mismo modo que se establece en la Ley del IVA⁴². Ello no obstante, como este artículo no se refiere expresamente a los supuestos que dan lugar a operaciones vinculadas, sino que, por el contrario, hay una genérica remisión a la normativa del impuesto sobre sociedades en esta materia, ha de presumirse que las situaciones calificables de tal tipo de operaciones son las mismas que acoge el artículo 16 de la LIS⁴³. Por ello, la referencia del artículo 42 hay que entenderla en el sentido de que sólo establece una regla especial –la del ajuste bilateral obligatorio-, cuando concurra alguno de los supuestos previstos en el artículo 16 de la LIS, esto es, que exista una relación socio-sociedad con un dominio determinado, una relación derivada de la condición de administrador o consejero o, en fin, de dichas relaciones y otra de vínculo familiar. La única interpretación posible es, pues, la de que no basta con que una persona física sea trabajadora por cuenta ajena para que se entienda que las operaciones entre ésta y su empresa sean vinculadas, sino que para que ello sea así debe tener el trabajador, además, la condición de socio o darse alguna de las otras situaciones, según se ha expuesto⁴⁴. Lo mismo acontece en relación con las operaciones que correspondan al ejercicio de actividades económicas por personas físicas.

Finalmente, el artículo 42 de la Ley del IRPF 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% 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*⁴⁵.

⁴² Recuérdese que el artículo 79 de la Ley del IVA, junto a los supuestos de vinculación recogidos en la LIS, incluye las operaciones realizadas entre los sujetos pasivos y las personas ligadas a ellos por relaciones de carácter laboral o administrativo.

⁴³ De hecho, en el IRPF las operaciones entre el trabajador y el empleador derivadas de la relación laboral que se realicen a precios inferiores a los del mercado también tienen su régimen específico y, como se sabe, se consideran, normalmente, rentas en especie que, con carácter general, se valoran a precios de mercado, aunque existen reglas particulares para supuestos específicos.

⁴⁴ Asimismo, cabe afirmar que el régimen especial del artículo 42 de la Ley del IRPF, prevalece sobre las normas de valoración de las retribuciones en especie previstas en el artículo 44 de la misma Ley.

⁴⁵ La misma previsión se recoge en el artículo 16.7 de la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades.

En estos casos, partiendo de la existencia de una situación de vinculación –en los términos de la LIS- entre el profesional o el trabajador y la sociedad a la que presta sus servicios, la Ley dispensa de la aplicación del ajuste valorativo previsto para las operaciones vinculadas, al aceptar que el precio o contraprestación declarada coincide con el valor normal de mercado, con independencia de que dicha contraprestación sea, efectivamente, la correspondiente al valor de mercado.