



Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros

LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero

APERTURA Y PRESENTACIÓN

D. José M^a. López Geta

Presidente del Patronato de la
Fundación para la Promoción de
los Estudios Financieros

BUENOS DÍAS, en nombre del Patronato de la Fundación y en el mío propio, les doy las gracias por su asistencia y confío que el desarrollo de la Sesión sea de su agrado. La Fundación ha puesto su máximo empeño porque así sea.

Quienes ya han asistido en años anteriores a otras Sesiones Plenarias de la Semana de Estudios de Derecho Financiero, recordaran que mis primeras palabras están siempre dirigidas a exponer las razones por las que el Consejo de Estudios propuso en su momento el examen de la materia que figura en el Programa. En esta ocasión, también por ahí irá mi intervención, al menos en su primera parte.

Antes del pasado verano, en una de las reuniones preparatorias de esta Sesión Plenaria, alguno de nosotros comentó como el Periódico de las FUNDACIONES había recogido la noticia según la cual un importante grupo de Fundaciones especializadas hace tiempo que habían elaborado un Informe anunciando la crisis económica. Desde luego nosotros no estábamos entre esas Fundaciones, pero si pensamos que podríamos aportar nuestros conocimientos en materia tributaria y plantear la cuestión, siempre interesante y controvertida, del papel que la fiscalidad puede desempeñar en la tarea de superar una crisis económica. Sin embargo, reconociendo que dicho tema era de actualidad, finalmente nos inclinamos por ocuparnos del tratamiento de algunos aspectos de la regulación mercantil y fiscal de las operaciones vinculadas, materia bastante ardua, que en la práctica diaria de todos nosotros está dando lugar a más de un dolor de cabeza.

La "caja" de los truenos se abrió con la modificación del artículo 16 del TRLIS por la Ley 36/2006 que, apenas publicada, recibió críticas no muy favorables. A algunas de estas últimas, que no a las favorables, me voy a referir seguidamente con objeto de "reforzar" el contenido de los posibles debates.

En el n.º 34 /2006 de la Revista de la Asociación Española de Asesores Fiscales, con cuyo Presidente contamos para participar en la tercera de las Ponencias de la mañana, se recoge un trabajo en que el PROF. CAAMAÑO ANIDO textualmente dice lo siguiente:

«El nuevo régimen fiscal de operaciones entre partes vinculadas ha sido redactado y concebido pensando en las grandes empresas, particularmente en los operadores internacionales, pero sin embargo los más afectados serán los pequeños empresarios, incluso profesionales vinculados a empresas de servicios, que deberán poner sumo cuidado -y ni así tendrán la exigible seguridad jurídica- en la determinación de la base imponible en los desplazamientos de bienes y prestaciones de servicios intra-grupo. Se acabó la era en que con cierta despreocupación podíamos desplazar a conveniencia ciertos activos (por ejemplo, un solar o un paquete de activos financieros) de una empresa a otra, en la tranquilidad de que no había perjuicio para la Hacienda Pública y, consiguientemente, quedaría libre de cualquier posible ajuste. Ahora incluso sin tal perjuicio y sin diferimiento de la tributación, cualquier operación que esté fuera de los supuestos valores del mercado podrá ser objeto de ajuste, con efecto unilateral a veces, y con la consiguiente sanción, a mayor abundamiento. **El gran perjudicado será, pues, el día a día de la pequeña y mediana empresa española».**

Y añadía el Prof. Caamaño:

«La nueva regulación no parece haber respetado la naturaleza propia del régimen de operaciones entre sociedades vinculadas. Como es sabido, este régimen no es más que un conjunto de reglas relativas al reparto de los puntos de conexión fiscal de las



Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros

LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero

APERTURA Y PRESENTACIÓN

D. José M^a. López Geta

Presidente del Patronato de la
Fundación para la Promoción de
los Estudios Financieros

operaciones entre empresas asociadas, esto es, un sistema de reparto de la soberanía fiscal entre los distintos estados implicados. Sin embargo, la concepción que está detrás de la nueva regulación española es distinta: el legislador ha regulado el nuevo régimen como si de una cláusula anti fraude se tratase. Baste de al respecto notar que la regulación nace en una bautizada como Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal. En otras palabras, la nueva regulación española encaja más en el modelo de las cláusulas antiabuso que en el modelo que exigen imperativamente las Directrices de la OCDE al respecto, esto es la mera ordenación de las reglas de barril libre concurrencia»

Por su parte el Prof. ALONSO GONZÁLEZ, en un trabajo publicado en el número 67/2007 de la Revista de Contabilidad y Tributación, editada por el CEF, bajo el título “Operaciones vinculadas. Elusión y fraude fiscal” decía:

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

La Ley 36/2006, añadía el Prof. ALONSO GONZÁLEZ, ha introducido un mecanismo de recalificación de rentas en los casos de vinculación socio-persona física/entidad practicando la corrección administrativa de valores con unas **consecuencias que sólo cabe calificar de extraordinarias**. Por las razones que expone en su trabajo, el Prof. ALONSO se cuestiona la constitucionalidad del indicado artículo 16.8 partiendo de la percepción expresada por el Inspector de Hacienda excedente GREGORIO RAMÓN según el que dicho precepto comportaba una fiscalidad inadmisibile

Acertaba el citado Prof. ALONSO, cuando vaticinaba que determinados aspectos de la normativa que Ley 36/2006 introducía en el TRLIS, en particular el contenido del artículo 16.8 de dicho Texto Refundido, despertaría el interés de los profesionales especializados en la materia tributaria. A ese grupo de profesionales especializados pertenecen los SRS. CORDÓN, LÓPEZ-HERMOSO MELLADO que en la tercera Ponencia tratarán de “LOS AJUSTES POR OPERACIONES VINCULADAS Y SU APLICACIÓN”. Como ellos van a tener ocasión de trasladarnos directamente sus consideraciones acerca de dichos ajustes, me permitiré traer a colación, para contribuir al debate que la materia suscita, uno de los trabajos que en mi opinión han desbrozado con mayor detalle los interrogantes e incertidumbres que plantea el contenido del artículo 16.8, me estoy refiriendo al estudio realizado por los Profesores CALDERÓN CARRERO Y MARTÍN JIMÉNEZ con el título «Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas (Revista de Contabilidad y Tributación.CEF.núm.315). Como nuestra de lo que digo podría extraer un pasaje de dicho estudio, el que se refiere a la interpretación de la reglas de calificación que contiene el artículo 21.bis, apartado 2 RIS, que como se sabe determina **el tratamiento particular que debe darse a la diferencia de valor en los supuestos en que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes.**

A juicio de los Profesores CALDERÓN CARRERO Y MARTÍN JIMÉNEZ las reglas de calificación que regula el artículo 21 bis.2 presentan básicamente dos problemas.

En primer lugar, se echa en falta una mayor determinación de cómo se hace el cálculo cuando la diferencia (a favor de la entidad o del socio) se corresponde con el porcentaje de



Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros

LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero

APERTURA Y PRESENTACIÓN

D. José M^a. López Geta

Presidente del Patronato de la
Fundación para la Promoción de
los Estudios Financieros

participación en la entidad, pues, a estos efectos, la relación entre la norma fiscal y las mercantiles está muy indeterminada.

En segundo lugar, el precepto crea hechos impositivos no regulados en la norma, sucintando cuestión de ilegalidad como consecuencia de las calificaciones que otorga a las diferencias en supuestos que éstas se produzcan a favor de la entidad o del socio y sean superiores al porcentaje de participación en la entidad.

No solo el Prof. CAAMAÑO ha considerado que con la regulación de las operaciones vinculadas introducida por la Ley 36/2006 la gran perjudicada ha sido la pequeña y mediana Empresa Española, sobre todo las familiares. Otros autores han compartido la opinión, por eso no puedo dejar de ofrecer un contrapunto trayendo la opinión recogida en un artículo titulado **EMPRESA FAMILIAR: PRECIOS DE CONVENIENCIA VERSUS PRECIOS DE TRANSFERENCIA** del que es autor DURÁ BERENGUER publicado en Balance, revista de economía (n.º 9/2009), editada por el Colegio de Economistas de Alicante, donde se dice lo siguiente:

«Así pues, a los motivos estructurales para la aplicación de una política de precios y remuneraciones de mercado en el seno de la Empresa Familiar, se une ahora la propia normativa legal, tanto de carácter contable como fiscal. Debe darse la bienvenida a este nuevo desarrollo normativo que, sin duda, puede ayudar a corregir uno de los defectos más extendidos en el desarrollo de las actividades empresariales familiares. Que lo que se paga a cada uno de los familiares que trabaja en la empresa familiar sea una retribución de mercado, debidamente justificada y documentada, sólo puede favorecer la claridad en la relaciones de la familia con su empresa y en el gobierno corporativo de esta. Al menos situará a todos los familiares en igualdad de condiciones, de modo que su decisión por incorporarse a la empresa o mantener relaciones económicas con ésta no se encuentre mediatizada por situaciones como las que el propio autor expone:

- La empresa paga muy por debajo de mercado a los familiares, por lo que los mejores deciden trabajar en otras empresas.
- La empresa paga muy por encima de mercado a los familiares, por lo que todos o la mayoría de estos pugnan por trabajar en la empresa, con independencia de su valía o de que ésta lo necesite.
- Los familiares que trabajan en la empresa obtienen todo lo que necesitan por la vía de las remuneraciones del trabajo, por lo que no tienen interés en aprobar distribuciones de dividendos, en perjuicio de los familiares que no tienen un puesto de trabajo en la empresa, para quienes esta no representa ninguna fuente de ingresos o riqueza en la práctica.
- Familiares que tienen una posición de control ceden inmuebles en arrendamiento o capitales a la empresa por unas rentas o intereses, según el caso, superiores a los que se satisfarían en condiciones normales de mercado».

DURÁ BERENGUER, concluye:

«... la familia empresarial no debería desaprovechar la ocasión propiciada por el reciente cambio normativo».

Me refería con anterioridad al Reglamento del Impuesto sobre Sociedades que como se sabe fue modificado por el Real Decreto 1794/2008, de 3 de noviembre. En particular, dicho Real Decreto dio nueva redacción al Capítulo V del Título I que incluye los artículos 16 a 21 Ter. Respecto de los nuevos preceptos reglamentarios, y aquí pretendo incorporar un punto más para el debate, recientemente el ya citado Prof. CAAMAÑO ANIDO en un artículo titulado



Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros

LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero

APERTURA Y PRESENTACIÓN

D. José M^a. López Geta

Presidente del Patronato de la
Fundación para la Promoción de
los Estudios Financieros

“Comentario al nuevo régimen de de documentación de las operaciones vinculadas” (Revista de Contabilidad y tributación.CEF n.º 311.Febrero 2009) viene a reseñar los siguientes aspectos negativos de la reglamentación contenida en los preceptos antes citados:

1. El silencio de la nueva normativa acerca de la admisión o no de ajustes extra contables que permitan adaptar al principio de libre competencia el valor por el que se ha contabilizado una operación.
2. La disfunción que provoca el nuevo mandato reglamentario en virtud del cual el método de valoración que haya de emplearse debe venir determinado por los «comparables externos.»
3. Las incomprensibles exigencias impuestas a las sociedades de profesionales para evitar tanto posibles ajustes como sanciones a resultas de pago de servicios a profesionales con relación de vinculación.
4. La torpeza de haber equiparado operación vinculada con deber de documentación.
5. La dificultad práctica -en muchos casos imposibilidad- de cumplir las obligaciones de documentación que se impone a cada obligado tributario.
6. Las consecuencias de los muchos errores de concepción y carencias que la nueva regulación evidencia: utilización de comparables de procedencia extranjera y/o redacción en otro idioma, estándares contables admisibles, equiparables en situaciones de pérdida, validez temporal de los equiparables empleados, etc.
7. La falta de garantías –causadas particularmente por la desacertada tipificación de las infracciones creadas al respecto- de todo grupo de empresas y/o obligado tributario frente a eventuales expedientes sancionadores

Al día de la fecha, han transcurrido casi tres años de experiencia en la aplicación del nuevo régimen de operaciones vinculadas (en particular, respecto de las nuevas disposiciones del artículo 16 TRLIS, la Ley 36/2006 dispuso que serian de aplicación a los períodos impositivos iniciados con posterioridad a su entrada en vigor algo que tuvo lugar el 1 de diciembre de 2006). En ese período de tiempo, la Administración tributaria y las Empresas, o lo que es lo mismo, los profesionales que trabajan para ambas, muchos de los cuales estamos hoy aquí, se han venido enfrentando con numerosas dificultades no solo de interpretación de la norma, también de orden material. Probablemente de ello nos hablarán los intervinientes en la Segunda Ponencia: SRS. PÉREZ RODILLA Y PALACÍN. **Lamentablemente, no podremos contar con la presencia de Doña Carolina del Campo, si bien nos compensa saber que la ausencia se debe a un feliz acontecimiento familiar.**

Cierto es que unos y otros profesionales hemos hechos nuevos amigos: Amadeus, Savi, Orbi, etc. Por razones, no sé si fundadas o infundadas, presupuestarias o de otro tipo, a los profesionales de la Administración tributaria, en lo que al menos a mí concierne, solo nos han presentado un nuevo amigo, Amadeus.

Tengo que reconocer que al principio no me caía bien el tal Amadeus. Para los que somos devotos de su música, solo hay un Amadeus, el Grande, Mozart. Luego he llegado a comprender que el nombre puesto a Amadeus “el pequeño” (base de datos de empresas) es bastante acertado pues también el cerebro de Mozart era una increíble base de información en la que estaban incluidas incontables composiciones musicales de todo tipo, propias y ajenas. Tiene en mí opinión Amadeus el “pequeño” algún inconveniente, la escasa información que del mismo se puede extraer a efectos del imprescindible análisis funcional, uno de los factores determinantes, según OCDE, de la comparabilidad. A los meros efectos de contextualizar la transcendencia que atribuyo a los que acabo de decir me permitiré leer ciertos epígrafes de las Directrices sobre precios de transferencia de la OCDE:



Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros

LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero

APERTURA Y PRESENTACIÓN

D. José M^a. López Geta

Presidente del Patronato de la
Fundación para la Promoción de
los Estudios Financieros

1.20 En las relaciones comerciales entre dos empresas independientes, la remuneración reflejara las funciones desempeñadas por cada empresa (teniendo en cuenta los activos utilizados y los riesgos asumidos). Por tanto, para determinar si son comparables entre sí operaciones vinculadas y no vinculadas o entidades asociadas e independientes, es necesario comparar las funciones asumidas por las partes. Esta comparación se basa en un análisis funcional que pretende identificar y comparar actividades y responsabilidades, significativas desde un punto de vista económico, que son o van a ser asumidas por la empresa independiente y por la asociada. Con tal fin, se debe prestar particular atención a la estructura y organización del grupo. También será relevante concretar aquel título jurídico del contribuyente ejerce sus funciones.

1.21 las funciones que los contribuyentes y las Administraciones tributarias podrían tener que identificar y comparar incluyen, por ejemplo, el diseño, la fabricación, el montaje, la investigación y el desarrollo, la prestación de servicios, las compras, la distribución, la comercialización, la publicidad, el transporte, la financiación y la gestión. Deberían identificarse las principales funciones asumidas por el interesado sometido a inspección. Debería procederse a un ajuste ante cualquier diferencia importante respecto de las actividades asumidas por cualquier empresa independiente con la que se compara al interesado. Aun cuando una de las partes asuma un número considerable de funciones respecto de las asumidas por otra parte implicada en la operación, la importancia radica la significación económica de esas actividades desde el punto de vista de su frecuencia, naturaleza y valor para los respectivos interesados.

1.25 Las funciones ejercidas (considerando los activos utilizados y los riesgos asumidos) determinarán hasta que cierto punto la distribución del riesgo entre las partes y, por ende, las condiciones que cada interesados debería poder esperar en las negociaciones de plena competencia. Por ejemplo, cuando un distribuidor se responsabiliza de la comercialización y de la publicidad, arriesgando sus propios medios en dichas actividades, debería tener derecho a una retribución esperada proporcionalmente mayor por dicha actividad y las condiciones de la operación deberían diferir de las existentes cuando el distribuidor se limita a actuar como un agente, que ve sus costes reembolsados y que recibe una retribución adecuada a dicha actividad. De forma similar, un fabricante o un investigador previamente contratado que no asume riesgos importantes deberían tener derecho solamente a una remuneración limitada.

Gerardo Pérez Rodilla y Ramón Palacín, cada uno en el ámbito profesional que le es propio saben bastantes de la problemática que plantea la búsqueda de los dichos comparables, la elección de los métodos de valoración procedentes, etc. Y a mayor abundamiento, ahora, emergen con toda intensidad problemáticas específicas como la de las reestructuraciones empresariales y los precios de transferencia de que se ha ocupado el Informe de la OCDE hecho público el 19 de septiembre de 2008.

La Ley 16/2007, al modificar, entre otros, el artículo 34 del Código de Comercio incorporó al derecho positivo un principio, el de preferencia del fondo sobre la forma, cuyo cumplimiento, en la práctica anterior a la reforma, era imprescindible si realmente se quería alcanzar la imagen fiel en los estos contables. Recordaré que en su redacción actual el artículo 34, relativo a las cuenta anuales, en su apartado 2, inciso final, dispone que **«en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no solo a su forma jurídica»**, precepto éste que como ustedes muy bien saben constituye el respaldo



Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros

LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero

APERTURA Y PRESENTACIÓN

D. José M^a. López Geta

Presidente del Patronato de la
Fundación para la Promoción de
los Estudios Financieros

legal de la norma de registro y valoración 21.ª del PGC. La trascendencia de la incorporación al derecho positivo de la cláusula o principio de referencia es grande; así la indagación de la realidad o no de la voluntad negocial puede ser la causa determinante de que nos entremos “por sorpresa”, dicho entrecomillas, con la simulación.

Sobre las incidencias tributarias del artículo 34.2 del Código de Comercio, así como de la prevalencia del fondo sobre la forma, desde la perspectiva del Impuesto sobre Sociedades, van a hablar inmediatamente Eduardo Sanz Gadea y Javier Martín Fernández, conocidos sobradamente ambos de la mayoría por no decir de todos ustedes. No obstante, creo que no está demás un breve apunte acerca de su currículum que nos van a facilitar seguidamente Maite Treviño y Paloma Tavera a las que desde este momento cedo el uso de la palabra, no sin antes agradecer la asistencia, un año más, a éste acto de tanto significado para la Fundación.