

TRIBUTACIÓN	CRITERIOS DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 108 DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES	Núm. 28/2001
--------------------	--	-------------------------

ALBERTO LÓPEZ ALDEA

Inspector de Hacienda del Estado

Extracto:

EN este artículo se analiza la abundante problemática que plantea la aplicación práctica del artículo 108 de la Ley de Mercado de Valores, particularmente su apartado 2, que incorpora una serie de disposiciones tendientes a evitar la elusión fiscal en la transmisión de bienes inmuebles mediante la interposición de sociedades, en coherencia con el Derecho comunitario, que ya cuentan con cierta raigambre en nuestro Derecho fiscal y que en 1993 fueron incorporadas al vigente Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Tras realizar una breve exégesis histórica de los precedentes legislativos de este tipo de disposiciones, lo que sin duda ayuda a comprender el régimen vigente, el autor expone la regla general de exención en las transmisiones de valores, para centrarse después en lo que constituye el núcleo central de su trabajo, un análisis pormenorizado de los supuestos prácticos en los que puede ser aplicable el artículo 108.2 de la Ley de Mercado de Valores, recopilando una buena parte de los pronunciamientos administrativos y jurisdiccionales publicados hasta la fecha en relación con este tema, que son comentados y complementados con los criterios personales del autor.

Sumario:

- I. Precedentes legislativos.
- II. Normativa vigente.
- III. Regla general de exención en la transmisión de valores (art. 108.1 LMV).
- IV. Supuestos de no aplicación de la exención (art. 108.2 LMV).
 1. Naturaleza jurídica y ámbito de aplicación.
 2. Análisis práctico de los supuestos de aplicación del artículo 108.2 LMV.
 - 2.1. Transmisión en el mercado secundario de valores que atribuyen el control de una entidad de tenencia de inmuebles.
 - 2.2. Adquisición en el mercado primario de valores que atribuyen el control de una entidad de tenencia de inmuebles por el ejercicio de derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones.
 - 2.3. Transmisión de valores recibidos por la aportación de inmuebles en la constitución o en la ampliación de capital de sociedades.
 3. Sujeto pasivo.
 4. Base imponible.
 5. Tipo de gravamen.
- V. Aplicación del artículo 108.2 LMV en determinados supuestos especiales.
- VI. Comunidad autónoma competente para liquidar.
- VII. Aspectos de gestión tributaria.
- VIII. Conclusiones.

I. PRECEDENTES LEGISLATIVOS

La utilización de sociedades interpuestas como medio de elusión de la imposición indirecta que grava el tráfico inmobiliario es un fenómeno que se conoce desde hace ya varias décadas.

La primera norma que vino a salir al paso de este tipo de prácticas fue el artículo 5.XIX del Reglamento de 15 de enero de 1959, que gravaba como transmisiones inmobiliarias las adjudicaciones de inmuebles en el momento de la disolución de las sociedades, siempre que entre el acto de aportación de los inmuebles y la disolución mediara un plazo inferior a tres años y el adjudicatario fuese un socio distinto a aquel que realizó la aportación.

Este precepto se incorporó al artículo 55.5.º del Texto Refundido (TR) de 6 de abril de 1967, ampliándose su ámbito de aplicación a los supuestos de reducción de capital. Pero la insuficiencia de estas medidas para frenar los mecanismos de elusión fiscal inmobiliaria era evidente, siendo el más utilizado el consistente en la aportación de inmuebles en el momento de la constitución o ampliación de capital de sociedades para, posteriormente, transmitir las acciones recibidas.

Así las cosas, el artículo 40 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, gravó como transmisión onerosa de bienes inmuebles los dos supuestos siguientes:

- a) La transmisión onerosa de acciones o participaciones recibidas con ocasión de la aportación no dineraria de bienes inmuebles a sociedades, siempre que entre la aportación y la transmisión de las acciones hubiese transcurrido un plazo inferior a un año, y
- b) La transmisión de más del 80 por 100 de acciones o participaciones de sociedades cuyo activo estuviese integrado en más de un 80 por 100 por inmuebles.

La Orden Ministerial de 14-01-1978 desarrolló reglamentariamente dicho precepto ordenando acumular las transmisiones de acciones o participaciones, realizadas dentro del plazo del año inmediatamente anterior, a favor de una misma persona o de su cónyuge o hijos menores no emancipados que no acreditasen la existencia de recursos suficientes para verificar dichas adquisiciones por sí mismos.

La disposición transitoria 3.^a del TR del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP-AJD), que se aprobó mediante Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, dispuso que hasta la entrada en vigor del IVA continuarían en vigor los preceptos tendentes a evitar la elusión fiscal mediante sociedades contenidos en la Ley 50/1977 y se considerarían transmisiones onerosas las adjudicaciones de bienes inmuebles que al disolverse las sociedades o disminuirse su capital social se hicieran a favor de un socio distinto del que los aportó, siempre que entre una y otra transmisión mediase un plazo inferior a tres años.

El Reglamento del ITP-AJD de 29-12-1981 incorporó el texto de dicha disposición transitoria a su articulado, concretamente al artículo 37 del mismo.

Con la entrada en vigor del IVA, el 1 de enero de 1986, se planteó la duda acerca de si dichas medidas habían perdido su vigencia. Así lo entendió el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) en su Resolución de 26-04-1989, sin embargo modificó posteriormente su criterio mediante su Resolución de 26-05-1992. La Dirección General de Tributos (DGT) manifestó que dichas normas continuaban vigentes tras la entrada en vigor del IVA en su Resolución de 31-01-1986.

Para erradicar esta situación de incertidumbre, el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), tras proclamar la exención tanto en IVA como en el ITP-AJD de las transmisiones de valores, incorporó de nuevo estas medidas «anti-elusión» al ordenamiento jurídico, si bien modificando ligeramente su redacción. Dicho precepto entró en vigor el 29-01-1989.

El Real Decreto-Ley 1/1989, de 22 de marzo, por el que se reguló el tratamiento tributario de los derechos de suscripción preferente, estableció que lo dispuesto en el artículo 108 LMV sería igualmente aplicable en los aquellos supuestos en los que a través de la transmisión de derechos de suscripción preferente se consiguiera el control de una sociedad cuyo activo estuviera integrado en más de un 50 por 100 por inmuebles.

Finalmente, la disposición adicional 12.^a de la ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF, dio nueva redacción al artículo 108 LMV para extender la aplicación de dichas medidas a los mecanismos de elusión basados en el ejercicio de los derechos de suscripción (no ya su mera transmisión) o en la conversión de obligaciones en acciones.

II. NORMATIVA VIGENTE

La redacción vigente del artículo 108 LMV, tras la modificación realizada por la disposición adicional 12.^a de la Ley 18/1991, establece:

- «1. La transmisión de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, estará exenta del ITP y AJD y del IVA.

2. Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el apartado anterior y tributarán por el concepto Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO) en el ITP y AJD:

1.º Las transmisiones **realizadas en el mercado secundario, así como las adquisiciones en los mercados primarios como consecuencia del ejercicio de los derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones**, de valores que representen partes **alícuotas** del capital social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones y otras entidades cuyo activo esté constituido al menos en un 50 por 100 por inmuebles situados en territorio nacional, siempre que, como resultado de dicha transmisión **o adquisición**, el adquirente obtenga la titularidad total de este patrimonio o, al menos, una posición tal que le permita ejercer el control sobre tales entidades ¹.

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 los efectos del cómputo del 50 por 100 del activo constituido por inmuebles, 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.

2.º Las transmisiones de acciones o participaciones sociales, recibidas por las aportaciones de bienes inmuebles realizadas con ocasión de la constitución 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 un año.

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 ITP y AJD».

El artículo 17 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprobó el vigente TR del ITP-AJD, establece:

«2. Las transmisiones de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, que queden exentas de tributar como tales, bien en el IVA o bien en la modalidad TPO del ITP-AJD, así como su adquisición en los mercados primarios como consecuencia del ejercicio de los derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones, tributarán por la citada modalidad, como transmisiones onerosas de bienes inmuebles, en los casos y con las condiciones que establece el artículo 108 de la LMV».

¹ En negrita las modificaciones introducidas por la disposición adicional 12.ª de la Ley 18/1991, del IRPF, en vigor desde el 1-01-1992.

El artículo 45.1.B) del mismo TR dispone:

«Estarán exentas: ... 9) Las transmisiones de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 LMV».

El artículo 17 del Reglamento del ITP-AJD, aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, reitera lo establecido por el artículo 17.2 del TR y transcribe casi literalmente lo dispuesto en el artículo 108.2.º LMV.

III. REGLA GENERAL DE EXENCIÓN EN LA TRANSMISIÓN DE VALORES (ART. 108.1 LMV)

De acuerdo con los preceptos transcritos, cabe establecer la siguiente diferenciación:

- Las transmisiones de valores realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad estarán sujetas al IVA, pero exentas del mismo por aplicación del artículo 20.uno.18, letra 1) de la Ley 37/1992 (LIVA), sin que deban computarse a efectos de determinar la prorrata (art. 104.tres.4.º LIVA). Si el documento por el que se formalice la transmisión cumple los requisitos del artículo 31.2 del TR del ITP-AJD quedará sujeto a la modalidad AJD, pero estará exento del mismo por aplicación del artículo 45.1.B).9 del citado TR.
- Si la transmisión de valores no ha sido realizada por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad, quedará sujeta a la modalidad TPO, del ITP-AJD, de acuerdo con el artículo 7.1.A) del TR, pero igualmente exenta del mismo por aplicación del artículo 108.1 LMV y del propio 45.1.B).9 del mismo TR. La sujeción a la modalidad TPO excluirá la posible tributación por AJD, dada la incompatibilidad existente entre ambas modalidades impositivas del ITP-AJD.

La exención se limita a las transmisiones onerosas de valores realizadas por actos *inter vivos*, pudiendo admitirse su extensión a los negocios que el artículo 7.2 del TR asimila a las transmisiones patrimoniales (por ejemplo, a las adjudicaciones de valores en pago, para pago o en pago de asunción de deudas).

Lo que no parece admisible, sin embargo, es la ampliación de la exención hasta abarcar los hechos imponible definidos en el artículo 7.1.B) del TR, en particular a la constitución o ampliación de derechos reales sobre valores, dado que estas operaciones no son transmisiones propiamente dichas ni negocios fiscalmente asimilados a las mismas ².

² En este sentido la Resolución de la Dirección General de Tributos (DGT) de 28-03-1989.

No hay una definición expresa del término «valores» en nuestro Derecho positivo. Lo que sí parece claro, desde la entrada en vigor de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, es que dicho término incluye tanto los valores incorporados a documentos (títulos-valores) como los representados mediante anotaciones en cuenta.

Diferentes pronunciamientos administrativos y jurisprudenciales han ido analizando los supuestos de calificación más problemáticos, entre los que cabe destacar por su importancia práctica los siguientes:

- Participaciones en Sociedades Limitadas: con arreglo a la antigua Ley de Sociedades Limitadas de 1953 no tenían la consideración de valores, sin embargo se vino considerando -quizás con escaso fundamento normativo- que a efectos fiscales sí debían considerarse como tales ³. La vigente Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, sigue considerando en su artículo 5, apartado 2, que las participaciones en este tipo de sociedades no son valores, pero su disposición adicional 4.^a establece ya expresamente que el régimen de tributación aplicable en su transmisión será el previsto en el artículo 108 LMV.
- Participaciones en Fondos de Inversión: la DGT se ha pronunciado expresamente a favor de su consideración fiscal como valores ⁴.
- Participaciones en Sociedades Agrarias de Transformación (SAT): la doctrina mayoritaria aboga por su no consideración fiscal como valores, al tratarse de una modalidad específica de sociedades civiles ⁵.
- Participaciones en comunidades de bienes: parece haber unanimidad en considerar que no tienen la consideración de valores ⁶.

IV. SUPUESTOS DE NO APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN (ART. 108.2 LMV)

Citados los precedentes legislativos y expuesto el marco normativo en que se ubican las normas «anti-elusión» del artículo 108.2 LMV, nos centraremos ya en el análisis de las mismas.

³ En este sentido las Resoluciones de la DGT de 15-06-1989 y 21-10-1991, la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 2-06-1993, dictada en recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio, y la Sentencia del TSJ de Aragón de 6-03-1993.

⁴ Resolución de la DGT de 24-07-1997.

⁵ Sentencia del TSJ Valencia de 29-07-1996.

⁶ Resolución de la DGT de 16-06-1989.

1. Naturaleza jurídica y ámbito de aplicación.

El apartado 2 del artículo 108 LMV establece varios supuestos en los que, como excepción a la regla general, no es aplicable la exención en la transmisión de valores, quedando sujetos a gravamen por la modalidad TPO, del ITP-AJD.

Al gravar la transmisión (o adquisición) de estos valores el objetivo del legislador es gravar de forma indirecta la transmisión de bienes inmuebles que subyace, con la finalidad de salir al paso de conductas elusivas que pudieran producirse utilizando de forma fraudulenta el régimen de exención que la propia norma establece.

En realidad, este precepto esconde una presunción consistente en entender que en los supuestos de transmisión de valores que allí se contemplan se está produciendo realmente una transmisión de bienes inmuebles, pero lo cierto es que esta presunción no se llega a formular de forma expresa por el legislador en el texto de la norma ⁷.

Rectamente entendido, el apartado 2 del artículo 108 LMV no hace sino establecer una serie de excepciones a la exención que se formula con carácter general en su apartado 1 anterior, exención que se refiere tanto al IVA como al ITP-AJD.

Es más, el artículo 108.2 LMV ni siquiera formula un hecho imponible nuevo, puesto que el artículo 7.1.A) del TR del ITP-AJD ya definía como transmisiones patrimoniales sujetas «las transmisiones onerosas por actos "inter vivos" de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas», entre los cuales deben considerarse incluidos toda clase de valores, y, por su parte, la ley reguladora del IVA de 1985 ya consideraba la transmisión de valores como una operación sujeta a dicho impuesto.

Al establecer el artículo 108.2 LMV que las operaciones exceptuadas de la exención tributen por el concepto TPO, puede mantenerse sin excesiva dificultad que las transmisiones (y adquisiciones) de valores afectadas han de reunir los requisitos básicos de dicha modalidad impositiva, esto es, que han de tratarse de operaciones realizadas por actos *inter vivos* y con carácter oneroso.

Ahora bien, las dificultades interpretativas surgen cuando se trata de determinar si las excepciones del artículo 108.2 LMV se formulan sólo respecto a aquellas transmisiones de valores que estén sujetas y exentas del ITP-AJD o, por el contrario, abarcan también aquellas otras transmisiones de valores que estén sujetas y exentas del IVA.

⁷ Hay autores que sostienen que el artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores (LMV) está formulando presunciones del tipo *iuris et de iure*, esto es, que no admiten prueba en contrario, pero -en nuestra opinión- esto sólo podría mantenerse si el legislador hubiese optado por formular expresamente dicha presunción con una expresión del siguiente tenor: «se presumirá que existe una transmisión onerosa de bienes inmuebles cuando los valores transmitidos ...», u otra en similares términos.

La cuestión no es baladí, pues dependiendo de la conclusión que se alcance sólo se podrá aplicar el artículo 108.2 LMV a las transmisiones de valores que, cumpliendo los requisitos a los que luego nos referiremos, sean realizadas al margen o con independencia de una actividad empresarial o profesional, o, por el contrario, el artículo 108.2 LMV será aplicable en todo caso, cualquiera que sea la naturaleza jurídica o la actividad que realice el transmitente.

Para resolver esta cuestión no debe olvidarse que el artículo 3 del Código Civil ordena tener en cuenta el espíritu y finalidad de las normas a la hora de interpretarlas, y parece claro -como ya se dijo anteriormente- que la intención que subyace en el artículo 108.2 LMV es aplicar a determinados supuestos de transmisión de valores el mismo régimen fiscal que sufrirían la transmisión de los inmuebles a que permite acceder la propiedad de tales valores. En este sentido, bien podría decirse que el artículo 108.2 LMV estaría estableciendo un supuesto de gravamen como mecanismo de reacción frente a posibles conductas fraudulentas ⁸.

Bajo este prisma interpretativo podría sostenerse con cierto fundamento que el artículo 108.2 LMV, siempre que concurren los presupuestos de hecho allí definidos, es aplicable a cualquier transmisión de valores, esto es, tanto a las realizadas por sujetos pasivos del IVA como a las realizadas al margen o con independencia de una actividad empresarial o profesional. Ésta sería la reacción normativa que estaría formulando el legislador frente a determinadas conductas que considera pueden resultar elusivas ⁹.

Sin embargo, opinamos que para mantener con éxito la anterior postura interpretativa hubiera sido necesario que el legislador hubiera formulado el artículo 108.2 LMV como una «ficción legal», esto es, que hubiera equiparado fiscalmente las transmisiones de valores allí definidas con las transmisiones onerosas de bienes inmuebles. Y lo cierto es que -en nuestra opinión- el artículo 108.2 LMV tampoco llega a formular expresamente una «ficción legal», pues no establece expresamente que, a efectos fiscales, las transmisiones de los valores allí contempladas queden equiparadas con las transmisiones patrimoniales onerosas de bienes inmuebles ¹⁰.

⁸ Opinamos que, en sentido estricto, el artículo 108.2 LMV no es una norma sancionadora, de la misma forma que tampoco lo era la disposición adicional 4.ª de la Ley de Tasas, recientemente declarada inconstitucional; en ambos casos se trataría de normas sustantivas que configuran determinados hechos impositivos, utilizadas como un instrumento normativo para desincentivar la realización de determinadas conductas que se reputan elusivas.

⁹ Se trataría -en nuestra opinión- de una reacción algo «desmesurada», ya que se haría tributar por la modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO), del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP-AJD), todos los supuestos de transmisión de valores que cumplieren los presupuestos de hecho allí definidos, prescindiendo de considerar si la transmisión de inmuebles que subyace debería tributar o no por dicha modalidad en el supuesto de que se hubiera realizado directamente.

¹⁰ Nuevamente aquí hay opiniones contrarias a lo expuesto, esto es, favorables a la calificar el artículo 108.2 LMV como una «ficción legal equiparadora», por considerar que la norma está fingiendo que la venta de dichos valores es una venta de inmuebles a efectos tributarios; pero la Resolución de la DGT de 23-09-1991 pone de manifiesto lo equivocado de esta afirmación al hacer notar que «... no hay que olvidar que la remisión que hace el número 2 del artículo 108 LMV, lo es a las reglas para calcular el valor real, es decir, a las normas de determinación de la base imponible, no a la determinación del hecho imponible y sus exenciones».

Consideramos, por lo tanto, que para precisar el ámbito de aplicación del artículo 108.2 LMV debe atenderse a otros criterios interpretativos más cercanos al alcance y significado concreto de los términos gramaticales con que aparece formulado este precepto.

Desde este otro punto de vista opinamos que podrían sostenerse las dos posiciones siguientes, ciertamente opuestas entre sí:

- a) El artículo 108.2 LMV no modificó las reglas de delimitación entre el IVA y la modalidad TPO, del ITP-AJD, en particular, los artículos 7.5 del TR del ITP-AJD de 1980 y 3.3 de la Ley 30/1985, reguladora del IVA (posteriormente convertido en el art. 4.cuatro en la vigente Ley 37/1992). Por lo tanto, las transmisiones de valores sujetas al IVA no podían quedar sujetas (y por ello tampoco exentas) de la modalidad TPO, por lo que carecía de sentido referir las excepciones del artículo 108.2 LMV a una exención que no podía existir. Esto supondría que el artículo 108.2 LMV sólo sería aplicable a las transmisiones de valores allí definidas que estuviesen sujetas a la modalidad TPO, por haberse realizado al margen o con independencia de una actividad empresarial o profesional.
- b) El artículo 108 LMV modificó (tácitamente) tanto el artículo 7.5 del TR del ITP-AJD de 1980 como el artículo 3.3 de la Ley 30/1985, reguladora del IVA, de tal forma que, desde su entrada en vigor, no sólo quedarían sujetas a la modalidad TPO las entregas y arrendamientos de bienes inmuebles sujetas y exentas del IVA, sino también aquellas transmisiones de valores realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad (y, por lo tanto, sujetas al IVA) en las que se cumpliesen las premisas del artículo 108.2 LMV. De esta forma, el artículo 108.2 LMV sería aplicable a todas las transmisiones de valores allí definidas, cualquiera que fuere la naturaleza jurídica o la actividad del transmitente de los valores.

Pero lo cierto es que esas supuestas modificaciones tácitas que pudo haber realizado el artículo 108.2 LMV no fueron tenidas en cuenta ni en la tarea de refundición legislativa que realizó el TR del ITP-AJD de 1993 ni tampoco en la nueva Ley 37/1992, reguladora del IVA. Por esta razón nos inclinamos -en principio- por otorgar más crédito a la primera de las posiciones expuestas, esto es, por considerar que la LMV no modificó las reglas de delimitación del IVA con el ITP-AJD, lo que nos abocaría a la conclusión ya expuesta, esto es, que el artículo 108.2 LMV sólo sería aplicable a las transmisiones de valores allí definidas que estuviesen sujetas a la modalidad TPO, por haberse realizado al margen o con independencia de una actividad empresarial o profesional ¹¹.

¹¹ La Resolución del TEAC de 26-04-1989 parece llegar a la conclusión opuesta. Efectivamente, tras afirmar que en una transmisión de valores de una sociedad mercantil a otra no era aplicable el artículo 40 de la Ley 50/1977 (precedente legislativo del art. 108 LMV), por considerar que se trataba de una operación sujeta al IVA y por ello no sujeta al ITP-AJD, sin que hubiese una remisión expresa de su tributación al ITP-AJD, concluye precisando que lo anterior se dictamina «...sin perjuicio del cambio introducido por el artículo 108 LMV».

Así las cosas, el nuevo TR del ITP-AJD, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, incorpora *ex novo* el artículo 17.2 -cuya redacción fue literalmente transcrita algunas páginas atrás-, respondiendo a la necesidad de reflejar en su articulado lo dispuesto algunos años antes por el artículo 108 LMV. Y si se analiza con detenimiento el citado artículo 17.2 del TR puede advertirse como, muy sutilmente, su redacción toma partido en la polémica antes apuntada, al afirmar que «las transmisiones de valores ... que queden exentas de tributar como tales, bien en el IVA o bien en la modalidad TPO del ITP-AJD ... tributarán por la citada modalidad, como transmisiones onerosas de bienes inmuebles, en los casos y con las condiciones que establece el artículo 108 LMV». Por si había alguna duda, el artículo 17.1 del Reglamento del ITP-AJD, aprobado por el Real Decreto 828/1995, añade la expresión «en ambos casos» después de la forma verbal «tributarán».

A nuestro juicio, tanto el TR del 1993 y su Reglamento estarían incorporando dos modificaciones respecto a la redacción literal del artículo 108 LMV. A saber:

- a) Dejan sentado que tributarán por la modalidad TPO, del ITP-AJD, todas aquellas transmisiones de valores a las que se refiere el artículo 108.2 LMV, cualquiera que sea la naturaleza jurídica o la actividad del transmitente, es decir, tanto si están sujetas al IVA como si lo están al ITP-AJD, lo que no está en absoluto claro a la vista de la redacción del artículo 108.2 LMV -como hemos expuesto anteriormente-.
- b) Establece que estas transmisiones de valores tributarán por la modalidad TPO, del ITP-AJD, «como transmisiones onerosas de bienes inmuebles», afirmación que en absoluto realiza el artículo 108 LMV ¹².

Obsérvese que en relación con las transmisiones onerosas de bienes inmuebles sí existía ya una habilitación legal, tanto en la ley del IVA como en el TR del ITP-AJD, para que pudiesen tributar por la modalidad TPO cuando estuviesen sujetas y exentas del IVA.

Bien pudiera pensarse que el Gobierno -autor de la refundición-, habría advertido que el artículo 108.2 LMV sólo podía aplicarse a las transmisiones de valores sujetas al ITP-AJD, al no haberse reparado en su día en modificar el artículo 7.5 del TR del ITP-AJD y el artículo 3.3 de la Ley 30/1985 (después convertido en el art. 4.cuatro de la Ley 37/1992) y, para obviarlo, transforma lo que era un simple catálogo de hechos exceptuados de la aplicación de una exención en una ficción legal, lo que estaría permitiendo salvar subrepticamente ese olvido del Poder Legislativo. Dos años más tarde el mismo Gobierno habría dejado claras sus verdaderas intenciones al incluir expresamente en el

¹² De esta forma el TR del ITP-AJD de 1993 sí estaría construyendo expresamente una ficción legal de las llamadas por la doctrina «equiparadoras», al establecer que las transmisiones de valores en las que concurren las circunstancias del artículo 108.2 LMV tributarán como transmisiones onerosas de bienes inmuebles, con lo que la remisión que el artículo 108.2 LMV realizaba a efectos de configurar la base imponible queda extendida *de facto* a la determinación misma del hecho imponible, y ello con todas sus consecuencias.

Reglamento del ITP-AJD que «ambas» transmisiones de valores (es decir, tanto las sujetas y exentas al IVA como las sujetas y exentas a la modalidad TPO) tributarán como transmisiones onerosas de bienes inmuebles ¹³.

Lo cierto es que, hasta la fecha, no ha habido un pronunciamiento jurisprudencial sobre una posible extralimitación del Gobierno de la Nación al realizar la tarea refundidora que desembocó en la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/1993, o sobre la posible falta de cobertura legal del Reglamento aprobado por el Real Decreto 828/1995, por lo que los funcionarios públicos encargados de la gestión del ITP-AJD están obligados a aplicar en sus términos exactos tanto el artículo 17.2 del TR como el artículo 17 de su Reglamento, esto es, a considerar que el 108.2 LMV es aplicable a todas las transmisiones de valores en las que se den las circunstancias allí definidas, cualquiera que sea la naturaleza jurídica o la actividad del transmitente de los valores, tanto si se trata de particulares como si se trata de empresarios o profesionales sujetos pasivos del IVA.

2. Análisis práctico de los supuestos de aplicación del artículo 108.2 LMV.

Siguiendo la sistemática del artículo 17 del Reglamento del ITP-AJD -que reproduce casi literalmente el artículo 108.2 LMV- cabe distinguir tres supuestos en los que es aplicable la citada disposición:

2.1. Transmisión en el mercado secundario de valores que atribuyen el control de una entidad de tenencia de inmuebles.

Para que opere este supuesto deben concurrir simultáneamente los dos requisitos siguientes:

- 1.º Que el patrimonio de la sociedad, fondo, asociación o entidad a que se refieran los valores transmitidos esté integrado en más de un 50 por 100 por inmuebles situados en territorio nacional, sin que se computen a estos efectos aquellos que formen parte del activo circulante de entidades cuyo objeto social exclusivo consista en el desarrollo de actividades empresariales de construcción o promoción inmobiliaria, salvo los terrenos y solares (que se computarán como inmuebles en todo caso).

¹³ Habría una interpretación más «benévola» de la modificación que incorpora el TR de 1993. El artículo 40 de la Ley 50/1977 (precedente legislativo de la norma que analizamos) ya utilizaba la expresión «tributarán como transmisiones onerosas de bienes inmuebles», lo que pudo inducir al Gobierno a reproducir miméticamente esta misma expresión al acometer la tarea refundidora en 1993. No obstante opinamos que esta otra explicación, si bien excluye la posible intencionalidad en la alteración (dolo), conduciría al mismo resultado práctico, esto es, a la existencia de un posible exceso negligente en la tarea refundidora (culpa).

En relación con este primer requisito pueden establecerse las siguientes pautas interpretativas:

- El concepto de bien inmueble que debe considerarse a estos efectos es el que resulta de aplicar lo dispuesto en el artículo 334 del Código Civil, al que remite el artículo 23.2 de la Ley General Tributaria (LGT) y, más precisamente, el artículo 3 del TR del ITP-AJD.
- En relación con lo anterior debe recordarse que procederá computar como bienes inmuebles las concesiones administrativas de obras públicas, las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles (art. 334.10.º CC) ¹⁴.
- Los inmuebles poseídos en virtud de contratos de arrendamiento financiero sólo deben computarse como tales inmuebles cuando haya un compromiso firme de ejercicio de la opción de compra o se haya garantizado de alguna forma su ejercicio ¹⁵.
- En coherencia con lo anterior, las sociedades de *leasing* deberán computar como inmuebles (numerador de la *ratio*) todos aquellos bienes sobre los que hayan formalizado contratos de esta naturaleza, excepto los que hayan sido objeto de un compromiso o garantía de opción de compra por parte del arrendatario. Lo anterior supone que en este tipo de sociedades normalmente se cumplirá este primer requisito, ya que su objeto social no puede incluir ni la promoción ni la construcción inmobiliaria ¹⁶.
- El artículo 108 LMV no se refiere al valor por el que deben computarse los inmuebles para determinar el expresado porcentaje (a diferencia de lo que disponía la Orden Ministerial de 14-01-1978, que desarrolló el art. 40 de la Ley 50/1977, que optó por realizar dicha comparación computando valores contables). La DGT ha venido sosteniendo que para determinar el porcentaje que representan los inmuebles dentro del activo de la Sociedad aquellos deberán computarse por su valor real ¹⁷. Sin embargo, el Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) de Cataluña ha discrepado abier-

¹⁴ Siguiendo el criterio que se expondrá más adelante, consistente en valorar los inmuebles (o sus asimilados) por su valor real, deberán determinarse el valor real de las concesiones administrativas de obras públicas obtenidas por el sujeto pasivo, con independencia del canon concesional que deba satisfacer el concesionario.

¹⁵ En este sentido las Resoluciones de la DGT de 10-01-1994 y 10-05-1994. Este criterio resulta de aplicar el principio de calificación (art. 2 del TR del ITP-AJD), como hizo la STS de 28-05-1990, y de atender a lo dispuesto por la normativa contable, principalmente la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) de 21-01-1992. El valor a computar debe entenderse neto de los gastos financieros devengados con posterioridad al momento de puesta en funcionamiento por la arrendataria (norma de valoración 2.ª del Plan General de Contabilidad).

¹⁶ Resolución de la DGT de 23-09-1991.

¹⁷ En este sentido se pronuncian las Resoluciones de la DGT de 19-02-1997 y 2-02-1998. Ciertamente el único fundamento que puede encontrarse para apoyar la solución adoptada por la DGT reside en la finalidad «anti-elusoria» perseguida por la norma, esto es, si lo que se pretende es gravar la transmisión de inmuebles que está implícita en la transmisión de los valores, y de hecho es el valor real de aquéllos lo que se ha de tomar -en su caso- como base imponible, no tendría demasiado sentido medir la importancia relativa de los inmuebles en el activo social tomando otro valor que no fuera el propio valor real de aquéllos. Dando por bueno dicho criterio, parece lógico que todos los elementos del activo se computen por su valor real a efectos de realizar la citada comparación, ya que en otro caso se estarían confrontando magnitudes heterogéneas.

tamente de esta solución abogando por realizar la comparación a valores contables, por mucho que el valor contable de los inmuebles haya quedado desfasado y absolutamente alejado de su valor real actual ¹⁸.

- Si se acepta como válido -al menos por ahora- el criterio del Centro Interpretativo, la Administración deberá utilizar los medios enumerados en el artículo 52 de la LGT y, principalmente, el dictamen de peritos a su servicio, para practicar la valoración de los inmuebles y del resto del activo social ¹⁹.
- Opinamos que el activo a considerar (denominador de la *ratio*) debe ser el «activo real», es decir, prescindiendo de aquellas partidas que no tienen valor por sí mismas (gastos amortizables, pérdidas de ejercicios anteriores, fondo de comercio, cuentas de orden,...).
- Otra cuestión de fundamental importancia es determinar el momento en que debe «medirse» el activo de la entidad, bien en el momento en que se produce la transmisión de los valores o bien en la fecha del último balance cerrado y aprobado. La Orden Ministerial de 14-01-1978 tomaba como base el último balance cerrado y aprobado -último registro oficial de que se dispone sobre el patrimonio de la entidad-, lo que parecía coherente con el hecho de que la importancia relativa de los inmuebles respecto del total del activo se midiera atendiendo a valores contables. Sin embargo, si damos por válido el criterio de medir el porcentaje que representan los inmuebles respecto del total del activo atendiendo a valores reales, parece más conveniente referir esta medición a la fecha misma de transmisión de los valores, lo que exigirá formar un inventario del activo social a los solos efectos de precisar si procede o no aplicar el artículo 108.2 LMV ²⁰.

¹⁸ Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) de Cataluña de 27-10-1999, según la cual «no puede obviarse que cuando el artículo 108.2 LMV define los elementos de hecho que deben concurrir para la pérdida de la exención, ninguna indicación ni remisión hace al "valor real" de los inmuebles, sino que sólo se limita a querer conocer su participación en el activo, lo que puede conseguirse acudiendo simplemente al activo contable de la sociedad. Pretender comprobar el valor actual de los inmuebles supondría, además de romper la homogeneidad con respecto al resto de partidas contables, olvidar que la sociedad ha tenido que ajustar su contabilización a unas normas de valoración de obligado cumplimiento, . . . que expresamente exigen que las partidas de inmovilizado se valoren, en circunstancias no excepcionales, conforme al precio de adquisición. El hecho de que tales valores en algunos casos hayan podido quedar desfasados, perdiendo peso en la composición del activo, no es suficiente para proceder a su actualización sin mandato legal que lo habilite». En el caso enjuiciado en esta Resolución el valor contable de los activos inmobiliarios representaba 1,6 millones de pesetas sobre un valor total del activo de 35,3 millones de pesetas (esto es, un 4,5%), siendo así que el valor real de dichos inmuebles, admitido por el propio sujeto pasivo, ascendía a 142,8 millones de pesetas (esto es, un 80,9% del activo de la sociedad, computado a valores reales). Ciertamente, con este tipo de interpretaciones la eficacia «anti-elusoria» de la norma puede verse notablemente mermada.

¹⁹ De esta forma, el valor real de los inmuebles así determinado cumplirá una doble función: por un lado verificar si se cumplen los presupuestos de hecho a los que se anuda la realización del hecho imponible y, por otro lado, cuantificar la magnitud que la norma configura como base imponible.

²⁰ No obstante lo indicado, la opción de tomar una fecha distinta a la del devengo (como puede ser la del último balance cerrado y aprobado) podría considerarse técnicamente correcta, ya que, si bien es cierto que todos los elementos de la obligación tributaria deben referirse a la fecha del devengo (transmisión de los valores), aquí no estamos todavía en fase de liquidación sino en una fase previa, cual es determinar si se cumple el presupuesto de hecho establecido por la norma, lo que perfectamente puede referirse a una fecha distinta. Sin embargo, esta opción presenta el notable inconveniente de que pueden haberse producido importantes alteraciones en la composición del activo desde la fecha de cierre del último balance, lo que distorsionaría la aplicación de la norma, teniendo en cuenta la finalidad última que se persigue con la misma. La Resolución del TEAR de Cataluña de 27-10-1999 (citada en la nota 18) aboga por realizar la comparación en la fecha de transmisión, al no existir -dice- una disposición reglamentaria que remita al último balance aprobado.

- Para excluir del cómputo los inmuebles pertenecientes al activo circulante de las sociedades constructoras o promotoras la norma exige que estas entidades tengan como objeto social «exclusivo» la realización de estas actividades; por lo tanto, rectamente entendido este requisito, no procederá dicha exclusión cuando el objeto social contemple la posibilidad de realizar otras actividades que no sean estrictamente la construcción o la promoción inmobiliaria, aunque no se estén desarrollado ²¹.
- Tratándose de entidades dedicadas exclusivamente a la construcción o a la promoción inmobiliaria sólo deben excluirse del cómputo aquellos inmuebles que, conforme a las correspondientes normas contables sectoriales, deban calificarse como existencias, excepto los terrenos y solares, que deben computarse en todo caso sea cual sea su consideración contable ²².

2.º Que como consecuencia de la transmisión de los valores en el mercado secundario el adquirente obtenga la titularidad total del patrimonio social o, al menos, una posición tal que le permita ejercer el control sobre tal sociedad, fondo, asociación o entidad. 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.

En relación con este segundo requisito pueden sentarse las siguientes pautas interpretativas:

- Para determinar cuándo se produce la toma de control por parte del adquirente hay que computar acumuladamente los valores adquiridos con anterioridad, cualquiera que sea la fecha en que se hubiesen adquirido ²³. En el caso de una pluralidad de adquisiciones

²¹ Para determinar qué actividades pueden considerarse como construcción o promoción inmobiliaria pueden utilizarse los criterios de delimitación que se proponen a efectos contables en las correspondientes Normas de Adaptación del Plan General de Contabilidad (PGC) a las empresas constructoras e inmobiliarias. Puede consultarse a estos efectos el apartado 2 de la Introducción a las Normas de Adaptación del PGC a las Empresas Constructoras, aprobadas por Orden Ministerial de 27-01-1993 (BOE 5-02-1993) y el apartado 2 de la Introducción a las Normas de Adaptación del PGC a las Empresas Inmobiliarias, aprobadas por Orden Ministerial de 28-12-1994 (BOE 4-01-1995). No obstante, cabe precisar que el arrendamiento o cualquier otra forma de explotación de los bienes inmobiliarios no tienen por sí mismos la consideración de actividades de promoción inmobiliaria, de tal forma que, cuando estas actividades concurren con la promoción inmobiliaria en el objeto social, no podrá excluirse del cómputo ningún inmueble contabilizado en el activo social.

²² Deben consultarse a estos efectos los cuadros de cuentas y las normas de valoración de las Adaptaciones Sectoriales del PGC citadas en la nota 19 anterior.

²³ Esta regla acumulativa, que tan sutilmente formula el legislador del artículo 108.2 LMV, permite afirmar que, en un supuesto extremo, la transmisión de un solo valor (por ejemplo, una acción de una Sociedad Anónima) puede determinar el cumplimiento del presupuesto de hecho al que se anuda la realización del hecho imponible, si es que la transmisión de dicho valor permite al adquirente obtener una situación de control sobre la entidad o la mayoría del capital social de una sociedad mercantil. Pero lo que ya no procede es acumular los valores adquiridos previamente por terceras personas vinculadas familiarmente con el adquirente, en concreto, por su cónyuge e hijos menores no emancipados, al no haberse reproducido en el artículo 108.2 LMV esta regla que figuraba en la derogada Orden Ministerial de 14-01-1978.

simultáneas, de vendedores diferentes, deberá atenderse al resultado final de dichas adquisiciones, computadas acumuladamente, para verificar si se produce dicha toma de control ²⁴.

- En coherencia con lo anterior no se considera cumplido este segundo requisito cuando el adquirente de los valores ya tenía, con anterioridad a la operación considerada, una posición de control en la entidad de tenencia de inmuebles, ya se tratase de control directo o indirecto ²⁵.
- Ahora bien, es irrelevante que la posición de control previo la detentase otra persona, física o jurídica, distinta del mismo adquirente, aunque estuviese vinculada familiar o mercantilmente con éste ²⁶.
- Para esclarecer cuándo se produce la «toma de control» hay que atender a la forma jurídica de la sociedad tenedora de los inmuebles, distinguiendo según se trate de una sociedad mercantil o de otras entidades que no tengan la forma jurídica de sociedad mercantil (sociedades civiles, fondos de inversión, asociaciones u otras entidades).
- Si se trata de entidades que no tienen forma jurídica de sociedad mercantil habrá que analizar cada caso por separado para determinar cuándo se entiende adquirido el control efectivo de la entidad, examinando sus estatutos sociales o norma equivalente ²⁷.

²⁴ Sentencia del TSJ de Cataluña de 24-02-2000, en la que se dice que «...lo relevante es el resultado final (control efectivo) y no la forma en que se obtiene, que puede ser en un solo acto, como en varios. De acuerdo con lo anterior ... la pluralidad de adquisiciones, de vendedores diferentes, no es óbice para la aplicación de la excepción, puesto que, como se ha indicado, lo relevante es la posición dominante en el ente social, con independencia que la misma provenga de una única transmisión o plurales transmisiones ...».

²⁵ Resoluciones de la DGT de 10-05-1994, 23-12-1997 y 22-10-1999. Así, por ejemplo, si la Sociedad A ya disponía del 75 por 100 de la Sociedad B, y ésta disponía del 100 por 100 de la Sociedad X (sociedad tenedora de inmuebles), en la transmisión del 100 por 100 de las acciones de la Sociedad X que realiza la Sociedad B a favor de la Sociedad A no se cumple el requisito analizado, puesto que la Sociedad A ya disponía con anterioridad del control indirecto de la Sociedad X.

²⁶ Así, en la Resolución de la DGT de 17-07-1996 se analiza el siguiente supuesto: si una persona física detenta la totalidad del capital social de 4 entidades (A, B, C y D), las cuales detentan cada una de ellas el 25 por 100 del capital social de la Sociedad X (sociedad tenedora de inmuebles), en el caso de que cualquiera de las Sociedades A, B, C o D adquiera de las otras Sociedades sus acciones en la Sociedad X, de tal forma que pase a detentar más del 50 por 100 de su capital social, se cumplirá el requisito analizado, siendo irrelevante que la totalidad del grupo perteneciese ya con anterioridad a una misma persona física, ya que la sociedad adquirente de las acciones tiene una personalidad jurídica propia y distinta de la del socio persona física, dueño del Grupo.

²⁷ Entendemos que a estos efectos se pueden utilizar los criterios que establece el artículo 4 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, que remite, a su vez, al artículo 42.1 del Código de Comercio para definir las distintas situaciones de control que se dan en los «grupos de sociedades».

- Tratándose del caso más frecuente de que la entidad tenedora de los inmuebles sea una sociedad mercantil el legislador ha «objetivado» la toma de control, presumiendo que ésta se produce únicamente cuando el adquirente alcanza directa o indirectamente una participación en el capital social de aquélla superior al 50 por 100, lo que constituye una presunción del tipo *iuris et de iure*, sin posibilidad de prueba en contrario ²⁸.
- La situación de participación directa en el capital de la sociedad tenedora de inmuebles en un porcentaje superior al 50 por 100 no plantea mayores problemas interpretativos. Únicamente conviene precisar que en el caso de las sociedades anónimas será irrelevante que parte de las acciones que atribuyen esa participación en el capital social superior al 50 por 100 sean «acciones sin voto» dado que -como se ha expuesto-, tratándose de sociedades mercantiles, la norma atiende exclusivamente al porcentaje de participación en el capital social y no a la situación de «control efectivo» sobre los órganos de gobierno de la Sociedad.
- Sin embargo la situación de participación indirecta en porcentaje superior al 50 por 100 sí debe ser objeto de mayores reflexiones. En primer lugar debe aclararse en qué consiste una situación de participación mayoritaria indirecta. En nuestra opinión, la norma se está refiriendo a aquellos supuestos en los que una persona detenta una participación mayoritaria en una sociedad determinada a través de otra u otras sociedades «intermedias», en las que también detenta aquél una participación mayoritaria. Dicha interpretación implica considerar que la norma no estaría exigiendo un «grado de dominio» o «tanto de interés» superior al 50 por 100, sino, simplemente, una participación mayoritaria en la sociedad tenedora de los inmuebles detentada a través de otras sociedades «intermedias» ²⁹.

²⁸ Esto significa que -a nuestro juicio- son irrelevantes cualesquiera otras formas de toma de control que puedan darse en relación con una sociedad mercantil (por ejemplo, tener facultad de designar a los administradores o detentar la mayoría de los derechos de voto -esto último en el caso de las Sociedades Limitadas (SL), en las que la titularidad de las participaciones sociales no tiene por qué guardar una relación de proporcionalidad con los derechos de voto, de acuerdo con el art. 53.4 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, reguladora de las SL-). Es decir, cuando la sociedad tenedora de inmuebles sea una sociedad mercantil, el segundo requisito que ahora analizamos sólo puede reputarse cumplido cuando se produzca el presupuesto de hecho definido en la norma -alcanzar de forma directa o indirecta una participación en el capital social superior al 50 por 100 por virtud de la transmisión de valores considerada-. De la misma manera, en estos casos no podrá considerarse que existiese una posición de control previo por el hecho de que el adquirente de los valores tuviese, con anterioridad a la adquisición de valores analizada, cualquier situación de control distinta a la consistente en detentar, directa o indirectamente, una participación en el capital de la sociedad tenedora de inmuebles superior al 50 por 100.

²⁹ El «grado de dominio» o «tanto de interés» (magnitud utilizada en la consolidación fiscal) resulta de multiplicar los sucesivos porcentajes de participación. Por ejemplo, si la sociedad A participa en la sociedad B en un 70 por 100, y la sociedad B participa en la sociedad C en un 60 por 100, el «grado de dominio» de A en C será del 42 por 100 [(0,7 x 0,6) x 100 = 42]. Si la norma se estuviera refiriendo a esta magnitud, en este caso no se cumpliría el requisito que estamos analizando. Sin embargo, como hemos expuesto, parece que la norma parece considerar que en situaciones como la del ejemplo sí existe una participación mayoritaria indirecta, puesto que A tiene una participación mayoritaria en C (60% > 50%) a través de su participación también mayoritaria en la sociedad «intermedia» B (70% > 50%).

- La segunda cuestión a decidir en relación con las situaciones de control indirecto estriba en precisar si la transmisión de acciones o participaciones de una sociedad «intermedia» (es decir, aquella que tiene participación mayoritaria en la sociedad tenedora de inmuebles) puede suponer incurrir en el presupuesto de hecho definido por la norma. La redacción literal del artículo 108.2 LMV parece estar en contra de esta posibilidad, ya que literalmente se refiere a la transmisión de valores de entidades cuyo activo esté constituido al menos en un 50 por 100 por inmuebles, siempre que como resultado de dicha transmisión (precisamente de ésta) el adquirente obtenga una posición de control sobre tales entidades. De confirmarse esta interpretación, la participación indirecta a que alude la norma sólo se tendría en cuenta a la hora de computar acumuladamente el porcentaje de participación previa del adquirente en la sociedad tenedora de inmuebles, pero las únicas participaciones cuya transmisión podría determinar la realización del hecho imponible serían las de carácter directo, esto es, las que tienen por objeto partes alícuotas del capital social de la entidad tenedora de los inmuebles ³⁰.
- No cabe duda que esta interpretación -insistimos que apoyada en la redacción literal de la norma- supondría abrir una vía para eludir la aplicación del artículo 108.2 LMV, contra la que habría que reaccionar mediante las oportunas modificaciones legislativas ³¹.

Por último, debe indicarse que no quedan gravadas por la modalidad TPO, del ITP-AJD, aquellas transmisiones de valores que, pese a reunir los dos requisitos expuestos, se realicen como consecuencia de un negocio jurídico sometido a gravamen por la modalidad «operaciones societarias», dada la incompatibilidad existente a la hora de aplicar ambas modalidades de gravamen y la prevalencia de ésta sobre aquella en caso de concurrencia (art. 1.2 TR del ITP-AJD). Como ejemplos de tales operaciones societarias se pueden señalar las aportaciones no dinerarias, las fusiones, las esci-

³⁰ Como ejemplo de lo expuesto: si la Sociedad A tiene el 100 por 100 de las acciones de la Sociedad B, y la Sociedad B tiene el 40 por 100 de las acciones de la Sociedad X (sociedad tenedora de inmuebles), en el caso de que A adquiriera directamente un 11 por 100 de las acciones de X se estaría cumpliendo el presupuesto de hecho definido por la norma, ya que al computar acumuladamente la participación indirecta previa del 40 por 100 y la nueva participación directa del 11 por 100, la sociedad A ha pasado a detentar en el capital de X una participación superior al 50 por 100. En el mismo caso anterior, pero suponiendo ahora que la Sociedad A (en lugar de adquirir directamente el 11 por 100 de las acciones de X) adquiere el 100 por 100 de las acciones de la Sociedad C, que es propietaria del 11 por 100 de las acciones de X, no puede reputarse cumplido el presupuesto de hecho definido por la norma, pese a que A ha pasado a tener una participación mayoritaria indirecta en X (a través de sus participaciones en B y C), y ello porque la «toma de control» no se ha producido como consecuencia de la transmisión de acciones de la propia sociedad tenedora de los inmuebles, que es lo que parece estar exigiendo el tenor literal del artículo 108.2 LMV.

³¹ Quizás por ello la Resolución del TEAC de 31-05-1995 llegó a la conclusión opuesta al examinar el siguiente supuesto: la Sociedad A poseía el 15 por 100 de las acciones de la Sociedad X (sociedad tenedora de inmuebles) y adquiere el 100 por 100 de las acciones de las Sociedades B y C, quienes detentaban directamente el 85 por 100 restante de las acciones de X; el TEAC considera sujeta a la modalidad TPO la adquisición de las acciones de las sociedades B y C por aplicación del artículo 108.2 LMV, es decir, considera que el hecho imponible definido por este precepto se puede verificar también mediante la adquisición de participaciones indirectas, esto es, referidas a las «sociedades intermedias». Mucho más confusa es la Resolución de la DGT de 21-04-1998 en la que se analiza un cambio de *trustee* que posee las acciones de dos sociedades no residentes que, a su vez, poseen cada una de ellas el 50 por 100 del capital social de otra entidad no residente cuyo activo está integrado principalmente por inmuebles situados en España.

siones y los canjes de valores. Es decir, en aquellos casos en que como consecuencia de una de estas operaciones se transmitan a una determinada entidad la mayoría de las acciones de otra entidad, tenedora de inmuebles, dicha transmisión no resultará gravada por la modalidad TPO, ya que procederá el gravamen de la operación en su conjunto por la modalidad «operaciones societarias» (OS) ³².

2.2. Adquisición en el mercado primario de valores que atribuyen el control de una entidad de tenencia de inmuebles por el ejercicio de derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones.

Las consecuencias fiscales de estas adquisiciones de valores son las mismas que las que se resultan de las transmisiones a que se refiere el apartado 1 anterior, quedando plenamente equiparadas a las mismas, pese a lo cual hemos optado por analizarlas separadamente, como un segundo supuesto de aplicación del artículo 108.2 LMV, por las características particulares que presentan.

El supuesto fue introducido por la modificación del artículo 108.2 LMV que realizó la disposición adicional 12.^a de la Ley 18/1991, del IRPF, al advertir que mediante estas operaciones, que inicialmente quedaban fuera del ámbito de aplicación de la norma, podían conseguirse los mismos resultados de elusión que dicha norma trataba de evitar. Su entrada en vigor se produjo el 1 de enero de 1992.

Lo primero que hay que advertir es la incorrección técnica en que incurre la norma tal y como ha sido formulada. Recordemos que el artículo 108.2 LMV establece una serie de excepciones a la exención en IVA y en ITP-AJD que proclama el apartado 1 de ese mismo artículo, declarándolas sujetas a gravamen por la modalidad TPO, del ITP-AJD. Pues bien, al incluir dentro de ese catálogo de excepciones un nuevo supuesto consistente en la adquisición de valores, lo que no es hecho imponible del IVA ni tampoco del ITP-AJD, la norma está excepcionando la aplicación de la exención en una operación que ni siquiera está sujeta a los impuestos a los que se refiere dicha exención. El error técnico deriva de situar en el mismo plano de gravamen la transmisión de determinados valores y la adquisición de esos mismos valores.

Con fundamento en lo anterior, sería legítimo (y puede que hasta acertado) alegar que en este punto concreto el artículo 108.2 LMV es inaplicable y, por ello, carente de virtualidad práctica. No obstante, opinamos que podría salvarse el clamoroso defecto técnico padecido por el legislador interpretando que, en realidad, lo que hizo la disposición adicional 12.^a de Ley 18/1991 fue crear un nuevo

³² Hay numerosas Resoluciones de la DGT en este sentido. Así, la Resolución de 20-02-1998 señala que «...en una ampliación de capital que lleve a cabo la consultante y que sea suscrita mediante aportaciones no dinerarias consistentes en acciones de sociedades, teniendo una de estas sociedades constituido su activo en más de un 50% por inmuebles, y obteniendo así la consultante una participación en su capital superior al 50%, no entraría en el ámbito del artículo 108 LMV para ser sometida a tributación por la modalidad TPO. Por lo tanto, no se darían los requisitos del artículo 108 LMV para gravar la transmisión de acciones». En el mismo sentido las Resoluciones de 29-04-1992 y 24-02-1993 relativas a supuestos de fusión, y la Resolución de 5-07-2000 en relación con una operación de canje de valores.

hecho imponible de la modalidad TPO, del ITP-AJD, consistente en la adquisición de valores en los mercados primarios como consecuencia del ejercicio de derechos de suscripción preferente o de la conversión de obligaciones en acciones, siempre que se den el resto de condiciones que ya establecía con anterioridad el artículo 108.2 LMV.

Sin embargo -como ya vimos-, en la tarea refundidora del ITP-AJD realizada en 1993 se alteró de forma sustancial la redacción del artículo 108.2 LMV que se incorporaba al TR, formulando una ficción legal donde no la había. Dicha ficción legal se extiende también a este segundo supuesto, disponiendo que dichas adquisiciones de valores tributarán como transmisiones onerosas de bienes inmuebles. Así, dando por buena la tarea refundidora -que no ha sido formalmente cuestionada hasta la fecha-, desde la entrada en vigor del TR no cabría hablar propiamente de un nuevo hecho imponible del impuesto, sino más bien de un supuesto de hecho que provoca la realización del hecho imponible «transmisión onerosa de bienes inmuebles».

No se plantean aquí las dudas que antes formulábamos en relación con el ámbito de aplicación de la norma, ya que al no ser hecho imponible del IVA la adquisición de valores (sólo está sujeta al IVA la transmisión de valores), no existirían problemas de doble sujeción al IVA y a la modalidad TPO, del ITP-AJD. Por lo tanto, todas las adquisiciones de valores en las que concurren las condiciones establecidas, sin excepción, estarían sujetas a la modalidad TPO, del ITP-AJD, tributando como transmisiones onerosas de bienes inmuebles.

Entrando ya a analizar las condiciones de aplicación del supuesto, cabe señalar que deben concurrir simultáneamente los dos requisitos siguientes:

- 1.º Que el patrimonio de la sociedad, fondo, asociación o entidad a que se refieran los valores adquiridos esté integrado en más de un 50 por 100 por inmuebles situados en territorio nacional, sin que se computen a estos efectos aquellos que formen parte del activo circulante de entidades cuyo objeto social exclusivo consista en desarrollo de actividades empresariales de construcción o promoción inmobiliaria, salvo los terrenos y solares (que se computarán como inmuebles en todo caso).

Deben darse aquí por reproducidas todas las pautas interpretativas que se formularon en relación con el primer requisito del supuesto 1 precedente.

- 2.º Que como consecuencia de la adquisición de los valores en los mercados primarios el adquirente obtenga la titularidad total del patrimonio social o, al menos, una posición tal que le permita ejercer el control sobre tal sociedad, fondo, asociación o entidad. 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.

La adquisición de los valores en los mercados primarios se ha de verificar forzosamente a través de alguno de los dos medios siguientes: bien por el ejercicio de derechos de suscripción preferente o bien por la conversión de obligaciones en acciones.

Igualmente deben darse aquí por reproducidas las pautas interpretativas que se formularon en relación con el segundo requisito del supuesto 1 precedente, si bien entendiendo referidas al hecho «adquisición» las menciones que allí se hacían al hecho «transmisión».

A lo dicho por remisión en relación con este segundo requisito debe añadirse lo siguiente, referido al caso concreto de adquisición de valores por ejercicio de derechos de suscripción preferente:

- De acuerdo con el artículo 158 del TR de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA), los antiguos accionistas y los titulares de obligaciones convertibles tendrán derecho a la suscripción preferente de las nuevas acciones que se emitan en una ampliación del capital social, en proporción a las acciones que posean o a las que corresponderían a los titulares de obligaciones convertibles de ejercitar en ese momento la facultad de conversión³³.
- No será válida la creación de acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de suscripción preferente (art. 50.2 TR de la LSA)³⁴.
- Cuando se acuerde realizar una ampliación de capital, los antiguos accionistas y los titulares de obligaciones convertibles pueden ejercer sus derechos y suscribir las acciones que proporcionalmente les correspondan, o bien pueden transmitir sus derechos de suscripción a otros accionistas o a terceras personas, según las mismas condiciones de transmisión que rijan para las acciones de las que se derivan³⁵.
- Si no hay emitidas obligaciones convertibles y todos los accionistas ejercen los derechos de suscripción que les hayan correspondido es evidente que no se producirá el supuesto de hecho definido por la norma, pues al no haberse alterado los porcentajes de participación en el capital social no se cumplirá este segundo requisito que estamos analizando (que la adquisición de los valores conlleve la toma de control de la entidad, entendida como la obtención de una participación mayoritaria en el capital social).

³³ Cuando la ampliación de capital se realiza íntegramente con cargo a reservas el derecho de suscripción preferente se denomina «derecho de asignación gratuita» de las nuevas acciones (art. 158.3, segundo párrafo, del TRLSA). En el ámbito de las S.L. los derechos de suscripción preferente se denominan «derechos de preferencia» (art. 75 LSL). Entendemos que puede admitirse sin mayores dificultades que estos dos supuestos debe considerarse incluidos en la expresión genérica «derechos de suscripción», pues no dejan de ser modalidades específicas de éste. Por lo tanto, opinamos que cuando el artículo 108.2 LMV se refiere a los derechos de suscripción preferente habrá que hacer extensiva la referencia a los derechos de asignación gratuita y a los derechos de preferencia, sin que ello suponga -a nuestro modo de ver- una extensión analógica de la norma. Lo que no cabe entender incluido en dicha expresión es el derecho a la suscripción preferente de obligaciones convertibles (art. 293 TRLSA).

³⁴ Debe recordarse que no habrá lugar al derecho de suscripción preferente cuando el aumento de capital se deba a la conversión de obligaciones en acciones o a la absorción de otra sociedad o de parte del patrimonio escindido de otra sociedad (art. 159.3 TRLSA).

³⁵ El derecho de suscripción preferente será transmisible en las mismas condiciones que las acciones de las que deriven; lo mismo cabe decir en relación con los derechos de asignación gratuita de nuevas acciones (art. 158.3 TRLSA) y los derechos de preferencia (art. 75.3 LSL).

- Si los accionistas transmiten la totalidad o parte de sus derechos de suscripción preferente a favor de otros accionistas o de terceras personas, quienes posteriormente los ejercitan y, como consecuencia de ello, uno de éstos pasa a tener una participación mayoritaria en el capital social, computando -en su caso- las acciones que ya detentase directa o indirectamente con anterioridad, deberá entenderse cumplido este segundo requisito definido en el presupuesto de hecho de la norma.
- Puede ocurrir, no obstante, que aun no habiendo transmisión alguna de los derechos de suscripción preferente se produzca una alteración en la composición del capital social. Esto puede ocurrir, a nuestro juicio, en las dos situaciones siguientes:
 - a) Si tiene lugar un «aumento de capital incompleto», por no haberse ejercitado la totalidad de los derechos de suscripción ³⁶. En este caso, si alguno de los accionistas que sí hayan ejercitado sus derechos de suscripción preferente pasa a detentar una participación mayoritaria en el capital social, computando -en su caso- las acciones que ya detentase directa o indirectamente con anterioridad, también deberá entenderse cumplido el requisito que estamos analizando.
 - b) Cuando existan emitidas y en circulación obligaciones convertibles y sus titulares ejerciten sus derechos de suscripción preferente de las nuevas acciones emitidas, de tal forma que uno de dichos obligacionistas pase a detentar una participación mayoritaria, directa o indirecta, en el capital de la sociedad emisora (tenedora de inmuebles).

Y en relación con la adquisición de los valores por ejercicio del derecho de conversión de obligaciones en acciones, además de lo dicho por remisión, cabe indicar lo siguiente en relación con el cumplimiento del segundo requisito a que nos venimos refiriendo:

- El supuesto de hecho a que se refiere la norma (conversión de las obligaciones en acciones) no debe entenderse realizado por el aumento de capital que ha de acordar la Junta General en el momento de aprobar la emisión de este tipo de obligaciones, sino cuando, tras haber recibido las solicitudes de conversión, los administradores de la sociedad emiten y entregan las correspondientes acciones a los obligacionistas que hayan hecho uso de ese derecho. Los obligacionistas pueden formular su solicitud de conversión en cualquier momento, dentro del plazo máximo señalado por la Junta General (arts. 292 y ss. TRLSA).
- Para que se cumpla este segundo requisito es necesario que el obligacionista que acude a la conversión pase a detentar una participación mayoritaria, directa o indirecta, en el capital de la sociedad emisora (tenedora de inmuebles) como consecuencia de las acciones que reciba en dicha conversión.

³⁶ Para que sea válido el aumento de capital incompleto en las S.A. es necesario que las condiciones de emisión hubieran previsto expresamente esta posibilidad (art. 161.1 TRLSA); justo lo contrario de lo que ocurre en las SL, en las que será válido el aumento de capital en la cuantía desembolsada salvo que en el acuerdo se hubiera previsto que el aumento quedara sin efecto en caso de desembolso incompleto (art. 77 LSL).

Cabe realizar dos precisiones adicionales en relación con este segundo supuesto de aplicación del artículo 108.2 LMV, referidas tanto a la adquisición de valores por ejercicio de los derechos de suscripción preferente como por conversión de obligaciones en acciones. Son las siguientes:

- En primer lugar, que no cabe identificar la adquisición de valores que se produce por ejercicio de los derechos de suscripción preferente o por la conversión de obligaciones en acciones con los aumentos de capital que necesariamente van asociados a tales adquisiciones. Efectivamente, una cosa es la ampliación de capital (sujeta a la modalidad OS, siendo sujeto pasivo la entidad que aumenta su capital) y otra bien distinta es la adquisición (sería más correcto hablar de suscripción) de todas o parte de las acciones emitidas (lo que estará sujeto a la modalidad TPO, siendo sujeto pasivo el adquirente de los valores, siempre y cuando se den las circunstancias definidas en la norma). Por lo tanto, no cabe plantear aquí la incompatibilidad conceptual existente entre ambas modalidades del ITP-AJD, al tratarse de dos hechos imposables distintos, aunque se realicen simultáneamente ³⁷.
- Y, en segundo lugar, que puede plantearse nuevamente la duda acerca de si la adquisición de valores por ejercicio de los derechos de suscripción preferente o por conversión de obligaciones en acciones debe referirse necesariamente a la sociedad tenedora de inmuebles o, por el contrario, puede referirse también a otras entidades «intermedias» que participen en el capital de aquélla. Reiteramos a este respecto la opinión que ya manifestamos en relación con el supuesto 1 anterior, esto es, que el tenor literal de la norma está exigiendo que los valores adquiridos se refieran a la sociedad tenedora de inmuebles, aunque volvemos a poner de manifiesto que con esta interpretación ajustada a la dicción literal del precepto pueden quedar fuera del alcance de la norma algunas conductas elusivas.

2.3. Transmisión de valores recibidos por la aportación de inmuebles en la constitución o en la ampliación de capital de sociedades.

Mediante este tercer supuesto se grava la transmisión de las acciones o participaciones sociales recibidas como contrapartida de las aportaciones no dinerarias de inmuebles, realizadas con ocasión de la constitución de sociedades o de posteriores ampliaciones de capital que tengan lugar en éstas, siempre y cuando entre la fecha de aportación de los inmuebles y la fecha de transmisión de las acciones o participaciones sociales no haya transcurrido un plazo de un año.

³⁷ No parece ser esta la opinión la DGT, tal y como aparece reflejada en sus Resoluciones de 29-04-1992 y 20-02-1998, cuando dice: «El artículo 108 LMV es aplicable a algunos supuestos de transmisión de valores, ... pero no cuando se trate de operaciones sujetas a la modalidad "operaciones societarias", excepto, como señala el artículo 108 LMV, las operaciones societarias de aumento de capital en las que las acciones representativas del aumento fuesen suscritas como consecuencia del ejercicio de los derechos de suscripción preferente o de conversión de obligaciones en acciones». La DGT parece confundir los términos cuando dice que, como excepción, el artículo 108 LMV es aplicable a las operaciones de aumento de capital indicadas, lo que podría implicar que tales operaciones no queden sujetas a la modalidad «operaciones societarias». Como ha quedado expuesto, en nuestra opinión, el artículo 108.2 LMV pretende sujetar a gravamen por la modalidad TPO la adquisición de acciones que tiene lugar por parte de algunos accionistas u obligacionistas que acuden al aumento, siempre que dicha adquisición conlleve a su favor la toma de control de la Sociedad, y ello con absoluta independencia del gravamen que sufra el correlativo aumento de capital por la modalidad OS.

En relación con este tercer supuesto de aplicación del artículo 108.2 LMV pueden formularse las siguientes pautas interpretativas:

- Parece que este supuesto sólo es aplicable en relación con las sociedades que tengan forma jurídica mercantil, dados los términos concretos en que está redactada la norma.
- No se exige que la sociedad receptora de los inmuebles tenga más del 50 por 100 de su activo integrado por inmuebles situados en territorio español.
- No es óbice para la aplicación del precepto el que la aportación de los inmuebles se hubiese completado con un desembolso a metálico, pues en ese caso bastaría con efectuar una aportación dineraria simbólica o irrisoria para burlar la finalidad perseguida por el precepto ³⁸.
- Tampoco se exige expresamente que las acciones recibidas por la aportación no dineraria de los inmuebles atribuyan al socio aportante una situación de control o de participación mayoritaria en el capital de la Sociedad receptora de los mismos. Es decir, es irrelevante el porcentaje de participación en el capital social que atribuya la aportación no dineraria de los inmuebles, así como el porcentaje total de participación en el capital social que pase a detentar el socio aportante como consecuencia de dicha aportación.
- En este supuesto, lo que se grava por la modalidad TPO, del ITP-AJD, es la transmisión posterior de las acciones recibidas con ocasión de la aportación no dineraria de los inmuebles, cuando dicha transmisión se verifique antes de transcurrido un año desde la aportación de aquéllos. Conviene precisar que lo que se grava es precisamente la transmisión de esas acciones o participaciones recibidas por la aportación de los inmuebles, y no la transmisión de otras acciones o participaciones que pudiera tener con anterioridad el socio aportante ^{39, 40, 41}.

³⁸ En este sentido la Resolución del TEAC de 16-12-1999.

³⁹ Tratándose de SA, si las acciones recibidas por la aportación de los inmuebles pertenecen a una serie especial o están representadas mediante títulos numerados, no habrá excesivos problemas en identificar las acciones transmitidas; ahora bien, cuando estén representadas mediante anotaciones en cuenta deberá recurrirse a algún procedimiento para determinar cuáles son las acciones transmitidas. En este sentido puede recurrirse al método FIFO («primera entrada, primera salida») que se utiliza en el ámbito del IRPF (art. 35.2 Ley 40/1998).

⁴⁰ Tal y como está redactado, el precepto puede resultar fácilmente eludible en el caso de que el socio aportante ya detentase otras acciones o participaciones con anterioridad, recurriendo al simple recurso de transmitir esos otros valores más antiguos en lugar de transmitir los recibidos por la aportación de los inmuebles. La norma hubiera debido referirse a la transmisión de cualesquiera valores, hasta un valor nominal igual al recibido por la aportación de los inmuebles.

⁴¹ Por otra parte, el plazo máximo que puede transcurrir entre la aportación de los inmuebles y la transmisión de las acciones o participaciones sociales parece excesivamente corto para atajar con cierta eficacia determinadas conductas elusivas. Hubiera sido deseable mantener el plazo de tres años que se establecía con el Reglamento de 15-01-1959.

- El gravamen de la transmisión de las acciones o participaciones recibidas por la modalidad TPO, del ITP-AJD, es perfectamente compatible con el gravamen de la constitución de la sociedad o de su aumento de capital por la modalidad «operaciones societarias», ya que se trata de dos hechos imponibles diferentes y en este caso, además, separados en el tiempo.

3. Sujeto pasivo.

Teniendo en cuenta que el artículo 17.2 del TR del ITP-AJD ha establecido que los supuestos antes analizados tributarán por el concepto TPO, como «transmisiones onerosas de bienes inmuebles» y que el artículo 8, letra a), del mismo TR considera al adquirente como sujeto pasivo en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, cabe concluir que será el adquirente de los valores quien ostente la condición de sujeto pasivo en las operaciones que estamos analizando.

En el nuevo hecho imponible introducido por la Ley 18/1991 (supuesto identificado con el número 2 en el apartado anterior), que viene definido por la adquisición (suscripción) en los mercados primarios de determinados valores, igualmente deberá considerarse como sujeto pasivo al adquirente de dichos valores.

4. Base imponible.

El último párrafo del artículo 108.2 LMV se limita a señalar que en los supuestos anteriores se tomará como base imponible el valor de los bienes inmuebles «calculado de acuerdo a las reglas contenidas en la normativa vigente del ITP-AJD».

Lo único que deja claro este precepto es que debe acudirse a determinar el valor real de los inmuebles, ya que el artículo 10 del TR del ITP-AJD define con carácter general la base imponible en la modalidad TPO por el «valor real del bien transmitido o del derecho que se constituya o se ceda». Pero quedan sin respuesta expresa en el texto de la norma una serie de cuestiones que trataremos de solventar a continuación:

- La primera y más importante cuestión a decidir es si deben computarse en la base imponible la totalidad de los inmuebles incluidos en el activo de la sociedad o sólo deben computarse aquéllos por la parte proporcional correspondiente a los valores transmitidos (o adquiridos). En relación con este punto cabe realizar la siguiente distinción:
 - a) En los supuestos de aplicación del artículo 108.2 LMV en los que es relevante la toma de control o la adquisición de una participación mayoritaria en el capital de la sociedad tenedora de inmuebles (supuestos identificados con los números 1 y 2 en el apartado

anterior), parece lógico que la base imponible venga dada por el valor real de la totalidad de inmuebles que integran el patrimonio de la misma ⁴², sin que proceda excluir aquellos inmuebles que no se computaron a efectos de determinar si el activo de la sociedad estaba integrado en más de un 50 por 100 por inmuebles ⁴³.

- b) En los supuestos de aplicación del artículo 108.2 LMV en los que se grava la transmisión de acciones o participaciones recibidas como consecuencia de una aportación no dineraria de inmuebles (supuesto identificado con el número 3 en el apartado anterior), la misma lógica interpretativa lleva a concluir que la base imponible venga dada por el valor real de los inmuebles que fueron aportados ponderado por el porcentaje que representen las acciones transmitidas respecto del total de las recibidas como consecuencia de la aportación no dineraria de aquéllos ⁴⁴.

⁴² Esta es también la postura unánime de la DGT (Resoluciones de 13-11-1991 y 20-02-1998, entre otras) y del TEAC (Resoluciones de 23-11-1995, 23-07-1998 y 27-05-1999, entre otras). Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Nacional (AN) de 5-11-1998, partiendo de considerar que el hecho imponible gravado por el artículo 108.2 LMV no es la obtención del control sobre la sociedad ni la adquisición de una participación superior al 50 por 100 del capital social, sino la «transmisión de valores», y que la base imponible en la modalidad TPO viene dada por el valor real del bien transmitido, concluye afirmando que la base imponible a considerar resultará de aplicar el porcentaje de acciones o participaciones transmitido sobre el valor real de los inmuebles incluidos en el patrimonio social (así, si el valor real de los inmuebles es de 100 MM. y se adquiere el control social transmitiendo el 15 por 100 de las acciones, la base imponible vendría dada por: $100 \times 0,15 = 15$ MM.). La solución propuesta por la AN era la que expresamente formulaba la derogada Orden Ministerial de 14-01-1978. En contraposición, la Resolución del TEAC de 27-05-1999 da cumplida respuesta a esta postura de la AN -por ahora minoritaria- en su Fundamento de Derecho 3.º, al indicar que «... el legislador de forma consciente ha querido gravar como si la transmisión del inmueble se hiciera en su totalidad, y ello no es sino una medida cautelar tendente a evitar la elusión fiscal que pueda producirse por el propio mecanismo de exención previsto en el artículo. Así, podría ocurrir que gravándose sólo la transmisión por el porcentaje adquirido sobre el valor total del bien, llegará éste a adquirirse en su totalidad no soportando gravamen alguno por el resto de la adquisición, al realizarse ésta mediante sucesiva compra de acciones cuya transmisión resulta exenta por el propio juego del artículo 108 LMV».

⁴³ La exclusión de estos inmuebles (activo circulante de entidades dedicadas exclusivamente a la construcción o promoción inmobiliarias, excepto terrenos y solares) se realiza por la norma exclusivamente a efectos de medir este porcentaje («a los efectos del cómputo del 50 por 100 del activo constituido por inmuebles,...»), sin que se reitere dicha exclusión a la hora de determinar la base imponible, lo que por otra parte parece acorde con el espíritu y finalidad «anti-elusiva» del precepto. Sin embargo, algunos tratadistas se inclinan por considerar que si la ley excluye estos inmuebles para determinar la aplicación de la excepción a la exención es porque no los considera idóneos para producir situaciones de elusión fiscal, por lo que consideran lógico pensar que también deben excluirse a efectos de determinar la base imponible. En nuestra opinión una cosa es definir las conductas supuestamente elusivas y otra bien distinta determinar la forma de cuantificar la base imponible, por lo que no compartimos la opinión expuesta.

⁴⁴ Esta es también la opinión del TEAC, manifestada, entre otras, en su Resolución de 16-12-1999, invocando para ello el precedente legislativo inmediato del vigente artículo 108.2 LMV, esto es, el artículo 40.uno de la Ley 50/1977 y la Orden Ministerial de 14-01-1978 que lo desarrolló. Así, en el caso de que el inmueble aportado se hubiera valorado en 100 MM. y por razón de dicha aportación se hubieran recibido 50 acciones, si posteriormente, pero antes de un año, se transmitiesen 10 acciones de las así recibidas, la base imponible vendría dada por: $100 \times 10/50 = 20$ MM. (suponiendo que se mantuviese la misma valoración para el inmueble aportado a la sociedad).

- La segunda cuestión a decidir es el momento que ha de ser tomado en consideración para valorar los inmuebles, a efectos de cuantificar la base imponible. Parece que esta valoración debe referirse necesariamente a la fecha de transmisión de los valores, puesto que todos los elementos de la obligación tributaria han de configurarse con referencia al momento del devengo ⁴⁵.
- La valoración deberá realizarse utilizando los medios que se relacionan en el artículo 52 de la LGT y, en particular, el dictamen de peritos al servicio de la Administración. Contra el valor así determinado, que deberá cumplir los requisitos y condiciones propias de todo acto de valoración, los interesados podrán solicitar la práctica de tasación pericial contradictoria.
- Por último, parece que no era posible la aplicación simultánea del artículo 108.2 LMV y de la disposición adicional 4.^a de la Ley de Tasas, aunque esta cuestión carece ya de relevancia práctica al haber sido declarada inconstitucional y nula esta última disposición ⁴⁶.

5. Tipo de gravamen.

De acuerdo con el párrafo final del artículo 108.2 LMV, en estos supuestos se aplicará el tipo correspondiente a las transmisiones onerosas de bienes inmuebles.

Dicho tipo de gravamen será el establecido por la Comunidad o Comunidades Autónomas donde estén situados los inmuebles integrantes del activo de la entidad, de acuerdo con la facultad que les confiere el artículo 13.4 de la Ley 14/1996. Supletoriamente, esto es, en defecto de regulación autonómica, se aplicará el 6 por 100.

V. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 108.2.º LMV EN DETERMINADOS SUPUESTOS ESPECIALES

Examinaremos a continuación la posible aplicación del artículo 108.2 LMV en relación con los siguientes supuestos que hemos calificado como «especiales», entre otros varios que podrían plantearse:

⁴⁵ Esta limitación técnica supone un argumento más a favor de considerar la fecha de transmisión de los valores a todos los efectos, esto es, tanto para determinar si los inmuebles representan más del 50 por 100 del activo social como para cuantificar la base imponible, ya que la misma valoración servirá simultáneamente para ambos fines.

⁴⁶ Sentencia del TC 194/2000, de 19 de julio (BOE 11 de agosto).

1. Permutas de valores representativos del capital o patrimonio de entidades cuyo activo esté integrado en más de un 50 por 100 por inmuebles.

Si una de las entidades, cuyos valores representativos de partes alícuotas de su capital o patrimonio social se permutan, tuviese más del 50 por 100 de su activo integrado por inmuebles, y la otra sociedad pasase a detentar el control de la misma como consecuencia de dicha permuta, sería aplicable el artículo 108.2 LMV a la mencionada transmisión de valores; es decir, la transmisión de estos valores estaría gravada por la modalidad TPO, mientras que la transmisión de los otros valores permutados estaría exenta del IVA o del ITP-AJD, según proceda ⁴⁷.

2. Contratos de promesa u opción de compra de los valores representativos del capital o patrimonio de entidades cuyo activo esté integrado en más de un 50 por 100 por inmuebles.

El artículo 14.2 del TR del ITP-AJD equipara las promesas y opciones de contratos sujetos a dicho impuesto a los propios contratos. Para la DGT dicha equiparación se hace sin otras limitaciones que las derivadas de la diferente naturaleza jurídica de ambas figuras y de las propias reglas especiales de liquidación que establece el TR ⁴⁸.

Por lo tanto, cuando el contrato definitivo de compraventa de valores esté sujeto a la modalidad TPO, del ITP-AJD, como una transmisión onerosa de bienes inmuebles, por concurrir las circunstancias previstas en el artículo 108.2 LMV, los contratos de promesa u opción de compra de esos mismos valores deberá tributar como una promesa u opción de compra de bienes inmuebles, lo que supone aplicarles el tipo de gravamen previsto para la transmisión de éstos (6% o 7%, dependiendo de la Comunidad Autónoma donde radiquen los inmuebles).

Ahora bien, deberá aplicarse la regla especial de liquidación que establece el artículo 14.2 del TR para las promesas y opciones de compra, lo que implica que deberá tomarse como base imponible la mayor de las dos cantidades siguientes: el precio especial convenido para la promesa u opción o el 5 por 100 de la base imponible aplicable en la futura transmisión de los valores. Esta última magnitud vendrá dada por el valor real de los inmuebles integrados en el patrimonio de la entidad, habida cuenta de la aplicabilidad del artículo 108.2 LMV.

Posteriormente, cuando se transmitan los valores por ejercicio de la opción o por cumplimiento de la promesa, dicha transmisión se liquidará como un hecho imponible absolutamente distinto, aplicando el artículo 108.2 LMV y las pautas interpretativas del mismo que han quedado expuestas.

⁴⁷ Resolución de la DGT de 18-05-1994.

⁴⁸ Resolución de la DGT de 15-03-1996.

3. Transmisión de la nuda propiedad y constitución de usufructo sobre valores representativos del capital o patrimonio de entidades cuyo activo esté integrado en más de un 50 por 100 por inmuebles.

La postura oficial de la DGT ⁴⁹ pasa por considerar que los criterios establecidos para la transmisión del pleno dominio de los valores son igualmente aplicables cuando se produce la desmembración de éste, tanto en los supuestos de transmisión de la nuda propiedad con reserva del usufructo como en la consolidación posterior en el nudo propietario por la parte que se hubiera reservado el usufructuario transmitente.

Sin embargo, no serían aplicables estos criterios a la constitución del derecho real de usufructo, ni a su transmisión a favor de terceros distintos del nudo propietario, ya que el artículo 108 LMV se refiere exclusivamente a la transmisión onerosa de valores y no a la constitución de derechos reales, aunque recaigan sobre valores que reúnan los requisitos del artículo 108.2 LMV.

4. Condiciones resolutorias explícitas en la compraventa de valores representativos del capital o patrimonio de entidades cuyo activo esté integrado en más de un 50 por 100 por inmuebles.

El artículo 7.3 del TR del ITP-AJD equipara las condiciones resolutorias explícitas de las compraventas, a que se refiere el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, con aquellas hipotecas que garanticen el pago del precio aplazado con la misma finca vendida.

En opinión de la DGT ⁵⁰ esta equiparación afecta sólo a las condiciones resolutorias explícitas que se pacten en las compraventas de bienes inmuebles, que son precisamente aquellas a las que se refiere el artículo 11 de la Ley Hipotecaria y las únicas que pueden tener acceso al Registro de la Propiedad.

Por lo tanto, la opinión oficial de ese centro directivo es que la condición resolutoria pactada en una compraventa de valores representativos del capital o del patrimonio de una entidad cuyo activo esté integrado en más de un 50 por 100 por inmuebles, no puede equipararse a una hipoteca a efectos de su tributación por la modalidad TPO, y ello aunque la transmisión de dichos valores hubiese tributado por la citada modalidad al ser aplicable el artículo 108.2 LMV, dado que por el carácter excepcional de este precepto no está permitido realizar interpretaciones extensivas del mismo.

Dicha condición resolutoria tampoco tributará por la modalidad AJD, al no ser inscribible en un Registro público.

⁴⁹ Resolución de la DGT de 28-03-1989.

⁵⁰ Resolución de la DGT de 7-09-2000.

5. Transmisiones onerosas de valores combinadas con transmisiones lucrativas.

Como ya ha quedado expuesto, el artículo 108 LMV no es aplicable a los supuestos de transmisiones lucrativas de valores. No obstante, puede haber supuestos en los que una transmisión lucrativa de valores esté enmascarando en realidad una transmisión onerosa de esos mismos valores, con la finalidad de evitar la aplicación de dicho precepto.

Esta situación ocurrirá -por exponer un ejemplo extremo- cuando se transmita un 50 por 100 de acciones de una sociedad tenedora de inmuebles, posteriormente se done un 1 por 100 adicional y, más tarde, se transmita el 49 por 100 restante, siempre a favor de un mismo adquirente o a entidades vinculadas.

Parece evidente que en estos supuestos deberá aplicarse el artículo 108 LMV tras la incoación del oportuno expediente de fraude de ley o tras calificar la existencia de simulación en las operaciones realizadas, según proceda.

6. Posible aplicación simultánea de dos de los supuestos previstos en el artículo 108.2 LMV.

Esta situación puede plantearse cuando una transmisión de valores cumpla simultáneamente los requisitos enumerados en los supuestos de aplicación del artículo 108.2 LMV que hemos identificado con los números 1 y 3.

En particular, esto ocurrirá cuando se transmitan acciones o participaciones recibidas como consecuencia de una aportación no dineraria de bienes inmuebles, realizada dentro del último año, y como consecuencia de dicha transmisión el adquirente adquiera la mayoría de las acciones o participaciones sociales de la sociedad en cuestión, cuyo activo esté integrado en más de un 50 por 100 por bienes inmuebles.

La solución que parece más lógica es aplicar de forma preferente el supuesto 1, esto es, hacer tributar al adquirente sobre la base imponible determinada por la totalidad de los bienes inmuebles integrados en el activo de la sociedad, y dejar sin aplicar el supuesto 3, ya que la base imponible que resultaría de aplicar este otro supuesto estaría subsumida en la anterior.

Esta solución que proponemos se acomoda a la presunción que está implícita en la norma, según la cual el adquirente de los valores estaría obteniendo el control de todos los inmuebles de la sociedad, no sólo de aquellos inmuebles que fueron objeto de una aportación no dineraria ⁵¹.

7. Posible aplicación sucesiva de dos de los supuestos previstos en el artículo 108.2 LMV.

Si la aplicación de los supuestos 1 y 3 tiene lugar de forma sucesiva, esto es, se produce una transmisión de acciones o participaciones que incide en el supuesto 1 y, posteriormente, tiene lugar

⁵¹ No obstante, hay quien opina que en este caso debería aplicarse el supuesto 3, al considerar que se trata de una regla más específica, frente a la más general que se formula en el supuesto 1. No creemos, sin embargo, que deba plantearse la solución al problema sobre la base de la supuesta especialidad o generalidad de las normas, habida cuenta que se trata de dos normas diferentes que tratan de salir al paso de conductas elusivas distintas.

una segunda transmisión a favor del mismo adquirente que incide en el supuesto 3, parece que lo más lógico sería practicar una única liquidación por el supuesto 1, ya que la liquidación resultante de aplicar el supuesto 3 debería considerarse subsumida en la anterior.

En el caso inverso, esto es, si se produce una transmisión de acciones o participaciones que incide en el supuesto 3 y, posteriormente, tiene lugar una segunda transmisión a favor del mismo adquirente que incide en el supuesto 1, parece que lo procedente sería minorar de la liquidación que resulte de aplicar el supuesto 1 la liquidación previamente practicada por aplicación del supuesto 3.

VI. COMUNIDAD AUTÓNOMA COMPETENTE PARA LIQUIDAR

Partiendo de la dicción literal del artículo 17.2 del TR del ITP-AJD, por la que se establece que los supuestos de transmisión o adquisición de valores definidos en el artículo 108.2 LMV tributarán como transmisiones onerosas de bienes inmuebles, el punto de conexión viene dado por el lugar en que radiquen los inmuebles integrados en el activo de la entidad a que se refieren los valores transmitidos o adquiridos. Así lo establecen tanto el artículo 6.1 de la Ley 30/1983 (todavía vigente para las Comunidades Autónomas que no se adhirieron al modelo de financiación autonómica de 1996), como el artículo 7.dos.C).1.º de la Ley 14/1996, vigente para el resto de Comunidades Autónomas de régimen común.

Este último precepto incorpora *ex novo* un segundo párrafo que contiene una regla de competencia territorial específica para los supuestos en que sea aplicable el artículo 108 LMV, que conduce a la misma solución práctica, esto es, atribuir la competencia a la Comunidad Autónoma en que radiquen los bienes inmuebles integrantes del activo de la entidad cuyos valores se transmiten. Por ello opinamos que esta precisión realizada por la Ley 14/1996 sólo tiene sentido como norma de aclaración.

De acuerdo con el artículo 15.tres de la Ley 14/1996, cuando los inmuebles que formen parte del activo radiquen en varias Comunidades Autónomas diferentes procederá la presentación de auto-liquidaciones en todas ellas, si bien cada autoliquidación estará referida a la parte del rendimiento que deba entenderse producido en la Comunidad Autónoma correspondiente.

Otra solución bien distinta resultaría si se prescindiese de la mencionada equiparación fiscal entre las transmisiones de valores y las transmisiones de inmuebles⁵². En este caso, las reglas de competencia territorial llevarían al lugar de formalización de la operación para aquellas Comunidades Autónomas en las que sigue siendo aplicable la Ley 30/1983, mientras que para las Comunidades Autónomas a las que resulta aplicable la Ley 14/1996 debería atenderse al lugar en que radiquen los bienes inmuebles integrantes del activo de la entidad cuyos valores se transmiten, debiendo acudir-se en caso de conflicto a lo establecido en la disposición adicional 9.ª de la Ley 66/1997.

⁵² Ya hemos dicho en varias ocasiones a lo largo de este trabajo que esta equiparación a efectos fiscales no figura en la redacción literal del artículo 108.2 LMV y que fue introducida por el TR del ITP-AJD de 1993.

VII. ASPECTOS DE GESTIÓN TRIBUTARIA

Una de las particularidades que puede presentar la tramitación de los expedientes administrativos encaminados a la aplicación del artículo 108.2 LMV es la posible necesidad de poner de manifiesto el contenido del expediente y la propuesta de resolución a los transmitentes de los valores (en los supuestos numerados como 1 y 3), con el fin de que puedan alegar lo que estimen conveniente a su Derecho.

Esta circunstancia se planteará sólo en aquellos casos en que la calificación que realice la Administración autonómica pueda tener repercusiones tributarias para el transmitente de los valores a efectos -por ejemplo- de determinar el porcentaje de reducción aplicable a las ganancias patrimoniales derivadas de la transmisión de aquellos valores que fueron adquiridos antes del 31 de diciembre de 1994.

En estos casos, podría llegar a estimarse que la omisión del trámite de puesta de manifiesto del expediente a los transmitentes de los valores determinaría la nulidad de la liquidación, por haber provocado a éstos una situación de indefensión.

VIII. CONCLUSIONES

Normas con fines «anti-elusión» como el artículo 108.2 LMV son absolutamente imprescindibles en un Ordenamiento tributario avanzado, como lo prueba el hecho de su homologación por el Derecho Comunitario y su ya tradicional presencia en la normativa fiscal española, aunque bajo diferentes formulaciones.

Ahora bien, lo que resulta criticable es la falta de rigor técnico con que aparece formulado el artículo 108.2 LMV, situación que ya se prolonga por más de 12 años y que ni el TR del ITP-AJD de 1993 ni su Reglamento ayudaron a resolver, propiciando la adopción de soluciones diversas por parte de la Administración y los Tribunales, con la consiguiente merma de seguridad jurídica que ello provoca en los contribuyentes afectados.

Nos atrevemos a calificar como especialmente grave la indefinición del criterio a seguir para determinar si más del 50 por 100 de activo de una entidad está integrado por inmuebles, el momento a que debe referirse dicha medición o la forma de cuantificar la base imponible, por citar sólo las carencias más significativas.

Por lo tanto, consideramos imprescindible proceder a una pronta modificación legislativa de este precepto, no sólo para subsanar estas deficiencias, sino también para atajar conductas elusivas que, hoy por hoy, consideramos que escapan del ámbito de aplicación de la norma, tales como la interposición de «sociedades intermedias» cuyos valores son posteriormente transmitidos (pese a la opinión en contra del TEAC) o «desagregando» los valores a adquirir en diferentes sociedades pertenecientes a un mismo Grupo o a una misma persona física, evitando incurrir en supuestos de control indirecto (pese a que dichas conductas puedan eventualmente ser calificadas como realizadas en «fraude de ley»), por citar sólo alguna de las prácticas más comunes.