

lidades. En esta línea, Segalés Fidalgo, en la obra antes reseñada, argumenta que ello se desprende del artículo 43 de la LC, precepto que establece que «en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso».

Sin embargo, la tesis contraria cuenta con un mayor respaldo doctrinal y jurisprudencial. Cabe citar, en este sentido, la conocida sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 12 de septiembre de 2006 que, con numerosos argumentos, confirma la validez de establecer indemnizaciones superiores (en ese supuesto el acuerdo por el que concluyó el periodo de consultas fijó una indemnización de 33 días de salario por año de servicio con un máximo de 27 mensualidades). En la misma línea se han pronunciado el auto del juzgado de lo mercantil núm. 1 de Bilbao de 8 de mayo de 2008; el auto del juzgado de lo mercantil de Vitoria de 19 de diciembre de 2005; o, el tantas veces citado auto del juzgado de lo mercantil núm. 1 de Cádiz de 30 de julio de 2007 (si bien es cierto que éste último convalida el acuerdo de 45 días de salario por año de servicio más un posible complemento lineal, teniendo en cuenta que los fondos los aportaría el socio único de la concursada, sin afectar a la masa activa del concurso).

Desde el punto de vista doctrinal, cabe citar, entre otros, al magistrado del juzgado de lo mercantil núm. 1 de Bilbao, Edmundo Rodríguez Achútegui («Sobre el peculiar régimen indemnizatorio en los expedientes del art. 64 de la Ley Concursal», comentario 10/2005 del *Repertorio de Jurisprudencia*, Ed. Aranzadi), a Jesús Mercader Ugina y M.<sup>a</sup> Teresa Alameda en la obra antes citada (quienes consideran decisivo el hecho de que el límite de 20 días de salario por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades, que se incluía en el Proyecto de Ley Concursal de 2002 fuera posteriormente suprimido sin aparecer en la versión publicada de la LC), o, de nuevo, a Ángel Blasco. Éste último afirma que «no cabe otra solución que admitir la posibilidad de que en el acuerdo de consultas se pacten indemnizaciones superiores a las legales, precisamente porque quien las pacta es la administración concursal que representa los intereses generales del concurso, entre ellos los de los acreedores. Sostener lo contrario implicaría, en mi opinión, desnaturalizar, vía interpretativa, la naturaleza y contenido de las propias consultas. Cuestión distinta sería que la Ley hubiese puesto límites, pero hay que reconocer que no lo ha hecho».

Cabe señalar, para finalizar, que las diversas dudas que aún puedan existir sobre la extinción colectiva de contratos de trabajo en el marco de la LC, deberían encontrar respuesta en una ponderada y razonable conjugación de los diversos intereses que confluyen en las complejas situaciones de insolvencia empresarial.

JUAN REYES HERREROS (\*)

## EL AJUSTE SECUNDARIO EN LAS OPERACIONES VINCULADAS

### Introducción

La Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal modificó la regulación de las operaciones vinculadas contenida en el artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades («LIS») con efectos para los periodos impositivos iniciados a partir de 1 de diciembre de 2006.

La anterior regulación del artículo 16 de la LIS establecía que la Administración tributaria podía valorar, dentro del periodo de prescripción, por su valor normal de mercado, las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas cuando la valoración convenida hubiera determinado, 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 o un diferimiento de dicha tributación.

La actual redacción del artículo 16.1.1º de la LIS, aprobada por la Ley 36/2006, establece que las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor normal de mercado.

En consecuencia, el régimen de las operaciones vinculadas previsto en el artículo 16.1.1º de la LIS pasa de ser una «potestad valorativa» de la Administración tributaria, ejercitable únicamente cuando se producía una menor tributación en España o un diferimiento de esa tributación, a configurarse ahora como una verdadera norma de valoración, de aplicación obligatoria para el sujeto pasivo.

(\*) Abogado del Área de Derecho Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Barcelona).

Asimismo, la Ley 36/2006, introdujo en el apartado 8 del artículo 16 de la LIS el denominado ajuste secundario que surge como consecuencia de la calificación de la renta que se pone de manifiesto cuando existe una diferencia entre el valor convenido y el valor normal de mercado en una operación realizada entre partes vinculadas.

Así, con efectos para los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de diciembre de 2006, el artículo 16.8 de la LIS establece que en aquellas operaciones en las cuales el valor convenido sea distinto del valor normal de mercado, la diferencia entre ambos valores tendrá para las personas o entidades vinculadas el tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia.

La regulación del ajuste secundario constituye una de las modificaciones más significativas introducidas por la Ley 36/2006 en materia de operaciones vinculadas y la que mayores dudas interpretativas está generando en la práctica.

El objeto de estos comentarios no es otro que apuntar muy brevemente algunas de las dudas que genera la actual regulación del ajuste secundario y que tanto debate están suscitando en la actualidad.

La OCDE ya puso de manifiesto las dificultades que genera la aplicación del ajuste secundario en sus Directrices sobre precios de transferencia para empresas multinacionales y Administraciones fiscales de 1995 (párrafo 4.72), directrices a cuya luz se debe interpretar la normativa española sobre operaciones vinculadas. Consciente de la dificultad técnica que implica la aplicación de este ajuste, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE está estudiando la cuestión del ajuste secundario con el objeto de establecer directrices adicionales sobre la materia para contribuyentes y administraciones fiscales (párrafo 4.77).

### **Tratamiento contable de las operaciones realizadas entre empresas vinculadas**

La norma de registro y valoración 21<sup>a</sup>.1. del Plan General Contable aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre («PGC 2007»), relativa a operaciones entre empresas del grupo, establece que, con carácter general, 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.

Como antecedente de la norma de registro y valoración 21<sup>o</sup> del PGC 2007, encontramos la modificación del artículo 34 del Código de Comercio, operada por 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, el cual establece en su apartado 2 que en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica.

### **Tratamiento fiscal de las operaciones vinculadas**

Según la exposición de motivos de la Ley 36/2006, uno de los objetivos de la reforma del régimen de las operaciones vinculadas es recoger el mismo criterio de valoración que el establecido en el ámbito contable.

Así, el artículo 16.1.1<sup>o</sup> de la LIS establece 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. Asimismo, el artículo 16.1.2<sup>o</sup> de la LIS dispone 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 a este impuesto, 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.

En principio, la valoración a efectos contables de una operación realizada entre entidades vinculadas por su valor razonable debería cumplir con la norma fiscal de valoración a valor normal de mercado.

Sin embargo, dado que el concepto contable de valor razonable y el concepto fiscal de valor normal de mercado no son idénticos, en aquellos supuestos en que valor razonable y valor de mercado no coincidan, se suscita la duda respecto de quién puede efectuar la corrección valorativa a los efectos de aplicar la norma fiscal de valoración a mercado.

La doctrina administrativa se encuentra dividida en este punto, y se ha suscitado un gran debate sobre esta cuestión. Parte de la doctrina entiende que la valoración por el valor de mercado debe constar necesariamente en la contabilidad y que, por tanto, no cabe practicar ningún ajuste al resultado conta-

ble para calcular la base imponible del Impuesto sobre Sociedades.

Otra parte de la doctrina entiende que en caso de que dichos valores no coincidan, cabría practicar un ajuste al resultado contable para calcular la base imponible del Impuesto sobre Sociedades.

La Dirección General de Tributos se ha pronunciado sobre esta cuestión en la consulta vinculante V0249-08 de 7 de febrero de 2008, en un supuesto de préstamo sin interés concedido a una entidad por otra sociedad que participaba directa e indirectamente en el 100% del capital social de la sociedad prestataria, perteneciendo ambas sociedades al mismo grupo de consolidación fiscal.

En el caso objeto de la consulta la Dirección General de Tributos entiende que, aun cuando no se acuerde ningún tipo de retribución en la operación de préstamo, existe la obligación contable de registrar un ingreso y un gasto financiero asociado a la operación según su valor razonable, registrando la diferencia según la realidad económica del desplazamiento patrimonial que esta operación produce.

Según la Dirección General de Tributos, a efectos fiscales, el artículo 16 de la LIS establece que las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor normal de mercado y, por tanto, de aplicar correctamente la normativa contable, el resultado contable de las empresas afectadas por la operación incorporará los ingresos y los gastos por el valor normal de mercado de la operación y, entonces, ese resultado cumpliría con el criterio de valoración fiscal establecido en el artículo 16 de la LIS.

La postura de la Dirección General de Tributos parece inspirarse en la exposición de motivos de la Ley 36/2006, que afirma que el precio de adquisición por el cual han de registrarse contablemente las operaciones vinculadas debe corresponderse con el importe que sería acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia, entendiéndose por el mismo el valor de mercado, si existe un mercado representativo o, en su defecto, el derivado de aplicar determinados modelos y técnicas de general aceptación y en armonía con el principio de prudencia.

### Ajuste secundario

Como ya se ha mencionado, el artículo 16.8 de la LIS establece que en aquellas operaciones en las que el valor convenido sea distinto del valor normal de

mercado, la diferencia entre ambos valores tendrá para las personas o entidades vinculadas el tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia. En particular, en los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, la diferencia tendrá, en la proporción que corresponda al porcentaje de participación en la entidad, la consideración de participación en beneficios de entidades si la diferencia fuese a favor del socio o partícipe, o, con carácter general, de aportaciones del socio o partícipe a los fondos de la entidad si la diferencia fuese a favor de la entidad.

La regulación del ajuste secundario prevista en el artículo 16.8 de la LIS no indica el procedimiento que se debe seguir para practicar este ajuste (cuándo, cómo y quién debe practicarlo), lo que genera, por tanto, muchas dudas sobre su aplicación práctica.

El desarrollo reglamentario de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, debía aclarar la regulación del ajuste secundario así como el procedimiento a seguir para su aplicación.

Sin embargo, el largamente esperado Real Decreto 1793/2008, de 3 de noviembre, de desarrollo reglamentario de la Ley 36/2006 (su aprobación se produce casi a los dos años de la modificación del artículo 16 de la LIS), por el que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio («RIS»), no aclara las dudas interpretativas que genera la regulación del ajuste secundario.

El artículo 21 bis del RIS, según la nueva redacción aprobada por el Real Decreto 1793/2008, establece que en los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad la diferencia tendrá con carácter general el siguiente tratamiento:

*«a) Cuando la diferencia fuese a favor del socio o partícipe:*

— *La parte de la diferencia que se corresponda con el porcentaje de participación en la entidad se considerará como retribución de fondos propios para la entidad, y como participación en beneficios de entidades para el socio.*

— *La parte de la diferencia que no se corresponda con el porcentaje de participación en la entidad, para la entidad tendrá la consideración de retri-*

*bución de fondos propios, y para el socio o partícipe de utilidad percibida de una entidad por la condición de socio, accionista, asociado o partícipe de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.1d) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre».*

La norma no regula en este supuesto si procede la aplicación de la deducción para evitar la doble imposición de dividendos en caso de que el socio sea una persona jurídica o, en su caso, la exención por dividendos distribuidos a la matriz residente en otro Estado miembro de la Unión Europea. Tampoco regula la norma si procede o no practicar retención o ingreso a cuenta.

«b) Cuando la diferencia fuese a favor de la entidad

— La parte de la diferencia que se corresponda con el porcentaje de participación en la misma tendrá la consideración de aportación del socio o partícipe a los fondos propios de la entidad, y aumentará el valor de adquisición de la participación del socio o partícipe.

— La parte de la diferencia que no se corresponda con el porcentaje de participación en la entidad, tendrá la consideración de renta para la entidad, y de liberalidad para el socio o partícipe. Cuando se trate de contribuyentes por el Impuesto sobre la Renta de No Residentes sin establecimiento permanente, la renta se considerará como ganancia patrimonial de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.2.i) 4º del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo».

Respecto de la obligación de retener o ingresar a cuenta, se ha introducido en el RIS, en el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de No Residentes una previsión en virtud de la cual cuando la obligación de retener o ingresar a cuenta tenga su origen en el ajuste secundario, constituirá la base de la retención la diferencia entre el valor convenido y el valor de mercado.

Como puede observarse de la regulación anterior, la norma no regula el procedimiento que se debe seguir para aplicar el ajuste secundario ni quién puede aplicarlo.

Tampoco regula el tratamiento concreto que se debe aplicar a aquellas operaciones vinculadas distintas de las que se derivan de la relación directa socio o partícipe-entidad y que son muy frecuentes en la práctica como, por ejemplo, las operacio-

nes entre una sociedad y su administrador o consejero que no tenga la condición de socio, operaciones entre una sociedad y los familiares de un socio, operaciones entre dos sociedades de un mismo grupo entre las que no existe una relación directa socio-sociedad (sociedades hermanas, por ejemplo). La aplicación del ajuste secundario a este tipo de operaciones genera múltiples dudas interpretativas.

Por último, cabe destacar que el ajuste secundario se configura en la LIS como una presunción *iuris et de iure* de aplicación automática en aquellas operaciones en las cuales el valor convenido sea distinto del valor normal de mercado. Sin embargo, el apartado 3 del artículo 21 bis del RIS flexibiliza la aplicación automática del ajuste secundario, permitiendo una calificación distinta de la renta puesta de manifiesto por la diferencia entre el valor normal de mercado y el valor convenido cuando se acredite una causa diferente a las expresamente previstas en la norma reglamentaria. El problema que se plantea en este punto es básicamente un problema de prueba ante la Administración tributaria de una causa distinta a las previstas en la norma.

A la luz de todo lo anterior, cabe concluir que el tan esperado desarrollo reglamentario del ajuste secundario contenido en el artículo 21 bis del RIS, según la nueva redacción aprobada por el Real Decreto 1793/2008, de 3 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, no ha clarificado nada la regulación del ajuste secundario. Se mantiene abierto, por tanto, el debate que había suscitado la regulación del ajuste secundario introducida en el artículo 16 de la LIS por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal.

A pesar de que la regulación del ajuste secundario resulta de aplicación para los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de diciembre de 2006, deberemos esperar a que vaya evolucionando esta cuestión para ir aclarando todas las dudas que se plantean y que a fecha de hoy no están resueltas.

ELENA MORALES SÁNCHEZ (\*)

(\*) Abogada del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Barcelona).