

# Reseña de actualidad fiscal

Reflexiones sobre el nuevo régimen de operaciones entre partes vinculantes. Particular referencia a los ajustes secundarios (y II)



Miguel Caamaño  
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

Volviendo a las consecuencias del ajuste secundario que impone la nueva regulación del art. 16 LIS, a continuación examinaremos cada posible supuesto de entrega de bienes y servicios entre partes vinculadas para ver qué efectos produce en el socio y cuáles en la sociedad:

1. Cuando las relaciones económicas han tenido lugar entre dos personas jurídicas entre las que existe relación socio-sociedad, los ajustes, tanto el primario como el secundario, dice la ley que tendrán en ambas un efecto fiscal neutral. El ajuste positivo en la primera debería ir seguido de un ajuste de signo contrario en la segunda.

Cuando la diferencia entre valor de transacción y valor de mercado beneficiase a la filial, el efecto producido por el ajuste secundario (incremento en el valor de su participación) se compensará en la mayoría de los casos al practicar la deducción por doble imposición de plusvalías de fuente interna cuando aquella participación se transmita a terceros.

Y también se compensará si la diferencia entre el valor pactado y el valor de mercado beneficiase a la matriz –salvo que el porcentaje de participación fuese inferior al 5% o la tenencia de las participaciones/acciones fuese inferior a un año–, en este caso vía deducción por doble imposición de dividendos de fuente interna.

2. Y lo propio podríamos decir para el caso de que una de las partes vinculadas sea no residente: Si la diferencia fuese a favor de la sociedad participada no residente, de manera que fuese calificada como una aportación del socio persona jurídica con residencia en España a los fondos propios de la primera, la recalificación derivada del ajuste secundario tendrá un efecto fiscalmente neutral a la hora de transmitir la participación por aplicación de la deducción por doble imposición internacional del art. 31 LIS.

Si la diferencia fuese a favor de la sociedad participada residente en España, en virtud de una operación con un socio persona jurídica (o sea, sociedad dominante) fiscalmente no residente, el

ajuste secundario obligará a que aquella diferencia fuese considerada como mayor aportación de la entidad no residente a los fondos propios de la española, en cuyo caso la entidad no residente experimentará una menor ganancia de patrimonio en el momento de la venta de la participación española.

Si la diferencia, procedente de una operación con una sociedad no residente, fuese a favor del socio persona jurídica (o sea, entidad dominante) con residencia en España, la imputación del dividendo derivada del ajuste secundario se verá neutralizada (salvo que la longevidad de la cartera y el porcentaje de la participación lo impidiesen) por la exención de dividendos de fuente extranjera o, en su caso, por la deducción para evitar la doble imposición internacional de los arts. 31 y 32 LIS.

Si la diferencia, procedente de una operación con una sociedad residente en España, fuese a favor del socio persona jurídica no residente (o sea, de la sociedad dominante), la imputación del dividendo derivada del ajuste secundario se traduce en que tendrá que tributar al tipo de gravamen del 18% por aplicación del art. 25.1.f de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes, pero podrá también aplicar tanto la exención relativa a los dividendos ex art. 14.1.h) LIRNR como el precepto correspondiente en cada caso del Convenio de Doble Imposición firmado por España aplicable en virtud del país de residencia de la matriz.

3. Si, por el contrario, las relaciones económicas tuviesen lugar entre dos partes vinculadas en las que una de ellas fuese una persona física, entonces sí que los ajustes secundarios pueden producir severos efectos entre las partes.

a. Si el socio de la entidad fuese una persona física y las operaciones (pago de retribuciones o venta de bienes o servicios al socio, por poner sólo un par de ejemplos) se formalizasen a precios superiores a los del mercado, el ajuste secundario impone recalificar la diferencia que se produce a favor del socio como reparto de beneficios, de modo que fiscalmente dicha diferencia deberá de imputarse en el IRPF del socio como dividendo, tributando al 18%, y sin derecho, como sabemos, a practicar deducción por doble imposición de ningún tipo.

En definitiva, aquella diferencia deja de calificarse fiscalmente de acuerdo con

su verdadera naturaleza (por ejemplo como rentas de la actividad económica si el socio comprase a título de profesional), convirtiéndose a efectos del IRPF del socio como renta del ahorro, con las consecuencias que de ello deriva, no sólo en términos de coste fiscal, sino también de cambio de las reglas de integración y compensación de rentas.

Téngase en cuenta que en este caso el efecto que se produce también vulnera la norma imperativa del art. 16.1.2º LIS con arreglo a la cual del ajuste no puede derivarse *una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las personas o entidades que la hubieran utilizado*.

Pero es que, además, tengamos en cuenta que el diferencial que es objeto de ajuste secundario, calificándose como dividendos para el socio contratante, pierde también la condición de gasto deducible para la entidad pagadora.

b. Si en el ejemplo anterior (relación sociedad-socio persona física) las operaciones se formalizasen a precios inferiores a los del mercado, el ajuste secundario impone recalificar la diferencia que se produce a favor del socio como aportación de fondos del socio a la sociedad. Consiguientemente, la sociedad verá incrementados sus fondos propios, y el socio verá incrementado el valor de su participación, con la consiguiente incidencia en el cálculo de la ganancia de patrimonio en la fecha y hora en que transmita la participación.

c. Si la relación de vinculación derivase de la condición de administrador no socio de la entidad vendedora de bienes o servicios, aunque existen opiniones doctrinales discrepantes al respecto (Cencerrado Millán: *Los efectos del ajuste secundario en el nuevo régimen de las operaciones vinculadas*, Revista Española de Derecho Financiero, nº 133, enero-marzo 2007, pág. 80), en opinión de quien firma estas líneas no procede practicar ajuste secundario alguno. Para que proceda practicar dicho ajuste, la Ley exige que *“la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad”*, de modo que al carecer el administrador de la condición de socio o partícipe, no se dan las circunstancias legalmente establecidas para que proceda el ajuste secundario.

d. ¿Qué efectos producirá el ajuste secundario en relación con la parte de la renta que no se corresponda con el por-

centaje de participación de aquel que tiene la condición de socio en la entidad? Pues el Proyecto de Reglamento que desde el verano 2007 circula entre nosotros da respuesta a esta cuestión, con una solución que nos parece un verdadero disparate:

—Cuando la diferencia fuese a favor del socio o partícipe, la parte de la renta que no se corresponda con el porcentaje de participación en la entidad tendrá para ésta la consideración de retribución de los fondos propios, y para el socio o partícipe la condición de renta del ahorro;

—Pero es que si la diferencia fuese a favor de la entidad, la parte de renta que no se corresponda con el porcentaje de participación en la misma, tendrá la consideración de renta en la entidad y nada menos que de donación para el socio o partícipe.

### De la “unidad de decisión” al “control” en el concepto de grupo de empresas

La reciente *Ley de Reforma y Adaptación de la legislación mercantil en materia contable* ha introducido una saludable modificación en el art. 42 del Código de Comercio, concretamente en el concepto de “grupo de empresas” vigente desde el 1 de enero de 2004.

Hasta ahora el concepto de grupo de empresas descansaba en el de “unidad de decisión”, y se presumía que se daba dicha circunstancia tanto cuando una o varias sociedades se hallaban bajo “dirección única” como cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada eran a su vez miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra sociedad dominada por ésta. Sobre la base de tal regulación, podrían darse situaciones de “dirección única” —o sea, de grupo— tan poco razonables como las siguientes: entidades no participadas entre sí ni con socios comunes pero con administradores no socios miembros de los órganos de gobierno de unas y otras, o entidades participadas minoritariamente por las mismas personas físicas o jurídicas, aunque cuenten con órganos de administración distintos.

Con buen criterio, el concepto de grupo de empresas pasa a vincularse ahora al jurídicamente más seguro y fiscalmente más razonable de “control”. Sólo habrá, pues, grupo cuando una sociedad ostente —aun-

que la norma desliza también la expresión “o pueda ostentar”— directa o indirectamente el control sobre las demás. No habrá, pues, control en casos tales como el de entidades gemelas (dependientes de la misma matriz pero no participadas entre sí) o el de los ejemplos anteriormente citados, los cuales hasta la fecha sí tendrían encaje en el concepto más amplio de “unidad de decisión”.

Sólo habrá, en definitiva, grupo de empresas —concepto que a partir de ahora, no lo olvidemos, determinará la obligación de formular cuentas anuales e informe de gestión consolidados—, o sea, “control” cuando la mayoría que una entidad ostenta sobre otras, directa o indirectamente, le permita, de acuerdo con los Estatutos sociales de éstas, controlar sus derechos de voto o el nombramiento o cese de los miembros del consejo de administración.