

EL IMPUESTO SOBRE EL SUSTRATO INMOBILIARIO, ¿OBSTÁCULO EN LAS OPERACIONES CORPORATIVAS?

*Por Álvaro de la Vía,
Socio del Departamento Fiscal
Araoz & Rueda*

En ocasiones, el sustrato inmobiliario de una sociedad puede encarecer una operación. A pesar de que, a veces, lo importante de una compra es el negocio de la sociedad target, si el 50% de su activo está compuesto por inmuebles, el comprador tendrá que soportar el impuesto de transmisiones patrimoniales, un gravamen del que están exentas normalmente las operaciones corporativas. Pero, ¿qué activos deben ser contabilizados? Es aquí donde el fondo de comercio y el valor intangible de la empresa se convierten en dos premisas fundamentales a debatir.

Lo lógico y deseable es que ley y práctica, norma tributaria y realidad, caminen en una misma dirección. Sin embargo, a veces, estas dos premisas no siguen la misma senda, lo que puede provocar dificultades a la hora de negociar una operación.

Son numerosas las transmisiones y adquisiciones de acciones y participaciones sociales que se cruzan en el tráfico mercantil. Muchas de ellas son protagonizadas por sociedades que tienen un sustrato o componente inmobiliario, lo que no tiene necesariamente que venir configurado por el objeto social de la sociedad, sino que puede haberse adquirido de manera sobrevenida con motivo de las inversiones en activos inmobiliarios que la compañía pueda haber realizado en el marco de su actividad empresarial (por ejemplo, su sede social, almacén, terrenos adyacentes, etc.). Con frecuencia, esta realidad empresarial obliga a diseñar estructuras con el objetivo de segregar del perímetro de la transacción los activos inmobiliarios de la sociedad target en los que el nuevo inversor no está interesado.

Escenario como el descrito constituye, entre otros, un claro ejemplo de cómo el sustrato inmobiliario de una sociedad puede encarecer la operación. Nos centraremos aquí, únicamente, en el supuesto en que se adquieran, a título de compraventa, acciones (no negociadas en mercados oficiales) o participaciones representativas del capital de una sociedad cuyo activo está constituido principalmente por inmuebles ubicados en España, sin perjuicio de que algunas de las críticas y comentarios que se realizan en estas líneas puedan hacerse extensibles a otros negocios jurídicos, contratos o actos societarios en que participen tales sociedades, sus socios o ambos.

Aunque, como regla general, la adquisición de acciones o participaciones está sujeta y exenta tanto del Impuesto sobre el Valor Añadido como del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados, existen determinados supuestos en los que dicha adquisición sí obliga al comprador a tributar por este último impuesto, en su modalidad de Transmisiones Patrimoniales (TPO), un coste final, con frecuencia muy elevado, que obstaculiza la operación.

En concreto, el comprador de las acciones o participaciones se verá obligado a tener que soportar el impuesto (TPO) cuando los valores transmitidos o adquiridos representen partes alícuotas del capital social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones y otras

ARAOZ & RUEDA

entidades cuyo activo (test de activo) cumpla unas características: esté constituido, al menos en un 50%, por inmuebles situados en territorio español o, 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 inmuebles radicados en España. Además, será necesario que, como resultado de dicha adquisición, el comprador obtenga una posición de control sobre esas entidades o, una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación en ellas (test de control).

A juicio del legislador, dicha operación debe tributar como si de una transmisión / adquisición de inmuebles se tratase, cuando lo cierto es que, en muchas ocasiones, lo relevante de la operación es el negocio en funcionamiento de la sociedad target. Basta echar un vistazo a la norma para confirmar la conclusión anterior. La norma establece que, en los casos descritos, será necesario aplicar el tipo de gravamen sobre bienes inmuebles tomando como base imponible el valor real de los mismos. El coste fiscal no es despreciable en absoluto, dado que el tipo impositivo generalmente aplicado en las diferentes comunidades autónomas se sitúa entre el 7%-8%, si bien hay autonomías en las que, para determinados tramos de base liquidable, se fijan tipos del 9% y 10%. Y, recordemos, estos tipos se aplican sobre el valor de mercado de los inmuebles que, proporcionalmente, correspondan a la participación adquirida en la sociedad.

El examen europeo

En 2010, esta norma fue sometida al test de compatibilidad con el ordenamiento comunitario, en concreto, con la Directiva 69/335/CE, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, a través de una cuestión prejudicial solicitada por nuestro Tribunal Supremo. La norma "pasó el corte". Así, tras el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), ha quedado claro que esta es una norma que resulta de aplicación de manera automática y general (y no solamente en los supuestos de transmisión encubierta de inmuebles a través de la transmisión de valores con finalidad elusiva). Además, es una norma que se debe aplicar aunque se trate de la transmisión de acciones o participaciones en el capital de sociedades que desarrollan una actividad empresarial, estén los inmuebles afectos o no al desarrollo de la actividad económica.

Por tanto, su campo de aplicación se extiende sobremanera. Es por ello, por lo que, en estos casos, cobra un especial interés aspectos tales como el análisis de lo que debe conceptuarse como bien inmueble, la valoración real de los mismos, así como de los restantes activos de la sociedad target y del peso relativo de los bienes inmuebles en el total activo de la compañía. Estos aspectos conducen al planteamiento de la cuestión que pretendemos abordar más adelante, es decir, el cómputo o no (a efectos de test de activo) de aquellos activos no contabilizados en sede de la sociedad target, en particular, del fondo de comercio o del valor inmaterial de la empresa.

Sólo las inmobiliarias se libran, y no todas

Quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma aquellos inmuebles, 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. Nos sumamos en este punto a la crítica generalizada que pone de manifiesto que hay otras muchas actividades empresariales que exigen la utilización de inmuebles y que, sin embargo, no quedan excluidas ex lege.

ARAOZ & RUEDA

El caso de las concesiones administrativas

En la aplicación de la norma cobra especial interés el concepto de bien inmueble, especialmente, en atención a la amplitud con la que la Ley del Impuesto define el mismo. Y es que, a tal efecto, la ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas acude al Código Civil o, en su defecto, al Derecho Administrativo, además de la referencia expresa a las instalaciones. Esta última ha resultado ser decisiva en la tributación de muchas operaciones de inversión en el capital de sociedades titulares de “huertas solares”.

En lo que se refiere a la determinación del concepto de bien inmueble, merece especial mención, a nuestro juicio, el caso de las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles (a salvo de las expresamente excluidas como puertos, aeropuertos...). Considerar estas concesiones como derecho real administrativo sobre el bien inmueble, abre la puerta a la aplicación de la norma a la toma de control o aumento del control sobre sociedades titulares de concesiones administrativas de explotación de bienes inmuebles, en la medida en que, además, el valor de mercado de tal concesión exceda del umbral del 50% sobre el valor de mercado del total activo.

Sin embargo, existen otros casos en que determinadas concesiones escapan de la consideración de bien inmueble. De esta forma, no se computarán como inmuebles los acuerdos de concesión de servicios públicos a un operador privado si la concedente controla o regula qué servicios debe proporcionar el operador, a quién debe proporcionarlos y a qué precio, y controla, a través de la propiedad, su derecho de uso o cualquier participación residual significativa en la infraestructura. En estos casos, la contabilización pasará por la utilización del modelo de activo intangible, de activo financiero o modelo mixto. Una lógica cláusula dado que el concesionario será titular de un contrato con un rendimiento futuro más o menos garantizado y poco o ningún sentido tiene tributar como si se adquiriera un inmueble.

Los activos no contabilizados: el fondo de comercio

En cuanto a los activos no contabilizados y su impacto a efectos del test de activo, la norma señala 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. La cuestión es, ¿qué debemos interpretar por “todos los bienes”? ¿Solo los bienes o también los derechos? ¿Y solo los bienes inmuebles o también aquellos otros que no sean de carácter inmobiliario? En este sentido, coincidimos con la Administración al entender que han de considerarse todos los activos, incluyendo bienes y derechos, lo cual es lógico, ya que una conclusión en sentido contrario conduciría a resultados manifiestamente confiscatorios.

Pero, la pregunta es ¿qué debemos entender por activos? ¿Todos los que tengan contenido patrimonial o sólo aquellos que estén contabilizados en sede de la sociedad target? ¿Qué pasa con los intangibles internos? Pongamos por ejemplo, el caso del fondo de comercio generado internamente en sede de compañía ¿Y si una parte importante del sobreprecio satisfecho por el comprador correspondiese a la expectativa de beneficios económicos futuros procedentes de activos que no han podido ser identificados individualmente? ¿Por qué el legislador parece no querer que se compute el fondo de comercio no contabilizado? ¿Simplemente porque no se ha adquirido a terceros de forma onerosa? Es decir, como la norma ordena sustituir el valor neto contable por el valor real, no teniendo dicho intangible valor neto contable por no haberse adquirido a título oneroso, ¿nada hay que sustituir y, por

ARAOZ & RUEDA

tanto, nada que computar? Pero, ¿que tendrá que ver el principio contable de precio de adquisición con la realidad negocial? A pesar de que la norma utilice magnitudes y conceptos contables (como activo o valor neto contable), lo cierto es que podría y debería entenderse que se remite a todos los efectos, por tanto, también al principio de prevalencia del fondo sobre la forma, entendido este como interpretación causal del negocio.

Si se aceptara el cómputo de los activos no contabilizados, el campo de aplicación del precepto se vería significativamente reducido, a condición, eso sí, de que pudiera acreditarse oportunamente la existencia y valoración real de dichos activos. Más aún, tal criterio interpretativo podría servir de contrapunto racional a la aplicación automática del precepto tan cuestionada, pero confirmada judicialmente.

Recientemente, en este año 2011, el Tribunal Central, en aplicación de la normativa antigua, ha permitido tomar en consideración el valor de mercado del fondo de comercio generado por la sociedad adquirida. La prueba de la existencia de tal intangible la constituye precisamente el propio sobreprecio satisfecho por el adquirente. El fondo de comercio financiero satisfecho por el comprador constituye, al mismo tiempo, un mecanismo de prueba y de cálculo del valor de mercado del intangible. El ejercicio que hace el Tribunal recuerda, con matices, a la técnica que aplica la ley fiscal a la hora de calcular el fondo de comercio de una fusión en aplicación del régimen de neutralidad fiscal. El Tribunal, al igual que con ocasión de su famosa resolución de 2004, admite una interpretación de la norma (en aquel entonces, del concepto inmueble, y ahora en 2011, del concepto activo/patrimonio) acorde con la realidad mercantil para no atentar contra el espíritu de la norma, sin que ello suponga vulnerar el tope que, a juicio del propio tribunal, constituye la letra de la ley frente a una interpretación finalista.

Por el momento, y a efectos prácticos, conviene ser cautos. Recordemos que, en la actualidad, la redacción de la norma es distinta, y que la Dirección General de Tributos es de la opinión diametralmente opuesta. Sin embargo, consideramos necesario un ajuste técnico en la norma que permita al inversor tributar por lo que, en muchas ocasiones, quiere y adquiere, un negocio, y no un inmueble. Una interpretación de la norma acorde con la realidad empresarial (i.e. se adquieren inmuebles, salvo que pueda probarse que se está adquiriendo un negocio en funcionamiento), alinearía de forma racional el binomio tributación - realidad negocial.
