



Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros

LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero

“Las Operaciones Vinculadas:
prevalencia del fondo sobre la forma”
D. Eduardo Sanz Gadea
Inspector de Hacienda del Estado.

**“LAS OPERACIONES VINCULADAS: PREVALENCIA DEL FONDO
SOBRE LA FORMA”**

Muy agradecido a la Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros por haber tenido la amabilidad de contar con mi presencia para poder debatir, reflexionar, con todos ustedes sobre esta materia que nos ocupa del fondo y la forma en materia de operaciones vinculadas.

A tal fin, lo primero que he hecho es seleccionar las normas de nuestro ordenamiento que se refieren a esta materia, es decir, que ponen en relación a las operaciones entre empresas vinculadas con el principio de preferencia o prevalencia del fondo sobre la forma.

He hallado que en estas normas hay un conjunto de aspectos comunes que conviene resaltar, y al hilo de los mismos, he planteado nueve interrogantes que voy a lanzar para poder suscitar el debate al que antes me he referido. Unos interrogantes derivan de la proyección de normas contables y fiscales sobre la misma realidad. Otros derivan del objetivo inexcusable de las normas fiscales de eliminar la doble imposición y no procurar un déficit de imposición en el contexto de las regularizaciones por operaciones vinculadas.

Y el último grupo de reflexiones o cuestiones derivan de la doctrina de la OCDE en esta materia, puesta en relación en algún caso, con alguna sentencia importante, desde mi punto de vista reciente de la audiencia Nacional, me estoy refiriendo a la de 21 de mayo de 2009.

Y finalmente haré una reflexión, quizás extraordinariamente teórica y de futuro, de lo que puede ser la evolución de la tributación del beneficio de las empresas en un contexto internacional, altamente marcado, como todos sabemos, por la característica de la globalización.

Se trata de una ponencia, que como todos pueden observar, a raíz de la introducción que acabo de realizar, altamente teórica quizás, altamente abstracta, seguramente en la segunda parte de esta sesión, pues ya los problemas se irán concretando. Y este es el objetivo al que me voy a dedicar seguidamente.

La primera norma que hace referencia a operaciones vinculadas y fondo sobre forma, es de naturaleza contable, es la contenida, como todos sabemos, en la norma vigesimoprimera de registro y valoración del Plan General de Contabilidad. En esa norma se dice que cuando el valor razonable de la operación difiriese del convenido, sobre este valor razonable han de practicarse los asientos contables, las inscripciones contables y no sobre el valor convenido, y la diferencia entre el valor convenido y el razonable, deberá registrarse atendiendo a la realidad económica de la operación.

Es la primera vez que una norma contable dice esto en nuestro derecho contable. Esta norma contable tiene su fundamento en el artículo 34.2 del código de comercio, segundo párrafo, el



Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros

LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero

“Las Operaciones Vinculadas:
prevalencia del fondo sobre la forma”
D. Eduardo Sanz Gadea
Inspector de Hacienda del Estado.

cual establece que en la contabilización de las operaciones económicas se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica. A su vez este artículo 34.2 halla inspiración en el marco conceptual de las normas internacionales de información financiera.

La segunda norma referente a operaciones vinculadas y fondo sobre forma es, todos lo sabemos, el artículo 16.8 del Texto refundido del Impuesto sobre Sociedades, que apela al tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la diferencia entre el valor normal de mercado y el valor convenido en una operación vinculada.

Es interesante resaltar que los profesores Calderón Carrero y Martín Jiménez, cuando hablan de esta norma, dicen que deberá aplicarse cuando a través de un análisis sustancial. “versus forma”, se llegue a la conclusión de que a través de la operación vinculada se pretende ocultar una distribución de dividendos o una aportación de capital, o cualquier otra operación secundaria.

Quede pues clara la vinculación clara entre el artículo 16.8 que he citado anteriormente y el principio de prevalencia del fondo sobre la forma.

La tercera norma que he seleccionado es el artículo 9 del modelo de convenio de la OCDE, el cual, como todos sabemos, establece el ajuste primario, el ajuste correlativo y el secundario. Es en este ajuste secundario donde aflora principalmente la relación de las operaciones vinculadas reguladas por los convenios con el principio de preferencia del fondo sobre la forma. Y en relación con este artículo 9, el apartado 137 de las directrices aplicables en materia de transferencia, sí que se refieren ya de manera expresa y contundente a la cuestión de la prevalencia del fondo sobre la forma. Se nos dice en este apartado 1.37 que es posible, si bien de manera excepcional, que la Administración Tributaria considere que debe hacerse caso omiso de la estructura seguida por los contribuyentes, en la relación de la operación vinculada, cuando la esencia de la operación difiere de su forma. En tal caso, las Administraciones tributarias pueden ignorar la caracterización de la operación realizada por las partes y “re-caracterizarla” De modo similar, continúa diciendo estos comentarios, la Administración Tributaria podrá hacer caso omiso, cuando coincidiendo la forma y el fondo de la operación, los acuerdos relativos a la misma se han realizado de forma tal que no hubieran sido nunca concertados por partes independientes.

Y también es útil, aunque en este momento estamos en fases de borrador, hacer referencia a un documento que la OCDE difundió en septiembre de 2008 relativo a los precios de transferencia en aplicación de las normas o los precios de transferencia en el contexto de reestructuraciones internacionales de negocios.

Pues estas son las normas que he seleccionado para comentar y de las que he extraído los interrogantes que seguidamente voy a citar.

Todas estas normas tienen un punto en común, y es que parten de la divergencia entre el valor convenido y el valor razonable y que quieren o tienen por objetivo que prevalezca el valor razonable, o valor de mercado, que sea así a efectos contables, y también que prevalezca la realidad subyacente o fondo de la operación.



Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros

LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero

“Las Operaciones Vinculadas:
prevalencia del fondo sobre la forma”
D. Eduardo Sanz Gadea
Inspector de Hacienda del Estado.

Ciertamente las normas de los convenios también tienen por objeto, o tienen por objeto principal, distribuir los ingresos fiscales entre las diversas Administraciones, para lograr esta finalidad emplean este instrumento de prevalencia del valor razonable o valor de mercado sobre el valor convenido.

Bien, ¿cuáles son los interrogantes a los que antes me he referido? En primer lugar voy a mencionar las derivadas de la proyección de las normas contables y fiscales sobre la misma realidad. Es claro que la norma vigesimoprimer del plan general de contabilidad y el artículo 16 del Texto refundido del Impuesto sobre Sociedades, pivotan sobre las mismas realidades, ¿disciplinan las mismas realidades con efectos diferentes? Ciertamente, unos con efectos contables y otros con efectos fiscales. Pero este hecho de que las normas en cuestión se proyecten sobre la misma realidad, pues plantea un conjunto de cuestiones que voy a citar.

En primer lugar nos preguntamos por el impacto que tendrá la norma contable respecto de la configuración de la obligación tributaria. ¿Tendrá algún impacto? ¿Supondrá algo esa norma vigésimo primera del Plan General de Contabilidad en relación con una obligación tributaria en el contexto de la realización de una operación vinculada entre partes vinculadas? Desde luego, si recordamos el artículo 10.3 del texto que refunde el Impuesto sobre Sociedades que determina o establece que el resultado contable es elemento nuclear de la base imponible, si ese resultado contable ha de ser influido, como debe serlo por la norma vigésimo primera del plan general de contabilidad, es claro que a través de este cordón umbilical penetra la fuerza de la norma vigésimo primera, con su respaldo en el artículo 34.2 del Código de Comercio, en el Impuesto sobre Sociedades.

De esta manera se podría llegar incluso a pensar que si valor razonable y valor de mercado participan de la misma sustancia, y en definitiva son la misma magnitud, si la significación o la calificación que procede, de acuerdo con la norma vigésimo primera del Plan General de Contabilidad es homologable a la que procede de acuerdo con el artículo 16.8 del Texto Refundido de Sociedades en relación con el artículo 21 del Reglamento de la Ley del Impuesto sobre sociedades, se podría llegar a una situación en la que aquello que ordena la norma fiscal previamente ya esté cumplimentado, ya esté realizado por aquello que ordena la norma contable. En este sentido, yo creo que se pronuncia la Exposición de Motivos de la Ley 36/2006. Existe también un documento enviado por el Director General de Inspección Tributaria a la Asociación Española de Asesores Fiscales y alguna consulta de la Dirección General de Tributos. Es preciso, sin embargo, señalar que lo que acabo de decir es una regla general, un criterio general, algo que desde luego está admitiendo excepciones, y que si se quiere imponer o establecer como criterio general, o absoluto o excluyente, necesariamente, creo que llegaremos a una conclusión errónea.

Yo creo que la situación de partida, o la situación, es que con carácter general sí los ajustes contables van a determinar que se cumpla, a través de su influencia o su influjo sobre el resultado contable, lo que ordena la norma fiscal, pero con carácter general. Habrá muchos supuestos o determinados supuestos, o algunos supuestos en los que naturalmente deban establecerse las pertinentes excepciones. Por ejemplo, cuando los planes contable y fiscal no coincidan en cuanto al ámbito de operaciones, en materia de ajustes por Sentencias sobre valor normal de mercado, Sentencias que ponen fin a una controversia fiscal, inexistencia de un valor razonable de carácter fiable, entre otras, porque el valor de mercado se impone



Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros

LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero

“Las Operaciones Vinculadas:
prevalencia del fondo sobre la forma”
D. Eduardo Sanz Gadea
Inspector de Hacienda del Estado.

siempre, el valor razonable no, cuando este no es fiable.

Lo que estoy diciendo tiene ya un reflejo, diríamos de autoridad, en tres consultas del ICAC, muy recientes del BOICAC 79. Si leemos las consultas del BOICAC 79, 4, 5 y sobre todo la 6ª, concerniente a préstamos sin intereses entre matriz y filial, contemplando las dos posibilidades, que el préstamo sin intereses sea concedido por la matriz o por la filial, veremos que las conclusiones que en naturaleza contable llega estas consultas, son perfectamente homologables desde el punto de vista de lo que podrían ser las conclusiones fiscales al amparo del artículo 16, y en particular del 16.8 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Por consiguiente, la primera conclusión a la que llego en relación con la pregunta que he formulado, y por consiguiente me respondo a mí mismo, es que, en buena parte, con carácter general, sí que esta norma vigésimo primera, esta regla vigésimo primera del Plan General de Contabilidad va a provocar, va a propiciar unos ajustes contables que en buena medida, y en bastantes casos, van a resolver anticipadamente, por decirlo de alguna forma, los ajustes que se derivan de la aplicación del artículo 16 del Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades.

Dicho esto, ¿perturba esta conclusión a la que acabo de llegar, perturba la norma vigésimo primera del plan general de contabilidad la correcta configuración y desenvolvimiento de la obligación tributaria? ¿Es perturbadora esta, diríamos, influencia, incidencia de la norma contable en el campo fiscal? Yo creo que la regulación contable, desde luego que no va a impedir en absoluto el cumplimiento de las normas fiscales, por el contrario creo que allanan el recto camino del cumplimiento de las mismas. Y ello, porque el obligado tributario, ahora, junto a la apelación fiscal, también siente la llamada de la norma contable, en el mismo sentido, e incluso, me atrevo a pronosticar, que la norma vigésimo primera del Plan General de Contabilidad va a suponer un “desincentivo” a la realización de operaciones vinculadas entre partes vinculadas, por un valor diferente al valor de mercado. Porque el reflejo de los efectos que esa operación, pactada entre partes vinculadas por valor diferente al de mercado, supone en los libros de contabilidad, en las cuentas anuales, el reflejar eso, el hacerlo frente a terceros a través de unos documentos del valor que tienen las cuentas anuales supone, en mi opinión, un freno para la realización de estas operaciones en este sentido.

Yo creo que si ello fuese así, no sería nada malo por cuanto, naturalmente, la concertación por precios diferentes de mercado, no siempre es algo malo, naturalmente que no, y probablemente en muchas ocasiones no lo sea, pero sí encierra siempre alguna cuestión que podría ser irregular. En esa medida, creo que la norma contable va a tener un efecto positivo, no ya en el campo fiscal, sino con carácter general.

Tercera cuestión, derivada de la primera, ¿suplanta la normativa contable a la fiscal? ¿Hace la normativa contable superflua a la fiscal? Yo creo que en modo alguno, en modo alguno podemos llegar a esta conclusión. La Administración Tributaria, cuando enjuicie una operación vinculada, lo hará al amparo del artículo 16 del Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades. Cuestión distinta es que, tras efectuar este enjuiciamiento, la Administración Tributaria entienda que los ajustes que se han llevado a cabo por el sujeto en materia de contabilidad, ya han satisfecho las exigencias de la norma fiscal en la medida en la que estas



Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros

LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero

“Las Operaciones Vinculadas:
prevalencia del fondo sobre la forma”
D. Eduardo Sanz Gadea
Inspector de Hacienda del Estado.

exigencias se han reflejado en el resultado contable. Pero lo que está aplicando la Administración Tributaria es el artículo 16, y naturalmente cuando deba practicar alguna regularización lo hará al amparo del artículo 16 y creo que no será pertinente acudir a una modificación del resultado contable al amparo del artículo 143 del Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades.

Bien, con esto acabo el primer bloque de las interrogantes y entro en el segundo, que es el derivado del objetivo de la doble imposición y déficit de imposición. Este objetivo de las operaciones vinculadas está claramente marcado, o establecido, en el artículo 16.1, Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades, último párrafo. Es concluyente este párrafo: no se debe grabar, como consecuencia de la regularización por operaciones vinculadas, una renta superior a la habida entre las partes que han intervenido en la misma. Es una norma que además es congruente con lo que establece el artículo 9.2 del modelo de convenio de la OCDE que, como todos sabemos, obliga al otro Estado, al Estado que es pasivo en relación con la iniciación de la regularización por operaciones vinculadas, a practicar el ajuste correspondiente en la cuantía del impuesto que ha percibido sobre las utilidades en cuestión. Bien cierto, que esta obligación es una obligación que podríamos denominar imperfecta, porque la obligación que se establece es la de establecer un diálogo con el otro estado para ver si se puede llegar a una solución que evite la doble imposición, aunque naturalmente el Estado en cuestión no está obligado estrictamente por el ajuste practicado por el otro estado.

Bien, como sabemos, este artículo 9 del modelo de la OCDE establece el ajuste primario, el ajuste correlativo y habla del ajuste secundario, pero no lo establece como tal en su cuerpo normativo, si no que en sus comentarios también dice que al amparo de este artículo 9.2 cabe que los estados miembros realicen ajustes, los Estados miembros, los Estados de la OCDE, realicen ajustes, las partes que establecen un convenio, realicen ajustes de carácter secundario. Pero no los establecen.

Bien, entonces la primera cuestión que se me plantea es, ¿salva el denominado ajuste correlativo la doble imposición que se deriva del ajuste primario? Es decir, ¿el ajuste correlativo por sí mismo, sin más, salva el exceso de imposición que se puede producir como consecuencia del ajuste primario, ajuste primario, ajuste correlativo, ajuste secundario? Ahora sólo me refiero al ajuste primario y al ajuste correlativo, ¿el correlativo salva el exceso de imposición? Pues unas veces lo salva y otras veces produce “des-imposición” o diferimiento de la imposición, de manera tal que si el ajuste correlativo no se corrige con el ajuste secundario, se puede producir des imposición.

Véase, por ejemplo, el caso de una filial que realiza una operación vinculada que encubre una distribución de dividendo. Si pensamos que correlativamente al ajuste primario positivo en sede de la sociedad que distribuye el dividendo subrepticamente a través de un precio diferente al de mercado, hay que practicar un ajuste negativo en la sociedad receptora de ese activo, que conlleva, o que tiene implícitamente, por el precio al que adquiere un dividendo, si pensamos que ahí hay que practicar un ajuste negativo y que con eso hemos acabado, acabaremos en “des-imposición”, porque sería posible, que, por ejemplo, a ese dividendo no le correspondiera una deducción para evitar la doble imposición o una exención en su caso.

Y si pensamos en la situación contraria, en la que un socio efectuó una aportación encubierta



Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros

LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero

“Las Operaciones Vinculadas:
prevalencia del fondo sobre la forma”
D. Eduardo Sanz Gadea
Inspector de Hacienda del Estado.

a una sociedad de su propiedad, llegaríamos a la conclusión de si hacemos un ajuste positivo en el socio, que es el equivalente al valor de la cartera, que naturalmente ahí está subiendo como consecuencia de la aportación y que vamos a hacer inmediatamente un ajuste negativo y en ese mismo período, es el socio el que recibe la aportación, ahí habrá un diferimiento de imposición. El ajuste negativo en su caso, debiera hacerse en el momento en el que los activos en cuestión, que han sido objeto de aportación a través de ese menor valor convenido en relación con el mayor valor de mercado, sean puestos en circulación, sean amortizados, etcétera, etcétera. Hay pues que desechar la idea de que el ajuste correlativo resuelve la situación tributaria que se genera o que se suscita a través del ajuste primario, sin el ajuste secundario, sin la calificación, sin la prevalencia del fondo sobre la forma en estas operaciones, creo que actuaremos incorrectamente.

Por consiguiente, la segunda pregunta, que ya la he contestado es, ¿se alcanzan todos los fines normativos a través de los ajustes primario y correlativo? Pues desde luego que no. Todos los fines se alcanzan a través de la práctica de los tres ajustes. Y es más, tercera pregunta, ¿sería concebible una regulación de las operaciones vinculadas basada en la determinación de la realidad subyacente de la diferencia entre el valor de mercado y el valor convenido? ¿Sería concebible una regulación en la que se pivotase sobre esa diferencia, sobre la significación de esa diferencia, y esa diferencia calificada con acuerdo a su verdadera significación se subsumiese sobre la norma correspondiente sin que fuese necesario que nos dijese la norma que prevalecerá el valor de mercado en la operación, etcétera, etcétera? En mi opinión sí sería bastante posible.

Por eso, en un plano ideal, y como esta es la Sesión de apertura, el plano ideal está justificado. Seguramente en las siguientes sesiones habrá que afinar mucho más... en un plano ideal, yo creo que la corrección o la regularización por operaciones entre empresas vinculadas se ha podido realizar desde el inicio de los tiempos. ¿Heterodoxia? Seguramente. ¿Herejía? No creo que llegue a tanto. Pero claro, es mucho más seguro una regulación como la que tenemos desde 1978, donde naturalmente lo que se dice es que ha de prevalecer el valor de mercado, y seguramente es mucho más seguro puesto que ahora hay un artículo 16.8 donde se nos dice que la diferencia entre el valor de mercado y el valor convenido, hay que buscar lo que hay debajo, la realidad, la verdadera naturaleza de la renta, la realidad jurídica, la realidad económica, de esa operación, para darle el tratamiento que verdaderamente le pertenece.

Bien, hay algunas Sentencias que han confirmado o han desestimado las reclamaciones o los recursos contenciosos de los contribuyentes, en relación con regularizaciones de la Administración que se plantearon en los términos que acabo de mencionar. Me refiero, por ejemplo, a la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de octubre de 2004 y de 18 de noviembre de 2003.

Bien, entro ya en el tercer bloque las cuestiones que he planteado. ¿Se puede aplicar la doctrina de la OCDE, cuestión del no reconocimiento, o disregarding, a la que antes he hecho referencia, contenida en el apartado 1.37 de las directrices sobre Precios de Transferencias? ¿Se puede aplicar esta doctrina de la OCDE al amparo de la aplicación de un convenio? ¿se puede por parte de la Administración Tributaria razonar en estos términos de no reconocimiento de operaciones entre partes vinculadas, basándose en la existencia de



Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros

LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero

“Las Operaciones Vinculadas:
prevalencia del fondo sobre la forma”
D. Eduardo Sanz Gadea
Inspector de Hacienda del Estado.

un Convenio que se supone responde al modelo del artículo 9 del Modelo de Convenio de la OCDE, que a su vez ha motivado estos comentarios en las Directrices sobre precios de transferencia, que consisten, como ya he dicho, en que cuando el fondo y la forma no coincidan, cuando se vean que no hay una realidad subyacente, la Administración puede desconocer los efectos pretendidos de esas operaciones por parte del obligado tributario? ¿Se puede hacer eso? ¿Puede la Administración Tributaria tirar por este camino?

Bueno, la realidad es que la Administración Tributaria ya lo ha hecho en alguna ocasión. Que yo conozca sólo una. Que está plasmada en la sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2009. Voy a leer un párrafo que he seleccionado, porque creo que es ilustrativo. Dice así: “ ... la Sala no alberga duda alguna sobre la aplicabilidad al caso de los convenios internacionales que nos ocupan”, es decir, está entendiendo que se aplica directamente el artículo 9 del Modelo de Convenio, en relación con la regularización de una operación entre partes vinculadas, ambas situadas en un país con Convenio.

“Así se infiere”, dice la Sentencia, del artículo 96.1 de la Constitución, y así lo establece expresamente en materia tributaria el artículo 3 de la Ley 43/1995, “en definitiva [continúa la sentencia] los convenios autorizan a regularizar al contribuyente cuando se acredite que la actuación realizada ha estado exclusivamente determinada por la vinculación con las empresas a las que está asociada, de suerte que puede colegirse que esa misma operación no habría sido realizada si no concurriera esa vinculación. Las autoridades fiscales competentes podrán efectuar los ajustes correspondientes y entre ellos, en lo que hace al caso, la anulación de cualquier efecto fiscal que pudiera derivarse de la operación de que se trate”.

El caso, el supuesto objetivo, era una adquisición de acciones por parte de una sociedad residente en territorio español de otra sociedad del grupo residente en el extranjero, y esa adquisición de acciones estaba financiada, en parte por pasivos financieros emitidos por el propio grupo, es decir, préstamos del propio grupo, y en parte por capital, de esa manera se sobrecargó de modo relevante la Cuenta de Pérdidas y Ganancias de la sociedad española sin ninguna ventaja para ella, aparentemente, y la regularización que propuso la Inspección de Hacienda consistió en el desconocimiento de la operación, propuso que la pérdida que se había producido como consecuencia de la venta en ejercicio posterior de las acciones compradas fuese eliminada al considerar que el precio de adquisición había sido excesivo si tenía en cuenta el valor de mercado.. Esa fue la regularización que propuso el inspector actuario. Pero llegó el inspector jefe y dijo, no, no, esta regularización no es correcta y yo voy a proponer otra. Y propuso la siguiente: eliminar absolutamente todos los efectos derivados de la operación; en consecuencia, cayó la pérdida pero también cayeron los intereses que habían estado gravitando sobre la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, por lo tanto, sobre la base imponible durante varios años.

Junto a la referenciada Sentencia de la Audiencia de 21 de mayo de 2009 de la Audiencia Nacional, interesa traer a colación una Resolución del TEAC de 17 de mayo de 2007 que versa sobre el mismo supuesto de hecho y que ha resuelto la cuestión expediente de fraude a la ley. Hay aquí alguna meditación de fondo que hacer y es, diríamos, el solapamiento que se puede producir, o la elección que ha de realizarse entre unas normas generales antiabuso y otras específicas, en orden a la regularización de determinadas situaciones. Y yo me



Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros

LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero

“Las Operaciones Vinculadas:
prevalencia del fondo sobre la forma”
D. Eduardo Sanz Gadea
Inspector de Hacienda del Estado.

pregunto si la citada Sentencia de la Audiencia Nacional hará camino, si es concorde con los principios tradicionales en materia de imposición internacional, en materia de relación de las normas internas con las normas convenidas. Como respuesta a esa pregunta voy a leer un párrafo de Klaus Vogel: “Klaus Vogel on Double Taxation Conventions”, que ha venido resumiendo lo que podríamos denominar la posición mayormente compartida, o mayoritariamente compartida, y dice así Vogel: “los tratados fiscales reconocen que cada Estado contratante aplica su propio derecho y luego limitan la aplicación por parte de los Estados contratantes de ese derecho”.

Un Tratado fiscal ni genera una obligación fiscal, que de otra manera no existe bajo la ley interna, ni extiende el ámbito o modifica la naturaleza de una obligación existente. Y en referencia al artículo 9, dice, Vogel: “... de nuevo debería anotarse que los tratados fiscales restringen, antes que generan normas internas”. El artículo 9 por sí mismo no puede ser una base legal autónoma para ajustar al alza la renta, la única base legal para ajustar los beneficios entre empresas asociadas, para eso están las normas internas. Es claro que si Vogel hubiese sido el magistrado de la Audiencia Nacional, no hubiese dictado la Sentencia en ese sentido. En España, se ha referido a esta doctrina de Vogel, el Profesor Calderón Carrero señalando que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia internacional considera que el artículo 9 del modelo de Convenio de la OCDE posee funcionalidad habilitadora y limitadora con respecto de la norma interna de precios de transferencia.

Bien, siendo así las cosas, me pregunto, ¿tiene la doctrina de la no consideración, la doctrina de OCDE del disregarding, reflejo en el artículo 16 del TRIS? ¿Podríamos ver en el artículo 16 del TRIS un atisbo de recepción de esa doctrina? ¿Podría aplicarse el artículo 16, para, a través de él, llegar al efecto del disregarding? En mi opinión no. En mi opinión, al llamado disregarding, al no reconocimiento, sólo puede llegarse a través de las normas antiabuso de carácter general.

La OCDE, en un borrador que puso en circulación en septiembre, quiero recordar, de 2008, al referirse a la forma en cómo debe aplicarse el no reconocimiento, el disregarding, dice algunas cosas que son de mucho interés; dice, en primer lugar, que debe aplicarse solamente en forma excepcional, y, en segundo lugar, afirma que no debería llegarse a la situación de no reconocimiento cuando las transacciones realizadas entre las partes, aún a pesar de tener solamente una finalidad fiscal, sean reales, en el sentido de que impliquen una transferencia efectiva de activos de riesgos y de funciones. No se le escapa a Calderón Carrero la importancia de esta reflexión de la OCDE. Y se pregunta si esta reflexión de la OCDE podría, en su caso, extrapolarse o extenderse a la aplicación de normas antiabuso de carácter general distinta, por consiguiente, de lo que establece el artículo 16, del TRIS. La propia OCDE ha precisado que sus criterios, todavía en borrador, solamente versan en relación con la regularización o no regularización, sino con la situación de operaciones vinculadas, que por consiguiente no deberían extenderse a otras normas antiabuso de carácter interno. Sin embargo, Calderón Carrero opina que si finalmente este borrador se aprueba, el influjo de la doctrina de la OCDE también trascenderá a la aplicación de las normas antiabuso de carácter interno, de carácter general. Ya veremos si esto es así o no.

Bien, dado que creo son cinco los minutos de que dispongo para concluir mi intervención, quisiera hacer una reflexión general acerca de todas las cuestiones que acabo de plantear.



Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros

LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero

“Las Operaciones Vinculadas:
prevalencia del fondo sobre la forma”
D. Eduardo Sanz Gadea
Inspector de Hacienda del Estado.

Probablemente, la reflexión sería muy diferente, o puede ser muy diferente, según cuál sea la formación de la persona que vaya a realizarla. Posiblemente un jurista, o una persona con mimbres de jurista, que yo desgraciadamente no poseo, traería a colación aquellos debates que en los años 60 se produjeron en nuestro país sobre la naturaleza jurídica de la base imponible y la polémica entre Ciotti y, otros autores [por ejemplo en España, Sainz de Bujanda] en relación con la naturaleza jurídica o económica del hecho imponible, interpretación económica, interpretación jurídica de las normas tributarias. Yo no me voy a lanzar por ese camino pues no estoy preparado para ello.

Lo que si me planteo es la cuestión de cómo puede enfocarse en el ámbito internacional la tributación de los beneficios en los próximos años. Y para ello tomo nota de lo que nos dice Jeffrey Owens en la alocución introductoria a la conferencia “Transfer Pricing and Treaties in a Changing World”, de septiembre de 2009. Decía, entre otras cosas, que en 1995 [fijémonos bien, en 1995], la normativa sobre precios de transferencia estaba todavía en su infancia. En aquellos días, sólo un reducido grupo de países habían adoptado regímenes sobre precios de transferencia. Podemos estar orgullosos de nosotros mismos, España ya estaba entre ellos desde 1978, y el interés del legislador español en material de regulación de operaciones vinculadas está bien claro. En la reforma de 1995 se introdujo algo que todavía no estaba recogido en las directrices de la OCDE sobre el precio de transferencia, como eran los acuerdos previos en materia de operación entre partes vinculadas. Y ahora, con la ley 36/2006 se ha visto la atención extraordinaria que el legislador presta a las operaciones vinculadas. Y en el Derecho contable, la norma vigésimo primera del Plan General de Contabilidad es una norma pionera, no se recoge en las normas internacionales de información financiera, es algo que el legislador, mercantil en este caos, ha establecido “más a más”.

Bien, si nosotros ahora examinásemos una Revista de actualidad financiera, que recoge normas financieras y jurisprudencia, veríamos que desde el año 99, más o menos, se han producido en nuestro país alrededor de 800 sentencias en materia de operaciones vinculadas. La Administración, por consiguiente, ha tenido una actividad importante en este aspecto de la regularización. En los últimos años se ha producido, como consecuencia de la regulación de la Ley de 43/ 95, una tendencia mayoritaria a la regularización en materia de operaciones vinculadas en el ámbito transfronterizo.

Bien, ¿y qué va a pasar en el futuro? En el futuro esto se tiene que acrecentar necesariamente, porque la globalización es un hecho que determina que las empresas multinacionales se organicen a una manera diferente a como lo venían haciendo. Y esto necesariamente determina una multiplicación de las operaciones que denominamos vinculadas. El ya citado Jeffrey Owens es consciente de ello, ha dicho algo que me parece es de mucho interés para todos nosotros: “lo que comenzó siendo una relativamente clara y directa expresión de un sencillo principio, el principio de concurrencia, ha llegado a ser más y más, una materia técnicamente sofisticada, la cual se compone tanto de conceptos legales como económicos. En el plano conceptual es reconocida la dificultad de cómo imputar los beneficios a las distintas partes de un grupo multinacional como si fueran independientes, cuando es preciso reconocer que las empresas multinacionales están más que nunca, comportándose globalmente”.



Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros

LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero

“Las Operaciones Vinculadas:
prevalencia del fondo sobre la forma”
D. Eduardo Sanz Gadea
Inspector de Hacienda del Estado.

Es decir, la empresa multinacional, el grupo multinacional, se comporta como un cuerpo orgánico, globalmente, pero la fiscalidad responde separando ese cuerpo, principio de empresa separada y libre de concurrencia. Claro, de ahí tienen que surgir múltiples dificultades. Y me pregunto, ¿estamos pivotando ya sobre un modelo que no responde a las necesidades actuales? El propio Jeffrey Owens lo apunta, aunque lo rechaza, cuando dice, “aunque algunos han sugerido reemplazar este bien establecido sistema, libre de concurrencia, con otros alternativos, Unitary Taxation, nadie ha establecido un plan detallado al efecto”. Es decir, Jeffrey Owens se está dando cuenta de las dificultades que el principio de empresa separada, y libre de concurrencia, implica en un contexto de globalización. Y conoce que hay voces que así lo están expresando en el área internacional, pero nos dice, todavía nadie ha puesto nada sobre la mesa que podría ser objeto de un debate sosegado.

Yo creo que esto no es así, a raíz del informe OCDE/2001, la Unión Europea ha puesto en funcionamiento un buen conjunto de grupos de trabajo, que han emitido informes acerca de un posible sistema de tributación de base imponible común consolidada que podría constituir una respuesta a lo que Jeffrey Owens está preguntándose o está inquiriendo. Hoy en día, este sistema está ciertamente en la vía muerta. Esto no quiere decir que mañana no resucite. Ahí hay una idea fundamental, que es la tributación sobre la base consolidada. Lo importante no es que la base sea común o no, lo importante es que la base sea consolidada. Se está apuntando, podríamos decir, hacia una nueva estructura de tributación. Se está apuntando a la estructura de tributación de base consolidada, “versus estructura de tributación de base separada y principio de libre concurrencia”.

Yo me pregunto: ¿estas estructuras son alternativas? ¿Si hay una no hay otra? ¿Compiten entre sí por el mismo espacio? ¿Son, por consiguiente, incompatibles? Yo creo que depende de cómo se establezca la distribución de la base imponible consolidada entre las empresas que constituyen el grupo. Si desde luego se distribuye en función de una fórmula de reparto predeterminada, al modo en que sucede por ejemplo en los Estados Unidos con la Unitary Taxation, desde luego que son incompatibles.

Recuerdo que hace como cinco años, vino al Instituto de Estudios Fiscales el propio Jeffrey Owens para dar una charla. Yo le pregunté públicamente si eran incompatibles o no ambos sistemas, y la respuesta que dio fue esta: “la fórmula de reparto predeterminada impide cualquier relación entre el sistema de base imponible común consolidada europea y el sistema de la empresa separada y libre concurrencia”.

Pero sí, y ahora ya vienen mis propias conclusiones, la distribución de esa base imponible consolidada se realiza en función de las bases imponibles individuales de las sociedades corregidas en el efecto de las operaciones internas, entonces no hay incompatibilidad, sino que puede haber armonía entre ambos sistemas. Y me pregunto, ¿es bueno que exista armonía entre ambos sistemas? ¿Qué podría aportar el sistema de base imponible consolidada en relación con el sistema de empresa separada y libre concurrencia? Desde luego lo que podría aportar sería una consideración real de lo que está sucediendo, que lo verdaderamente relevante es la unidad económica, el grupo en cuanto a unidad económica y no las diversas entidades, formas jurídicas, que lo conforman; lo que podría aportar en definitiva es un escenario sin tensiones para la aplicación de los precios de transferencia. Los precios de transferencia naturalmente que deberían seguir aplicándose, en la medida en que



Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros

LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero

“Las Operaciones Vinculadas:
prevalencia del fondo sobre la forma”
D. Eduardo Sanz Gadea
Inspector de Hacienda del Estado.

existiendo distintas jurisdicciones fiscales, serían esos precios de transferencia los que definirían finalmente la distribución de ingresos fiscales. Pero no es lo mismo aplicar los precios de transferencia en un contexto de tensión como el que actualmente tenemos [parece evidente que la distribución adecuada de activos, pasivos, patrimonios, operaciones, entre las distintas sociedades del Grupo, en relación con unas jurisdicciones fiscales de muy diversa contextura y configuración] que en uno donde, si finalmente lo que prevalece es la magnitud consolidada, todas las colocaciones de activos, pasivos, precios concertados, finalmente mueren en el dintel de la base imponible consolidada.

La contabilidad ha dado este paso hace mucho tiempo. ¿Qué son las cuentas consolidadas sino el reconocimiento de la insuficiencia de las cuentas individuales, de la superior realidad del Grupo a efectos de lo que está sucediendo en relación con las cuentas individuales de cada sociedad que lo conforma?

Bueno, y con esto ya seguro que ha acabado el tiempo de que dispongo, solo me cabe añadir que tal vez sea pretencioso por mi parte pensar que el futuro de la imposición de los beneficios estará transido por una convergencia o armonización entre el principio de libre concurrencia y la tributación consolidada. O tal vez no.

Muchísimas gracias.