

■ **Tribunal Económico-Administrativo Central.** **Vocalía 1^a**

■ Resolución de 28 de junio de 2007. N° Resolución: 00/1956/2005

■ Ponente: ????

Art. 108 de la LMV. Momento en que ha de hacerse la valoración.

En relación con el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores, la resolución aborda dos cuestiones –la referida al valor, contable o de mercado, que debe tomarse como base del impuesto y el momento en que debe hacerse la valoración– que resuelve acogiendo doctrina anterior del propio TEAC y del Tribunal Supremo cuyas referencias justifican que la insertemos en la Revista.

Fundamento de Derecho

Segundo.- Que del art. 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores que establece la tributación por el concepto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, "1º) Las transmisiones de valores que representen partes alícuotas del capital social o patrimonio de sociedades cuyo activo esté constituido al menos en su 50 por 100 por inmuebles situados en territorio nacional, siempre que, como resultado de dicha adquisición o transmisión, el adquirente obtenga la titularidad total de este patrimonio o, al menos, una posición tal que le permita ejercer el control sobre tales entidades.

A los efectos del cómputo del 50 por 100 del activo constituido por inmuebles, no se tendrán en cuenta aquellos, salvo los terrenos y solares, que formen parte del activo circulante de las entidades cuyo objeto social exclusivo consista en el desarrollo de actividades empresariales de construcción o promoción inmobiliaria”, que en el presente expediente la controversia surge por el porcentaje que el inmueble representa en el activo de la sociedad y, concretamente, si para su calculo debe atenderse al valor de mercado del inmueble o a su valor contable.

Tercero.- Que este Tribunal ha manifestado en relación a la cuestión planteada, en resoluciones, entre otras, de 9 de mayo de 2001, R.G. 2834-00, y 16 de febrero de 2005, R.G. 2332-04, en esta última se manifiesta que:

“El requisito relativo al control de la sociedad no se discute, y la controversia surge por el porcentaje que los inmuebles representan en el activo de la sociedad, para lo cual resulta decisivo el balance que debe tomarse a estos efectos y si debe atenderse al valor de mercado de los inmuebles o a su valor contable. Del análisis de lo expuesto en el anterior fundamento de derecho se extraen las siguientes conclusiones:

- 1.º Detrás del gravamen de la transmisión de acciones subyace el objetivo de gravar propiamente la transmisión de bienes inmuebles, por lo que el espíritu de la norma es corregir posibles situaciones elusorias.*
- 2.º ... En consecuencia, para evitar dicha elusión fiscal la valoración de los inmuebles, a efectos de computar el porcentaje del 50 por ciento sobre el capital, debe realizarse a valores de mercado, ya que, en otro caso, se facilitaría una venta real de inmuebles, siempre que los mismos constasen en el balance a valores muy inferiores a los reales, como acontece en el caso que se analiza, sin sujetarlos a la modalidad de TPO. Por ello, el procedimiento de comprobación de valores en la tributación de acciones, cuando existan inmuebles en el patrimonio de la sociedad, no sólo incidirá en la cuantificación de la base imponible, sino que también deberá ser tenido en cuenta para apreciar el cumplimiento de los requisitos que dan lugar a la aplicación de la norma antielusoria mediante la interposición de figuras societarias que el citado artículo 108 de la Ley del mercado de Valores representa, habiéndose mantenido dicho criterio por este Tribunal Central en su resolución de 9 de mayo de 2001 y 28 de julio de 2004 y recogida también por la Dirección General de Tributos como puede verse en la consulta de 20 de febrero de 1998”.*

En el mismo sentido el Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de mayo de 2006, ha resuelto que el art. 108, al referirse al “valor de los referidos bienes”, se refiere al valor real, de mercado, de los adquiridos, y en concreto manifiesta que: “El art. 108.2, segundo párrafo, dispone que en los casos anteriores, se aplicará el tipo correspondiente a las transmisiones onerosas de bienes inmuebles sobre el valor de los referidos bienes calculado de acuerdo a las reglas contenidas en la normativa vigente del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

... Representando, por tanto, la transmisión de valores una parte alícuota del capital social o patrimonio de la sociedad transmitente, o su correspondencia cuantitativa, conforme al valor de los inmuebles aportados, el art. 108.2, segundo párrafo, se ha de interpretar en el sentido de

que el tipo correspondiente a las transmisiones onerosas de bienes inmuebles se ha de aplicar, como establece el propio precepto, sobre el valor de los referidos bienes calculado de acuerdo a las reglas contenidas en la normativa vigente del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Por ello, el precepto no se está refiriendo al valor total del capital social o del patrimonio de la sociedad, sino al valor que representa la transmisión de las acciones que representan partes de los mismos; de ahí que se deba proceder a su cálculo conforme a las normas del Impuesto, pues, caso contrario, su valoración se producirá de forma automática, al tomar siempre como referencia el valor de los bienes inmuebles que conforman el capital social o el patrimonio de la sociedad transmitente, no procediendo tampoco aplicar el tipo correspondiente sobre el valor total de las acciones del adquirente, es decir, de las que poseía más las adquiridas, pues las que poseía estaban exentas del impuesto en virtud de lo establecido en el propio art. 108, que después recogió expresamente el art. 45 I B) 9, del Texto Refundido del Impuesto de 1993. La razón estriba en la distinción que debe hacerse entre adquisición de acciones y obtención del control de la sociedad, que son hechos distintos y cuya concurrencia produce efectos diferentes. Por otra parte, cabe añadir que puede darse la posibilidad, y el precepto la contempla, de que el adquirente de los valores sociales obtenga, incluso, la titularidad total de este patrimonio, del patrimonio social constituido por inmuebles. En este caso, resulta obvio que el valor sobre el que se ha de aplicar el tipo impositivo sí que ha de recaer sobre el valor de dichos bienes, lo que no sucede en el presente caso.

Con esto, se quiere significar que la Administración, en virtud de la remisión recogida en el art. 108, puede hacer uso de la facultad de comprobación del valor correspondiente a la parte proporcional de las acciones transmitidas, pues no queda vinculada por el valor contable de la acción, sino que puede realizar la pertinente comprobación en aras de ajustar el valor de las acciones, como representativas de parte del valor de los inmuebles, al valor real de dichos inmuebles en el momento en el que se produjo la transmisión de las acciones; y todo ello, a los efectos de determinar la base imponible del impuesto, de conformidad a lo preceptuado en el citado art. 108 de la Ley del Mercado de Valores, pues no puede aceptarse que por vía de la exención [art. 45 I B) 9 TR del Impuesto] se entienda modificadas las normas sobre determinación de la base imponible contenidas en dicho texto legal.

De conformidad con lo establecido en el art. 7.º del Real Decreto Legislativo 3050/1980 ... por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, son transmisiones patrimoniales sujetas al impuesto: A) Las transmisiones onerosas por actos inter vivos de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas. De este precepto se desprende que el hecho imponible viene determinado por el desplazamiento de un bien o derecho desde el patrimonio de una persona física o jurídica a otro patrimonio, es decir, la denominada adquisición derivativa. La adquisición de acciones de una sociedad mercantil, conforme a lo establecido en los arts. 47, 48 y 56 del Real Decreto Legislativo 1564/1989 ..., de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, está incluida en el supuesto del hecho Imponible citado, y, por tanto, sujeto al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. En consecuencia no puede admitirse que el hecho imponible viene constituido por la «obtención de una participación en el capital social superior al 50 por 100», ni por la obtención del

control sobre la sociedad, sino que, como dice el precepto, viene constituido por las transmisiones, en este caso, de los valores específicamente transmitidos, algo que es cuantificable o evaluable económicamente, lo que no sucede con la obtención del control de la sociedad, que comprende una serie de facultades sociales en la gestión o representación de la persona jurídica.

La base imponible del impuesto, conforme al art. 10.1, de la Ley del Impuesto, está constituida por el valor real del bien transmitido o del derecho que se constituya o ceda”.

Expuesto lo que antecede procede desestimar la alegación de los reclamantes relativa a que debe tomarse como valor del bien inmueble el contable a los efectos de compararlo con el valor total del activo, siendo por tanto correcta la determinación del valor real del bien hecha por la Inspección por el que debe computarse el inmueble a los efectos de determinar el 50% del activo de la sociedad.

Cuarto.- Por lo que se refiere a la alegación relativa a que el momento en que procede la valoración es el de la transmisión de los valores el día del otorgamiento de la escritura pública, y en dicho momento el valor del inmueble representaba el 45,47% del total valor del activo contable de la sociedad. Que tampoco puede admitirse tal pretensión pues, según consta en el expediente, antes de modificar el valor por parte de la inspección ya se superaba el porcentaje del 50% del valor total del activo pues, el valor contable de los activos de X, S.A. en el Balance aprobado a 31 de diciembre de 2000, ascendía a 201.935.209 pesetas (1.213.655,05 €), de entre ello, el Valor Neto Contable del edificio donde se desarrollaba la actividad hotelera y que había sido aportado por Doña C en la constitución social ascendía a 162.625.000 pesetas (977.395,93 €), por lo que del citado balance resulta que el valor neto contable del inmueble asciende a más del 75% del valor total del activo. Asimismo, el valor contable de los activos de X, S.A. en el Balance aprobado al cierre del ejercicio 2001, ascendía a 1.185.692,26 euros, de entre ello, el Valor Neto Contable del edificio ascendía a 977.395,93 euros, por lo que del citado balance resulta que el valor neto contable del inmueble asciende al 82% del valor total del activo.

No obstante lo anterior, la Inspección sostiene que, pese a que, con estos balances, solo tomando el valor contable ya se cumple con la regla del citado art. 108 al superar el límite del 50%, sin embargo, se han de tomar los valores reales de los elementos del activo y, en este caso del solar transmitido, que tal y como se ha expuesto en el antecedente de hecho segundo de la presente resolución, en la memoria presentada por la sociedad adquirente, Y, S.L. se señala: “3. Relación de bienes incorporados a los libros de contabilidad por un valor diferente a aquel por el que figuraban en los de la entidad transmitente. El único bien transmitido con un valor diferente a aquel por el que figuraban en los de la entidad transmitente con anterioridad a la realización de la operación ha sido el inmueble ubicado en ...”, en dicho documento figura lo que denomina la sociedad como valor de incorporación en el que incluye lo que considera “Fondo de Comercio resultante de la operación de fusión, es decir, la diferencia entre el precio de adquisición de las participaciones equivalentes al 100% del capital de X, S.A. y su valor teórico, sin que el valor de incorporación sobrepase el valor normal de mercado del bien inmueble”.

Que la alusión a un fondo de comercio incluido en el valor del bien transmitido parece aludir a que lo que se transmite es un negocio en funcionamiento, no obstante, no es este el caso, pues precisamente lo que se acredita en el presente expediente es el cese de negocio por parte de X, S.A. y la no continuación en el desarrollo de esta actividad por la empresa adquirente Y, S.L. acreditada en el expediente y que viene a mostrarse por el compromiso de cancelación de pasivos (entre los que se encontraba la hipoteca del edificio), por la enajenación de activos (excepto el inmueble), por la extinción de la totalidad de las relaciones laborales de X, S.A. por el compromiso de conservación del inmueble en las mismas condiciones (preocupación fundamental de los adquirentes) etc...

Estas circunstancias constan en el documento de compra-venta de las acciones incorporado al expediente, por ello procede considerar que el fondo de comercio aludido son las plusvalías tácitas que pudieran existir por la infravaloración del elemento del activo, en concreto, tal y como pone de manifiesto la inspección, por la diferencia entre el precio de adquisición de las acciones de X, S.A. y su valor teórico según libros, que es objetivamente imputable al inmueble, como lo pone de manifiesto de forma indefectible la venta del mismo efectuada por Y, S.L. a los pocos días de su adquisición a otra sociedad, Z, S.L. por 1.497.600.000 pesetas (9.000.757,28 €).

Por ello, procede considerar ajustada a derecho la actuación inspectora que a efectos del cálculo impuesto por el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores, (artículo 17.2 del Real Decreto Legislativo 1/1993), deben tomarse los valores reales, de mercado, de los elementos del activo, y en este caso del edificio/solar transmitido, que conforme ha quedado reseñado ascendería a un importe en torno a 1.500.000.000 pesetas (9.015.181,57 €) con lo que la regla de la proporción valor del edificio/valor de la sociedad superior al 0,5 se vería sobradamente cumplida. ■