



PRESENTACIÓN

■ **Prevención del fraude inmobiliario: el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores**

Antonio Cayón Galiardo

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

Gabinete de Estudios AEDAF

Entre las disposiciones que recientemente ha puesto en vigor la Ley 36/2006, de 29 noviembre, de Medidas para la prevención del fraude fiscal, se encuentra la que afecta al artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores.

La norma, vigente desde 1970 aunque con distintas redacciones, sabemos, siguiendo a J. L. Martín Moreno, que contiene una respuesta a determinados supuestos de transmisión encubierta de inmuebles cuando para ello se utiliza la vía de sociedades interpuestas, de suerte que, mediante la transmisión de los valores representativos de partes del capital o patrimonio de entidades cuyos activos están integrados principalmente por inmuebles, se produce realmente la transmisión de estos últimos. Respuesta que consistía en hacer tributar a estas transmisiones por TPO en concepto de transmisiones de inmuebles. Una medida que cobró especial significación a partir del momento en que la Ley reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido y la del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, exoneraban de gravamen las transmisiones de valores.

La nueva redacción del precepto, hoy vigente, se hace, al parecer, a instancia de las Comunidades Autónomas, quienes descubren, en la gestión del ITP como impuesto cedido, que la anterior redacción dejaba espacios abiertos a nuevas operaciones que no se incluían en los supuestos de hecho legalmente previstos para combatir el fraude, por lo que se hacía necesario ampliar el alcance de la norma para contemplarlos y someterlos a gravamen en la forma que hemos indicado. Ahora bien, como tendremos ocasión de comprobar, la modificación legal que ahora se realiza, va más allá de la mera extensión de su ámbito de aplicación, pues se introducen mejoras sobre la situación anterior y se cubren lagunas que habían suscitado pronunciamientos judiciales y administrativos contrapuestos. Sin embargo, en lo esencial, el precepto continúa en la línea que legitimó su implantación y que tantas críticas y sorpresas había suscitado al aplicarse a estas transmisiones con independencia de cualquier propósito defraudatorio o de tratarse valores correspondientes a sociedades realmente operativas en las que sus inmuebles estuviesen enteramente vinculados al desarrollo de sus actividades empresariales.

Por otra parte, y desde una perspectiva técnica, el nuevo artículo 108 LMV se sigue configurando como una excepción a la exención prevista en la LIVA y en el TRITPAJD, de suerte que, las operaciones en él descritas, dejan de estar exentas en estos impuestos y pasan a tributar como transmisiones onerosas de bienes inmuebles, siendo, por tanto, de aplicación las reglas establecidas al efecto en este concepto impositivo, reglas referidas a la cuota, valoración, gestión e incluso a los sujetos pasivos, etc. De ahí que la doctrina –E. Varona Alabern, R. Falcón o J. Martín– hayan criticado sus contradicciones con el ordenamiento comunitario –Directiva comunitaria sobre concentración de capitales y Directivas sobre el valor añadido– al atraer, al ámbito de un impuesto con cuotas no deducibles, operaciones sujetas al IVA, penalizando así el tráfico de determinado tipo de acciones.

Entrando ya en el contenido de la disposición que comentamos, nos encontramos con la primera novedad al examinar las operaciones que permiten adquirir los valores en cuestión, pues, además de mencionar las transmisiones, y las adquisiciones en los mercados primarios que sean consecuencia del ejercicio de los derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones, se introduce la expresión “o mediante cualquier otra forma”, dando con ello una atipicidad o apertura a la norma que hasta ahora no poseía y permitiendo que algunas operaciones puedan a partir de ahora someterse a su mandato (fusiones por absorción?).

La segunda novedad la encontramos en la enumeración de los supuestos de hecho a los que se aplica el régimen de transmisiones de inmuebles, pues se describen situaciones anteriormente no contempladas. En concreto, se sujetan a esta modalidad de tributación (a) diferentes operaciones sobre valores mediante las cuales el adquirente toma una posición de control respecto de la entidad cuyo patrimonio está principalmente integrado por inmuebles. Se trata de dos adquisiciones distintas, siendo la primera situación la correspondiente a la adquisición de valores de entidades cuyo activo esté constituido al menos en un 50 por 100 por inmuebles situados en territorio español, siempre que, como resultado de dicha transmisión o adquisición, el adquirente obtenga una posición tal que le permita ejercer el control sobre esas entidades o, una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación en ellas. Y, en segundo lugar, la adquisición de valores de entidades en cuyo activo se incluyan valores que le permitan ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50 por 100 por inmuebles radicados en España, siempre que, como resultado de dicha transmisión o adquisición, el adquirente obtenga una posición tal que le permita ejercer el control sobre esas entidades o, una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación en ellas.

También se sujetan a tributación como adquisición de inmuebles (b) estas operaciones cuando los valores transmitidos hayan sido recibidos por las aportaciones de bienes inmuebles realizadas con ocasión de la constitución o ampliación de sociedades, o la ampliación de su capital social, siempre que entre la fecha de aportación y la de transmisión no hubiera transcurrido un plazo de tres años.

Las novedades que encontramos en la nueva norma son las siguientes:

- En relación con la adquisición de valores de entidades cuyo activo esté constituido al menos en un 50 por 100 por inmuebles, se modifica el régimen de tributación actual

ya que se gravará, no sólo la operación por la que se adquiere el control sobre esas entidades, sino también las sucesivas adquisiciones por las que se aumente la cuota de participación en ellas. Por efecto de esta nueva disposición, se alteran también las reglas sobre la base imponible ya que, tanto en la primera adquisición por la que se obtenga el control sobre la entidad, como en las sucesivas, y para evitar un fenómeno de doble imposición, la base imponible, no será ya el valor total de los inmuebles integrados en el activo social, sino que deberá reducirse a la parte del valor de los inmuebles que se considere “ficticiamente” adquirida en cada caso. Es decir, en la primera operación por la que se adquiera la posición de control, se tributará sobre el valor de los inmuebles pero hasta el porcentaje de control que se haya obtenido sobre la entidad, y en las sucesivas operaciones por las que se aumente este control, por la parte de aquellos valores en que se aumenta el control ya adquirido.

- Aparece, además, sujeta a tributación la operación que podemos llamar toma indirecta de una posición de control sobre entidades titulares de inmuebles, que hasta ahora no estaba expresamente contemplada en la Ley y que consiste en la adquisición de valores de entidades en cuyo activo se incluyan valores que le permitan ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50 por 100 por inmuebles radicados en España. Tributación que se realizará siempre que como resultado de dicha transmisión o adquisición, el adquirente obtenga una posición tal que le permita ejercer el control sobre esas entidades o, una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación en ellas. Es decir, en los mismos casos y con las mismas reglas sobre la base imponible a que hacíamos referencia anteriormente.
- Finalmente, en el último supuesto –transmisión de valores recibidos en aportación de inmuebles- el plazo que debe mediar entre la aportación y la transmisión de los valores se extiende de uno, a tres años. Se trata de una alteración de la norma contenida en la LMV por la que se sometían a tributación como adquisición de inmuebles, las transmisiones de valores que hubieran sido recibidos por aportaciones de bienes inmuebles realizadas con ocasión de la constitución de sociedades, o la ampliación de su capital social, consistiendo la modificación operada por la ley en la ampliación del plazo de un año, que, como decíamos, ahora se extiende a tres y que, si antes se consideraba demasiado breve para cumplir la función cautelar que debía desempeñar la norma, ahora se juzga excesivamente largo.

Si como resultado de la nueva redacción del precepto se amplía su ámbito de aplicación –y se modifica la forma de su tributación- la Ley comentada incluye un apartado por el que se eximen de este régimen –es decir, vuelven a estar exentas en el IVA y en el ITPAJD- las transmisiones de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, siempre que la transmisión se produzca con posterioridad al plazo de un año desde la admisión a negociación de dichos valores, sin que, para el cómputo de este plazo se tengan en cuenta aquellos períodos en los que se haya suspendido la negociación de los valores y sin que este plazo sea exigible cuando la transmisión de valores se realice en el ámbito de ofertas públicas de venta o de ofertas públicas de adquisición.

Dado que, en lo esencial, la nueva norma mantiene conceptos y términos ya empleados en la anterior redacción –“obtención de posición de control”; “cuyo activo esté integrado

al menos en un 50 por 100 por inmuebles", etc.- la interpretación de aquellos que se hubiera derivado de la doctrina administrativa o de los tribunales, deberá ser aplicable a la nueva disposición, salvo las modificaciones que en algunos casos se introducen. Así, y como ejemplo de lo anterior, la nueva ley establece que, tratándose de sociedades mercantiles, "se entenderá obtenido dicho control cuando directa o indirectamente se alcance una participación en el capital social superior al 50 por 100. A estos efectos se computarán también como participación del adquirente los valores de las demás entidades pertenecientes al mismo grupo de sociedades". Pues bien, dado que en el primer inciso de esta norma sólo se reproduce lo que ya estaba ordenado anteriormente, debemos considerar aplicable su mandato, como se ha venido haciendo, con independencia de cualquier consideración acerca del control adquirido efectivamente, pues la Ley, en caso de sociedades mercantiles, sólo se ha fijado en la participación en la capital social. Sin embargo, a través del último inciso introducido por la nueva ley, cobra una nueva dimensión la discusión comentada por J. Martín, entre la consulta no vinculante, de 13 de enero de 1993 –en ella se entendía que si ya existía un control previo por el grupo al que pertenecía el consultante, no procedía liquidar TPO- y la Resolución del TEAC de 31 de mayo de 1995 (En el mismo sentido la Resolución del TEAC de 5 Mar. 2003, rec. 2761/2002 LA LEY JURIS: 1431751/2003) –en las que se declara que debe atenderse exclusivamente al porcentaje sobre el capital social con independencia del control que ya poseyera el grupo de sociedades-, pues el inciso final del precepto que ordena computar también como participación del adquirente los valores de las demás entidades pertenecientes al mismo grupo de sociedades, viene a resolver la cuestión suscitada entre la DGT y el TEAC.

El examen de los nuevos supuestos contenidos en la LMPFF, que deberán tributar como adquisiciones de inmuebles, debe ser completado con algunas precisiones derivadas del propio texto literal de la norma comentada.

En primer término, nos referimos al supuesto tradicional relativo a la transmisión de valores correspondientes a entidades cuyo activo sea principalmente inmobiliario, mediante la cual el adquirente asume una posición de control sobre la entidad o amplía el control ya poseído. El precitado supuesto de hecho se complementa ahora con el establecimiento de una nueva operación que también queda sometida a tributación en el régimen que estamos examinando y que se tipifica como aquella "transmisión de valores a la propia sociedad tenedora de los inmuebles para su posterior amortización por ella... En este caso será sujeto pasivo el accionista que, como consecuencia de dichas operaciones, obtenga el control de la sociedad, en los términos antes indicados". La finalidad del precepto no es otra que la de impedir una operación no prevista legalmente hasta ahora mediante la cual se produce también el resultado de asumir o ampliar la posición de control sobre una entidad cuyo activo esta formado por inmuebles. Se trata por tanto de una extensión del supuesto más tradicional de los ya señalados, que pretende cerrar una vía de elusión o evasión del mandato legal. Ahora bien, es de lamentar que, la forma en que la ley introduce este nuevo supuesto, no sea todo lo clara que debería haber sido, pues en la definición de esta nueva operación sólo se hace mención que tributará la "obtención del control" sobre la entidad, aunque hayamos de entender que también se subsumen los supuestos en que se amplía el control ya poseído.

En segundo término, la Ley se adentra en la regulación del cálculo para determinar si el activo de una entidad está constituido en un 50 por 100 por inmuebles, ya que, con anterioridad, la norma se limitaba a señalar que no se tendrán en cuenta aquéllos, “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”. A este fin, la nueva disposición, además de reiterar el precepto antes transcrito, incluye otras normas tendentes a resolver dudas que habían sido planteadas ante los tribunales y no siempre aclaradas en un mismo sentido. Nos referimos a la cuestión acerca de si los valores del activo debían ser los valores contables o los valores reales, y, si en este último caso, estos valores reales debían aplicarse sólo a los inmuebles o también a los demás elementos del activo. Cuestión que había sido resuelta en un sentido por la Consulta de 20 de febrero de 1998 –sustitución de los valores contables por los valores reales– y en sentido contrario por la RTEAR de Cataluña –considerando que, para determinar el porcentaje que los inmuebles representan en el activo de la sociedad, debía atenderse a los valores contables de estos, con independencia del valor real–. La nueva norma aclara al respecto que “para realizar el cómputo del activo, los valores netos contables de todos los bienes se sustituirán por sus respectivos valores reales determinados a la fecha en que tenga lugar la transmisión o adquisición”, añadiendo un nuevo deber de información a cargo del “sujeto pasivo”, quien “estará obligado a formar un inventario del activo en dicha fecha y a facilitarlo a la Administración tributaria a requerimiento de ésta”.

Finalmente, con el objeto de evitar que, a la fecha de la transmisión de las participaciones, los balances de las entidades puedan resultar “inflados” con activos no inmobiliarios, solicitándose fondos ajenos para que los inmuebles no representen, al menos, el 50% del activo –como explica J. Calvo Vergez– se añade otra disposición ordenando que, el activo total a computar, se minore “en el importe de la financiación ajena con vencimiento igual o inferior a 12 meses, siempre que se hubiera obtenido en los 12 meses anteriores a la fecha en que se produzca la transmisión de los valores”. Nuevamente, encontramos una disposición anti-elusión que, por el señalamiento de plazos concretos, podrá ser eludida, al menos en su literalidad, impidiendo la plenitud de efectos de la previsión ahora incorporada.

Al examinar las nuevas normas relativas a la forma en que debe determinarse la base imponible en las transmisiones de valores que han de tributar como transmisión de inmuebles, encontramos también importantes novedades que vienen condicionadas por la nueva configuración de las operaciones que ahora se describen en la Ley, especialmente por cuanto no sólo quedan sujetas a tributación las operaciones por las el sujeto adquiere una posición de control, sino también cuando, por sucesivas adquisiciones, se incrementa el control ya poseído anteriormente.

Así, la redacción que ahora se deroga, contenía únicamente una remisión a la normativa del ITPAJD referida a los inmuebles –“se aplicará el tipo correspondiente a las transmisiones onerosas de bienes inmuebles sobre el valor de los referidos bienes calculados de acuerdo a las reglas contenidas en la normativa vigente del ITPyAJD”– mientras que la nueva norma resulta más precisa y compleja al respecto ya que distingue las reglas aplicables a cada uno de los supuestos que se someten a tributación.

En concreto, respecto a los supuestos en que el sujeto mediante la adquisición de los valores (acciones o participaciones) obtenga o aumente directamente su posición de control sobre la entidad cuyo activo esté mayoritariamente integrado por inmuebles, dice la ley que la base imponible estará integrada por “la parte proporcional sobre el valor real de la totalidad de las partidas del activo que, a los efectos de la aplicación de esta norma, deban computarse como inmuebles, que corresponda al porcentaje total de participación que se pase a tener en el momento de la obtención del control o, una vez obtenido, onerosa o lucrativamente, dicho control, al porcentaje en el que aumente la cuota de participación”.

Es decir, cuando el sujeto obtenga el control de la entidad, deberá determinarse el porcentaje total de participación que posea en ese momento –51%; 60% etc.- y se aplicará dicho porcentaje sobre el valor real de las partidas del activo que deban computarse como inmuebles.

En el segundo caso, cuando el sujeto que ya poseía el control lo aumente con nuevas adquisiciones, el porcentaje que deberá aplicarse será aquel en el que aumente la cuota de participación.

Con esta solución relativa a la determinación de la base imponible, según decíamos –y es la más importante novedad de la ley- se evita una liquidación desproporcionada en relación con los porcentajes de control realmente adquiridos en la operación primera por la que se alcanzaba el control sobre la sociedad, pues liquidar por la totalidad del valor de los inmuebles cuando la participación alcanzada sólo otorgase el mínimo de control, resultaba, como había señalado algún autor, confiscatorio, por lo que el nuevo régimen ahora ordenado en la Ley, había sido ya sostenido como solución lógica en algunos pronunciamientos judiciales como es el caso de la SAN 5 de noviembre de 1998 y de la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 30 Abr. 2004, rec. 1406/1999 Ponente: Gota Losada, Alfonso. Nº de recurso: 1406/1999 (LA LEY JURIS: 13823/2004).

Además, el nuevo régimen también evita la doble imposición que se podría generar al ordenar que se practiquen sucesivas liquidaciones cada vez que el sujeto aumente su posición de control o participación en la sociedad, pues las reglas de determinación de la base imponible, tratan de concretarla en cada hecho imponible en el incremento del porcentaje de participación obtenido.

Ahora bien, la introducción de este segundo hecho imponible –aumento de la posición de control ya poseído con anterioridad- trae consecuencias complejas en su aplicación, pues las situaciones no son invariables ni todos los cambios se producen en la misma forma. Es decir, y por sólo poner un par de ejemplos, es perfectamente posible que los activos de la sociedad se modifiquen a lo largo del tiempo, por lo que este hecho deberá tomarse en consideración cada vez que se aumente el control de la sociedad por parte de un sujeto, lo que hasta ahora carecía de importancia, siendo sólo relevante la composición del activo social en el momento en que se alcanzaba la posición de control. En segundo lugar, y también viene a complicar la aplicación del nuevo precepto, la toma de una posición de control sobre una entidad o los sucesivos aumentos del control ya adquirido, no necesariamente han de efectuarse siempre a título oneroso, por lo que la determinación de la base imponible debe respetar aquellas operaciones que hayan quedado fuera del alcance de la norma.

Pues bien, en relación con estos problemas y en forma resumida, advertimos que la nueva redacción introduce una cautela que no era necesaria en la ley anterior; y es que, estas segundas liquidaciones, se girarán según la ley cuando el sujeto aumente el control ya poseído, tanto si se hubiera logrado esta posición de control mediante adquisiciones onerosas, como si se hubiera adquirido el control mediante adquisiciones lucrativas (donación, herencia, etc.).

En segundo lugar, debemos resaltar que la aparición de estas segundas y ulteriores liquidaciones derivadas de un aumento del control ya poseído, sólo se practicarán en la medida en que la entidad, al tiempo de aumentarse el control ya poseído, siga reuniendo las condiciones exigidas legalmente para que las transmisiones de sus valores se consideren como transmisiones de inmuebles. Del mismo modo, cuando se hubiese adquirido el control sobre una entidad cuyos activos no estuvieran conformados principalmente por inmuebles y la operación hubiese gozado de exención, si, en el momento en que se aumentase esta participación mediante una nueva adquisición de acciones, la entidad tuviera un activo compuesto principalmente por inmuebles, deberán practicarse las liquidaciones a que hacemos referencia tomando como base imponible la proporción del valor de aquellos que corresponda legalmente.

Finalmente, y en relación a la situación que acabamos de comentar, creemos que se hace necesaria una disposición transitoria –de la que carece la Ley– ya que quienes hubieran tributado bajo la vigencia de la anterior ley, y pagado el impuesto correspondiente a la totalidad de valor de los inmuebles integrados en el activo social, no deberán volver a tributar si, bajo la vigencia de la nueva norma, aumentan su control sobre la entidad, salvo que los cambios que se hubieran efectuado en la composición del activo social justificasen una solución en contrario.

En resumen, a nuestro juicio el tema puede ser tan complejo que no debería dejarse la solución de este problema a una norma reglamentaria y, menos aún, a una resolución de naturaleza interpretativa, aunque tampoco debe descartarse su necesidad, pero siempre en aplicación y con fundamento en una disposición de rango legal.

Esta misma situación se hace más patente si examinamos la forma en que la ley se refiere a la determinación de la base imponible cuando se trate de operaciones por las que se adquiere indirectamente la posición de control, ya que su insuficiencia es patente pues se limita a ordenar que “cuando los valores transmitidos representen partes alícuotas del capital social o patrimonio de entidades en cuyo activo se incluya una participación tal que permita ejercer el control en otras entidades, para determinar la base imponible sólo se tendrán en cuenta los inmuebles de aquellas cuyo activo esté integrado al menos en un 50 por 100 por inmuebles”. Si algunos de los supuestos a que hicimos referencia con anterioridad referidos al aumento de la participación o control en estas entidades, la complejidad de las soluciones puede ser extrema, por lo que no faltarán criterios administrativos que suplan las insuficiencias de la norma.

Finalmente, en cuanto a la determinación de la base imponible en las transmisiones de valores obtenidos por aportación de inmuebles, la ley dispone que vendrá integrada por “la parte proporcional del valor real de los inmuebles que fueron aportados en su día

correspondiente a las acciones o participaciones transmitidas". Con ello, se despejan algunas dudas que habían aparecido y cuya solución no resultaba fácil. En particular, pensamos en los casos en que la transmisión de estos valores no se realizase por la totalidad de los que fueron adquiridos al aportar los inmuebles, sino sólo de una parte de ellos, pues con la literalidad de la nueva norma no cabe duda de que sólo se tomará como base imponible la parte de valor que corresponda a las participaciones que hayan sido transmitidas (...a saber cómo se determinará en este caso la Comunidad Autónoma competente para liquidar).

Para concluir, sólo queremos exponer nuestra convicción de que la nueva regulación, sin duda mucho más lógica, proporcionada y ajustada a Derecho, no va a estar exenta de mayores complejidades que las derivadas de la anterior normativa, pues si ésta bien pudiera haberse residenciado ante el Tribunal Constitucional por fundamentarse en una verdadera ficción y dar una respuesta desproporcionada, la mejora técnica que ahora se introduce va a imponer la exigencia de un mayor control de las operaciones de adquisición de valores por parte de las Comunidades Autónomas, quienes, para determinar su competencia según los puntos de conexión fijados en el artículo 25, 2, 2º, C, 1ª, de la Ley 21/2001, habrán de incrementar su coordinación con la Administración del Estado y de las restantes Comunidades, generándose sin duda una necesidad constante de información que habrán de suministrar los obligados tributarios y que comprenderá una materia tan compleja como es, según hemos señalado, un inventario de los activos societarios, que habrán de valorarse a precios de mercado. En resumen, una mejora de compleja aplicación que, esperemos, nos facilite una necesaria norma reglamentaria, al menos. ■