

**LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE VALORACIÓN DE LAS
OPERACIONES VINCULADAS A LAS VARIACIONES
PATRIMONIALES EN LA LEY 61/1978, de 27 de diciembre.
Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1999.**

M^a Milagros Sieiro Constenla

Sumario: I.- Planteamiento del problema. II.- Evolución del marco jurídico de las operaciones vinculadas. III.- Un caso particular: La transmisión de acciones sin cotización. IV.- El fundamento del fallo: Nulidad de los artículos 131. 2. b), 3. y 133. 2. b) del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

I.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Para una mejor comprensión del fallo del Tribunal Supremo, se describen, en primer término, los hechos más relevantes objeto de la demanda:

La Sociedad "M" S.A. era propietaria del 100 por 100 de las acciones de la sociedad "X", S. A. que había adquirido por compra de sus acciones y por suscripción de sucesivas ampliaciones de capital, por un coste de adquisición total de 215.750.000 ptas.

La Sociedad "X", S.A., a su vez, era propietaria de diversos inmuebles sitos en la calle H, del Municipio de Sant Just Desvern, que había adquirido a R. Estos inmuebles estaban arrendados a "M", S.A. y a "MC", S.A.

La sociedad "M", S.A. vendió en diciembre de 1991 la totalidad de las acciones que poseía de "X", S. A. a D. XX y a D. J, D. O y a D. EME, los tres primeros consejeros y el cuarto socio de "M," S.A., por importe total de 215.750.000 ptas., es decir exactamente por el mismo coste de adquisición.

La Oficina Nacional de Inspección, con sede en Barcelona, del Departamento Inspección Financiera y Tributaria, de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, levantó con fecha 29 de Mayo de 1998 a la entidad "M", S.A. acta de disconformidad A02., en la que en esencia propuso:

1) Que existían relaciones de vinculación según determina el artículo 16, apartado 4 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, entre la vendedora "M", S.A y los compradores (consejeros y socios de la misma), hecho no negado por la recurrente.

2º) Que, por tanto, era aplicable lo dispuesto en el artículo 16, apartado 3 de la Ley, es decir procedía aplicar como valor de enajenación a las acciones de "X", S.A., el valor de mercado de las mismas, a cuyo efecto la Oficina Nacional de Inspección encomendó a un Arquitecto, funcionario de la Agencia Tributaria, la valoración pericial,

teniendo en cuenta que el patrimonio de "X", S.A., estaba formado esencialmente por los inmuebles referidos. El perito señaló como valor de mercado de los inmuebles la cifra de 2.881.238.050 ptas. Concedida audiencia a "M", S.A., el inspector actuario, teniendo en cuenta los demás elementos del activo y pasivo de la sociedad, propuso como valor de enajenación de las acciones la cifra de 2.794.664.577 ptas.

3) Como consecuencia de lo anterior, la inspección propuso el aumento de base imponible de la sociedad "M", S.A., en concepto de incremento de patrimonio a título oneroso, por la cuantía de 2.578 914.577 ptas., que dio lugar a una propuesta de liquidación por el concepto de Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 1991, resultando de la misma una deuda tributaria de 1.493.477.694 ptas., comprensiva de una cuota de 902.620.102 ptas. y unos intereses de demora de 590.857.592 ptas.

Tramitado y sustanciado el correspondiente expediente administrativo, el Inspector Jefe Adjunto al Jefe de la Oficina Nacional de Inspección dicta con fecha 30 de julio de 1998 el acto administrativo definitivo de liquidación, confirmando la propuesta del inspector actuario, salvo respecto de los intereses que cifró en 577.404.840 ptas., lo cual dio lugar a un importe a ingresar de 1.480.024.942 ptas., la cual fue notificada a "M", S.A., por agente tributario, el día 31 de Julio de 1998.

La entidad "M", S.A, no conforme con esta liquidación, presentó recurso "per saltum", de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107, apartado 3, de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, por entender que la liquidación se había dictado fundada en los artículos 131. 2. b) y 3 y 133. 2 B del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto 2631/982, de 15 de octubre, preceptos que disponen que será aplicable a las operaciones de compraventa de acciones que no cotizan en mercados secundarios, las normas propias de las denominadas operaciones vinculadas que, en esencia, consisten en sustituir, por expresa disposición legal¹, el precio convenido o real, "por el precio que sería acordado en condiciones normales de mercado entre partes independientes".

II.- EVOLUCIÓN DEL MARCO JURÍDICO DE LAS OPERACIONES VINCULADAS

La ausencia de voluntades contrapuestas dentro del grupo societario origina que sus transacciones económicas no sigan la ley de la oferta y la demanda, por lo que, por muy diverso motivos, los precios de dichas transacciones no son los propios del mercado de libre competencia. Estos precios dirigidos se denominan "precios de transferencia" porque permiten transferir el beneficio de unas sociedades a otras, por conveniencias muy diversas, entre ellas la minoración de la carga fiscal.

La vinculación o poder de decisión dentro del grupo permite no sólo la utilización de precios de transferencia, sino la retención de beneficios, que no se distribuyen por las filiales a su sociedad matriz, o la subcapitalización de las filiales, de manera que estas se financian de modo excesivo a través de préstamos o créditos de la matriz, para así disminuir su beneficio por deducción de elevados intereses, en comparación con la normal y prudente financiación de las empresas con capitales propios, o la imputación de gastos de la matriz a sus filiales.

En España el problema de los precios de transferencia fue vislumbrado por la Tarifa III de la Contribución sobre Utilidades de la Riqueza Mobiliaria, si bien ésta contempló esencialmente la realización de operaciones en España por sociedades extranjeras

¹ Artículo 16.3 de la Ley 61/1978 de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades.

y viceversa, sociedades españolas en el extranjero, mediante establecimientos permanentes, es decir sin utilización de personas jurídicas distintas (sociedades filiales), y además repartiendo la carga fiscal mediante la denominada "cifra relativa de negocios" que excluía los ajustes de los precios de transferencia y del reparto de gastos de la central.

La Ley 41/1964, de 11 de Junio, de Reforma del Sistema Tributario, modifica sustancialmente la tributación por Impuesto de Sociedades de las entidades residentes en el extranjero que realizaban negocios en territorio español por medio de establecimientos permanentes, disponiendo en el artículo 73.1² que se atribuirán a los establecimientos permanentes los mismos beneficios que habrían podido tener de tratarse de una empresa distinta y separada que ejerciese con total independencia actividades idénticas o análogas, pero apuntó ya la posibilidad de ajustes de los precios de transferencia, por la vía de su no deducibilidad como gasto, y así se dispuso en dicho precepto: "En particular, tendrán la consideración de partidas deducibles aquellas que impliquen directa o indirectamente transferencia de beneficios el extranjero, sea valiéndose de aumento o disminución en los precios de compra o venta, de adeudos por participaciones o cánones sobre ingresos, gastos, producción, conceptos análogos en contraprestación de asistencia técnica, o de uso de patentes y marcas; de cargos por intereses o comisiones y de cualquier otro medio que conduzca a reducir el beneficio procedente de operaciones efectuadas en territorio español, ya a favor de la propia empresa en sus establecimientos situados fuera del territorio, de terceros con ellos relacionados de las filiales que se encuentren bajo su dependencia o de la matriz de la cual dependan".

En el anterior Impuesto General sobre la Renta de las Sociedades y de las Entidades Jurídicas³ existía una diferenciación notable dentro del conjunto de las que luego se llamarían operaciones vinculadas: las propias de las actividades industriales, comerciales, de servicios, etc., se ajustaban mediante su no deducción como gasto y las operaciones extraordinarias (enajenación de activos, actos societarios, etc.), a las que se aplicaban siempre los valores de mercado, por ministerio de la Ley⁴, fueran o no operaciones vinculadas.

La Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, se encaró por primera vez, con carácter general, con el fenómeno de la "vinculación" entre sociedades y de éstas con personas físicas (socios, consejeros y sus familiares), que tipificó en artículo 16, apartado 4, basándose fundamentalmente en participaciones en el capital, al menos, del 25 por 100, de relaciones personales de dependencia y en todo caso en el ejercicio de funciones que implicasen el poder de decisión.

Por su parte el artículo 3 de la Ley 61/1978, al enumerar las partidas integrantes del hecho imponible del sujeto pasivo engloba en su apartado 2 a los rendimientos derivados de explotaciones económicas, de actividades profesionales o artísticas, los derivados de elementos patrimoniales no afectos a las actividades anteriores, y los incrementos y disminuciones de patrimonio. A partir de esta clasificación de las rentas susceptibles de integrar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, distinguió los supuestos posibles de vinculación en dos grandes grupos, el propio de los rendimientos mencionados, que obviamente constituían el gran bloque de los precios de transferencia, por subfacturación de ventas y exportaciones, sobrevaloración de las compras e importaciones, pagos por servicios prestados (seguros, fletes, publicidad), royalties y cánones por uso de patentes, marcas, modelos, Know-how, I+D (Investigación y desarrollo), es decir precios de transferencia que generan desde la perspectiva de España, menos ingresos y/o

² Artículo 20.1 del Texto Refundido de 23 de Diciembre de 1967.

³ Texto Refundido, aprobado por Decreto 3359/1967, de 23 de diciembre, y Decreto 3669/1965, de 9 de Diciembre.

⁴ Artículo 15.2, segundo párrafo del Texto Refundido., aprobado por Decreto 3669/1965, de 9 de diciembre

más gastos de las sociedades residentes en España o de las Centrales, y establecimientos permanentes en España. Este grupo, denominado de operaciones vinculadas y sus ajustes, es al que se refiere exclusivamente el artículo 16, titulado “Valoración de ingresos y gastos”, apartados 3, 4, y 5, de la Ley 61/1978, de 27 de Diciembre.

El otro grupo de supuestos de vinculación es el que no genera “rendimientos”, sino “incrementos y disminuciones de patrimonio”, el cual fue subsumido y regulado específicamente por el artículo 15 de la Ley 61/1978, al margen y con total independencia del artículo 16, apartados 3 a 5.

En consecuencia, la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, proclamó como principio general el respeto y aceptación de los precios efectivamente convenidos en todas las transacciones, pero fue consciente de la continuación del fenómeno generalizado de ocultación parcial de los precios de enajenación de los elementos patrimoniales y por ello, sustituyó la aplicación generalizada anterior del valor de mercado, por el conjunto de normas de valoración contenidas en el artículo 15 de dicha Ley, aunque, y esto es fundamental, existiera vinculación en dichas operaciones, en los términos del artículo 16 apartados 4 y 5, de dicha Ley, o lo que es lo mismo, consideró, respecto de los incrementos y disminuciones de patrimonio, improcedente la aplicación, sin más, del valor de mercado, o sea de la norma del apartado 3, del artículo 16, de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, norma que fue sustituida por el conjunto de reglas de valoración contenidas en el artículo 15, alguna de las cuales sí se pronunciaba por la aplicación del valor de mercado, u otros valores objetivos, en lugar del precio realmente convenido⁵:

- Enajenación de las acciones u otras participaciones en el capital de las sociedades transparentes cuyo incremento o disminución patrimonial se determinará por diferencia entre el valor de adquisición y de titularidad y el valor de enajenación de aquellos.

- Aportaciones no dinerarias a sociedades por sus socios, en las que el valor de enajenación se determina por el mayor entre los siguientes valores: nominal de las acciones, valor de cotización de los títulos recibidos y valor del bien aportado según el Impuesto sobre el Patrimonio Neto.

- Separación de socios o disolución de sociedades, operación societaria a la que se aplica el valor de la cuota de liquidación social o el de los bienes recibidos.

- Escisión, fusión o absorción de sociedades, a las que se aplica el valor de los títulos, numerario o derechos recibidos⁶. El valor de los títulos recibidos será el de cotización en el día de la entrega, o, en otro caso, su valor teórico⁷.

- Canje o conversión de valores mobiliarios, cuyo valor de enajenación será el valor de los títulos que se reciben, establecido en el de cotización o en su defecto el valor teórico⁸.

- Traspaso, en el que se computará en el cedente un incremento patrimonial por el importe que le corresponda en el mismo.

- Indemnizaciones por pérdidas o siniestros en elementos patrimoniales, supuesto en el que el incremento y disminución patrimonial se determina por diferencia entre la cantidad percibida y la parte proporcional del valor de adquisición que corresponda al daño.

⁵ Artículo 15.7 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades.

⁶ Regla específica de determinación de la variación patrimonial producida en dichas operaciones de reestructuración empresarial mediante la redacción dada al Artículo 15. apartado. 7.e) de la Ley 61/78, por la Disposición Adicional 5ª de la Ley 18/1991, de 6 de Junio.

⁷ Artículo 137 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por R.D. 2631/1982, de 15 de octubre.

⁸ Artículo 138 I. a) del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por R.D. 2631/1982, de 15 de octubre.

- Permuta de bienes o derechos, operación en la que la variación patrimonial se fija por diferencia entre el valor de adquisición del bien o derecho que se cede y el valor de mercado del bien o derecho que se recibe a cambio.

Finalmente, la actualmente vigente Ley 43/1995, de 23 de diciembre, coherentemente con la supresión de la categorización de las rentas integrantes del hecho imponible, en su artículo 16, bajo la rúbrica de “reglas de valoración: operaciones vinculadas”, ha ampliado su ámbito de aplicación a todas las operaciones, tanto las que generan resultados ordinarios (antiguos rendimientos), como extraordinarios (antiguos incrementos o disminuciones de patrimonio). No obstante, la aplicación de la regla de precio fijado entre partes independientes en condiciones normales de mercado queda sustancialmente matizada:

- Nos hayamos, en primer término, ante una regla de exclusivamente aplicable en el marco de una actuación comprobadora llevada a cabo por la Administración Tributaria.

- Dicha corrección valorativa debe efectuarse en el marco de un prolijo procedimiento desarrollado por el artículo 15 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, el cual está presidido por el principio de bilateralidad.

- Finalmente, la aplicación del precio normal de mercado únicamente procede cuando la tributación en conjunto por la imposición societaria para las partes vinculadas de acuerdo con dicho criterio fuese superior a la efectivamente soportada por las mismas.

La Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por inercia respecto de las Leyes anteriores, olvidó los precios de transferencia y por ello no introdujo en su texto las llamadas “operaciones vinculadas”. Sin embargo, cuando se subsana dicho olvido por la Ley 18/1991, de 6 de junio, y se regulan en el artículo 8º las operaciones vinculadas, este precepto se limita a una simple remisión a artículo 16 de la Ley 61 /1978, de 27 de diciembre, sin precisar como hubiera sido lógico que afectaba también a los incrementos y disminuciones de patrimonio, regulando éstos en los artículos 44 a 48, entre los que no aparece mención alguna relativa al artículo 8 de “Operaciones vinculadas”, si bien como hemos mantenido respecto del Impuesto sobre Sociedades, en algunos casos concretos de alteraciones patrimoniales entra la regla del precio que habrían convenido partes independientes en condiciones normales de mercado. Igualmente, la actual norma legal reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas contempla, mediante una remisión a la normativa societaria, la regla especial de valoración de operaciones vinculadas⁹.

III.- UN CASO PARTICULAR: LA TRANSMISIÓN DE ACCIONES SIN COTIZACIÓN

Efectuado un repaso por la evolución del tratamiento fiscal de las denominadas “operaciones vinculadas” en el ámbito de la imposición societaria y del Impuesto la Renta de las Personas Físicas, se hace necesario exponer las normas del artículo 15 que regulan la determinación de los incrementos o disminuciones de patrimonio derivados de la transmisión a título oneroso de acciones que no cotizan en mercados secundarios según la redacción original de dicha Ley 61/1978, de 27 de diciembre.

⁹ Artículo 41 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

El apartado 7, del artículo 15 de la Ley 61/1978¹⁰, dispuso: “ Cuando la alteración en el valor del patrimonio proceda: a) De la enajenación de valores mobiliarios que coticen en Bolsa, el incremento o disminución se computará por la diferencia entre el coste medio de adquisición, el valor de enajenación determinado por su cotización en Bolsa en la fecha en que esta se produzca”. El párrafo siguiente dedicado a los derechos de suscripción fue modificado por el Real Decreto Ley 1/1989, de 22 de marzo el cual dispone que “para la determinación del coste de adquisición se deducirá el importe de los derechos de suscripción enajenados. Cuando se trate de acciones total o parcialmente liberadas el coste se computará por el importe realmente satisfecho por el sujeto pasivo”, añadiendo el párrafo siguiente que la letra a) será de aplicación, cuando proceda, en los supuestos de enajenación de toda clase de valores mobiliarios, entre los cuales estén obviamente las acciones que no cotizan en Bolsa, remisión al valor de mercado escasamente afortunada cuando se trata de la enajenación de acciones que no cotizan en Bolsa.

En consecuencia, los posibles incrementos y disminuciones de patrimonio por enajenación a título oneroso de acciones que no cotizan en mercados secundarios serán el resultado de aplicar la norma general del apartado 5 del artículo 15, esto es, la diferencia entre el importe real de la adquisición, más los gastos correspondientes, y el importe real de la enajenación, menos los gastos correspondientes, sin deducir el importe de los derechos de suscripción, en el caso de que se hubieran enajenado.

Resulta interesante examinar cómo dos precepto legales, con idéntico texto, fueron desarrollados reglamentariamente de modo muy distinto.

La Administración Tributaria reaccionó respecto del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, incluyendo en el segundo Reglamento, aprobado por Real Decreto 2384/1981, de 3 de Agosto, la letra C, apartado 2, del artículo 81: “Determinación del incremento o disminución patrimonial”, con el siguiente texto: “Por importe real de los valores de adquisición y de enajenación se tomará el efectivamente satisfecho, siempre que no difiera del normal de mercado, aplicable por su carácter general a la enajenación de valores mobiliarios, que no cotizaban en mercados secundarios”.

La Ley 48/1985, de 27 de diciembre, de Reforma Parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, dio nueva redacción al artículo 20, apartado B, letra b) de la Ley 44/1978, de 8 de Septiembre con el siguiente texto: “b) De la enajenación de valores mobiliarios a los que se refiere la letra a) anterior que no coticen en Bolsa, el incremento o disminución patrimonial se computará por la diferencia entre el coste medio de adquisición y el valor de enajenación (...).

Se entenderá por valor de enajenación el importe real efectivamente satisfecho, siempre que supere al mayor de los dos valores siguientes: el teórico resultante del último balance aprobado o el que resulte de capitalizar al tipo del 8 por 100 el promedio de los beneficios de los tres ejercicios sociales cerrados (...).

Posteriormente la Ley 18/1991, de 6 de junio, siguió esta misma línea aumentando el tipo de capitalización que quedó fijado en el 12,50 por 100. Más recientemente, y en un esquema de continuidad, la Ley 40/1998, de 9 de diciembre eleva al 20 por 100 el tipo de capitalización¹¹.

¹⁰ Este precepto fue posteriormente modificado por Disposición Adicional 5ª de la Ley 18/1991, de 6 de junio, la cual no había entrado en vigor en el ejercicio - 1991- al que se refiere la demanda.

¹¹ Artículo 35 1. B) de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Se observa claramente cómo en este Impuesto la dificultad de probar fehacientemente la frecuente falsedad en los precios de enajenación se resolvió mediante las reglas valorativas expuestas.

Por el contrario la Administración Tributaria reaccionó en el Impuesto sobre Sociedades, mediante la utilización del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, sustituyendo, en el supuesto de operaciones vinculadas, el importe real o convenido por el valor de mercado en sociedades independientes, resultado de aplicar el artículo 16, apartados 3 a 5 de la Ley 61/1978, y su correlativo artículo 39 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades de 15 de octubre de 1982.

El precepto en el que se incluyó tal norma fue el artículo 133. “Enajenación de Valores Mobiliarios”, de dicho Reglamento, que dispone textualmente: “1. En el caso de enajenación de valores mobiliarios, el incremento o disminución patrimonial se computará por la diferencia entre el valor enajenación y el valor neto contable a que se refiere el presente artículo 2. El valor de enajenación vendrá dada: (...) B) Por el importe efectivamente abonado, salvo que sean aplicables las normas que para operaciones vinculadas establece el artículo 39 (“operaciones vinculadas”) en este Reglamento en los siguientes casos: a) Cuando los títulos no coticen en Bolsa o no hayan cotizado en el último trimestre, b) Cuando la enajenación se haya realizado fuera de sesión a precio superior a la cotización de cierre, c) Cuando la enajenación se realice en situación de cotización suspendida de los títulos (...)”.

IV.- EL FUNDAMENTO DEL FALLO: NULIDAD DE LOS ARTÍCULOS 131. 2. B), 3. Y 133. 2. B) DEL REGLAMENTO DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

La tesis que sostiene el Tribunal Supremo consiste en que el artículo 16 apartados 3 a 5 de la Ley 61/1978, es aplicable únicamente a las operaciones vinculadas que se incardinan dentro de los componentes del hecho imponible, consistentes en rendimientos de explotaciones económicas, actividades profesionales o artísticas, y en rendimientos de elementos patrimoniales cedidos, no afectos a explotaciones económicas y demás actividades citadas. En cambio la determinación de los incrementos o disminuciones de patrimonio debe hacerse de acuerdo con las normas del artículo 15 de la Ley 61/1978, sin que les sea aplicable el artículo 16, apartados 3 a 5 de dicha Ley, debiendo resaltar que si el artículo 15 preceptúa en alguna de sus reglas de valoración, que el valor de adquisición o enajenación no será el precio convenido, sino el valor de mercado, tal disposición pertenece al artículo 15, y por ello ha sido incorrecto, introducir en alguno de los artículos del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, de desarrollo del artículo 15 de la Ley, la mención del artículo 39 del Reglamento (operaciones vinculadas) al socaire de que el valor de mercado mencionado en el artículo 15 de la Ley 61/1978, es el mismo valor de mercado referido en el artículo 16, apartados 3 a 5 de la misma. Esta posición en relación a la aplicación de las normas de valoración de las “operaciones vinculadas” a la determinación de las variaciones patrimoniales derivadas de transmisiones efectuadas entre partes vinculadas, tiene su apoyo en la Sentencia analizada en los siguientes fundamentos:

- En primer lugar, se aprecia un evidente propósito del Reglamento de extender al máximo el ámbito del artículo 16, apartados 3 a 5, de la Ley 61/1978¹², en contra del

¹² La Sentencia del Tribunal Supremo cita como ejemplo del propósito extensivo del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades de 15 de Octubre de 1982. los siguientes preceptos: artículos 131. 2 -b); 133. 2. B); 82. 3. b); 136.3; 147.2. c. c’); 240. 1 d); 186, y 363.4, todos ellos del Reglamento,

criterio interpretativo absolutamente estricto con que deben desarrollarse estas normas toda vez que la sustitución de la realidad jurídica, contable y económica (precios ciertamente convenidos), por precios teóricos de mercado, por aplicación de normas sustantivas de valoración, que no admiten prueba en contrario, es algo que sólo puede admitirse cuando expresa y concretamente lo autorice una norma de rango legal¹³.

- Corroborar, en segundo término, la tesis de que los ajustes de los precios de transferencia, previstos y regulados en el artículo 16, apartados 3 a 5, de la Ley 61/1978, se aplican sólo a las "operaciones vinculadas" que determinan rendimientos, y no a las que conforman los incrementos o disminuciones de patrimonio, el argumento consistente en que al descubrirse que la vinculación entre sociedades podía ser utilizada a efectos de la exención de incrementos de patrimonio por reinversión y de la deducción por inversiones del artículo 26 de la Ley 61/1978, mediante precios de transferencia de los activos acogidos a dicha deducción, distintos a los precios de mercado, fue necesaria una Ley, y así el artículo 31 de la Ley 6/1983, de 13 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 1983, dispuso: "1.. Para la aplicación de los incentivos fiscales contenidos en el artículo 15.8 (exención de incrementos de patrimonio por reinversión) y 26 (deducción por inversiones) de la Ley del Impuesto sobre Sociedades a los grupos de sociedades en régimen de tributación consolidada, se tomarán en cuenta las siguientes reglas: Primera. Cuando en las adquisiciones y enajenaciones intervengan empresas del grupo o vinculadas efectivamente a él, la base para la aplicación del incentivo no podrá resultar superior a la que se habría producido si la operación se hubiera realizado entre sujetos independientes y no vinculados, en condiciones normales de mercado".

- Resalta, a continuación, la Sentencia la indiscutible tergiversación reglamentaria del apartado 5 del artículo 15 de la Ley 61/1978, de 27 de Diciembre, apartado 5 que regula con carácter general la determinación de los valores de adquisición y de enajenación en las transmisiones onerosas que generan incrementos y disminuciones de patrimonio. Dice así este precepto: " 5. Cuando la variación en el valor del patrimonio proceda de la transmisión a título oneroso, el valor de adquisición estará formado por la suma de: a) El importe real por el que dicha adquisición se hubiere efectuado, b) El importe de las revalorizaciones que se hubieren practicado, c) El coste de las inversiones y mejoras efectuadas en los bienes adquiridos y los gastos y tributos, estatales o locales, inherentes a la transmisión, que hubieren sido satisfechos por el adquirente. Este valor se minorará en su caso, en el importe de las amortizaciones por la depreciación que hayan experimentado los citados bienes, sin perjuicio de la aplicación de las normas del artículo dieciséis de esta Ley.

El valor de enajenación se estimará en el importe por el que dicha enajenación se hubiese efectuado. De este valor se deducirán, en su caso los gastos y tributos a que se refiere la letra c) de este apartado en cuanto resulten satisfechos por el enajenante".

Obsérvese que es la única ocasión en que dentro del artículo 15 de la Ley 61/1978, se cita el artículo 16, por lo que es obvio que si dicha disposición legal hubiera querido aplicar las normas de ajuste de los precios de transferencia ("operaciones vinculadas") del artículo 16, apartados 3 a 5, a efectos de la determinación de los incrementos y disminuciones de patrimonio lo hubiera expresado así, citando dichos apartados, pues dicho precepto contiene normas absolutamente opuestas, de una parte las de los apartados 1 y 2, que disponen que los ingresos y gastos se computarán por su valores contables, de otra parte las del apartado 3, que sustituye éstos por los valores de mercado entre empresas independientes. Además, en la hipótesis puramente dialéctica de

¹³ Por supuesto, cuando la norma tributaria se basa en el precio realmente convenido, siempre le es dado a la Administración tributaria, descubrir las ocultaciones cometidas, mediante el ejercicio de su acción comprobadora, pudiendo el sujeto pasivo, en consecuencia, aportar la prueba de contrario que considere convenientes a su derecho.

admitir que la cita al artículo 16 permitiera el ajuste fiscal, consistente en la aplicación del valor de mercado entre sociedades independiente, al valor de adquisición que es al que se refiere tal cita, una minina lógica obligaría a hacer extensivo el mismo ajuste fiscal a efectos valor de enajenación, cosa que no se hizo.

La remisión que se hace en el apartado 5, letra c), del artículo 15. al artículo 16, ambos de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, se refiere, sin duda alguna a la minoración del importe real de adquisición debida a las amortizaciones, y concretamente al apartado 2, del artículo 1 de dicha Ley 61/1978, con lo cual lo que quiere decir es que las amortizaciones a los efectos de la determinación del valor de adquisición no podrán calcularse por importe superior al precio efectivo de adquisición o, en su caso, a su valor regularizado.

- Destaca el Tribunal Supremo que el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades sustituyó subrepticamente referencia al artículo 16, apartados 1 y 2, por la referencia al artículo 39 del Reglamento, que es el que reprodujo las normas del artículo 16, apartados 3 a 5 de dicha Ley, y lo que es más grave, el texto del artículo 131 del Reglamento degradó al último lugar, “el importe real” como elemento a tener en cuenta para la determinación de los valores de adquisición y enajenación, siendo así que constituía el criterio básico, según el apartado 5, letra a) del artículo 15 de la ley 61/1978. La tergiversación que puede apreciarse sin esfuerzo interpretativo alguno en la redacción del artículo 131 del Reglamento:

“2. Se tomará como valor de adquisición, integrante del valor neto contable, o como valor de enajenación según proceda:

- a) En las transmisiones a título lucrativo.
- b) En los casos de operaciones vinculadas, el señalado según los artículos 39 y 99. 1 b) de este Reglamento.
- c) Cuando sean de aplicación reglas especiales contenidas en esta subsección, el que en las mismas se señale.
- d) En las transmisiones a título oneroso, el importe real por el que dicha transmisión se haya realizado, salvo que sean de aplicación algunas de las reglas contenidas en las letras anteriores.

3. Para la determinación de los incrementos o disminuciones de patrimonio serán de aplicación las normas de valoración contenidas en la sección 11 de este Capítulo, en general, y lo dispuesto en el artículo 39, en particular”.

Resulta palmario, que el Reglamento, en contra de lo dispuesto en el artículo 15, apartado 5, de la Ley 61/1978, sustituyó el importe real por el valor de mercado, en cuanto existiera vinculación entre las partes contratantes.

- Finalmente, la Sentencia indica que es palmario que el artículo 16, se titula “Valoración de ingresos y gastos”, conceptos que constituyen el minuendo y el sustruendo, respectivamente, en la determinación de los rendimientos. El artículo 3º “concepto del hecho imponible”, distingue tres componentes: a) Rendimientos de explotaciones y actividades profesionales o artísticas, b) Rendimientos de elementos patrimoniales no afectos a las explotaciones, y c) Incrementos y disminuciones de patrimonio. A continuación el artículo 11, “La base imponible”. dispone que ésta será “la suma algebraica de los rendimientos y de los incrementos y disminuciones de patrimonio”.

Acto seguido, la Ley 61/1978, regula la determinación de los rendimientos., como diferencia entre los “Ingresos computables”, regulados en el artículo 11, y los “Gastos deducibles”, relacionados en el artículo 13 y las partidas no deducibles, en el artículo 14, y por último con total separación e independencia y de modo omnicom-

prensivo el artículo 15 “Incrementos y pérdidas de patrimonio” regula las alteraciones patrimoniales y la determinación de los incrementos y disminuciones de patrimonio, como diferencia no entre ingresos y gastos, sino entre los valores de adquisición y enajenación, que son conceptos distintos, como se cuida de precisar el propio Reglamento del Impuesto sobre Sociedades en sus artículos 38 “Valoración de ingresos y gastos”, artículo 39, “Operaciones vinculadas” que contempla los ajustes fiscales de dichos ingresos y gastos, y aparte el artículo 41 que regula los conceptos de Valores de adquisición y de enajenación que se cuida de decir son de aplicación para la determinación de los incrementos o disminuciones de patrimonio, en tanto que los conceptos de precios de adquisición y enajenación, regulados en el artículo 40 del Reglamento son propios de la determinación de los rendimientos.

En consecuencia, la Tribunal Supremo declara no conformes con el Ordenamiento jurídico y por tantos nulos de pleno derecho, los siguientes preceptos del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 2631/1982, de 15 de Octubre:

- La letra b), del apartado 2, del artículo 131, cuya rúbrica es “Determinación de incremento o disminución patrimonial”, y cuyo texto es; “En los casos de operaciones vinculadas, el señalado según artículos 39 o 99.1 de este Reglamento.

- El inciso del apartado 3, del artículo 131, cuyo texto es, “...y lo dispuesto en el artículo 39, en particular”.

- El inciso de la letra B, del apartado 2, del artículo 133. “Enajenación de valores mobiliarios”, cuyo texto es “...salvo que sean aplicables las normas que para operaciones vinculadas establece el artículo 39 de este Reglamento...”.