

NOVEDADES ESTATALES EN LOS IMPUESTOS CEDIDOS PARA 2013 CON ESPECIAL REFERENCIA AL ARTÍCULO 108 DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES

Francisco de Asís Pozuelo Antoni

*Inspector de Hacienda del Estado
Dirección General de Tributos de la Comunidad Autónoma de Aragón*

EXTRACTO

Como en años anteriores se analizan en el artículo las principales novedades introducidas por normas estatales en los impuestos cedidos a las Comunidades Autónomas (singularmente el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados), haciendo especial hincapié en la nueva regulación del artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Palabras claves: Impuesto sobre el Patrimonio, Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores.

CENTRAL STATE MAIN CHANGES INTO TAXES ASSIGNED FOR 2013 WITH A SPECIAL REFERENCE TO ARTICLE 108 OF STOCK MARKET LAW

Francisco de Asís Pozuelo Antoni

ABSTRACT

As in previous years, the present paper analyzes the main changes introduced by Central State regulations into taxes assigned to Autonomous Communities (in particular, the Inheritance & Gift Tax, the Transfer Tax and Stamp Duties), with a special emphasis on the new regulations governing the scope of Article 108 of Stock Market Law 24/1988, of 28th July.

Keywords: Wealth Tax, Transfer Tax, Stamp Duties, Inheritance & Gift Tax and Article 108 of Stock Market Law.

Sumario

- I. Leyes anteriores a diciembre de 2012
 1. Exención en AJD para deudores hipotecarios sin recursos
 2. Tipo impositivo en TPO de las transmisiones de derechos sobre determinados bienes de uso turístico. Base imponible de tales bienes en el Impuesto sobre el Patrimonio
 3. Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero
 4. Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito

- II. Modificaciones en la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica y en la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013
 1. Impuesto sobre el Patrimonio (art. 10 de la Ley 16/2012)
 2. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (disp. final 2.ª de la Ley 16/2012)
 3. No sujeción de determinadas anotaciones preventivas (art. 13 de la Ley 16/2012)
 4. Escala por transmisiones y rehabilitaciones de grandezas y títulos nobiliarios (art. 70 de la Ley 17/2012)

- III. Nueva redacción del artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (disp. final primera de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude)
 1. Exclusión de tributación de los valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial
 2. Se excluyen de tributación las operaciones en el mercado primario
 3. La exigencia de ánimo de elusión
 4. La tributación por IVA o por TPO
 5. Reglas de liquidación

La actividad normativa del poder legislativo y del ejecutivo estatales durante 2012 ha sido intensa cuantitativamente por lo que respecta al ámbito tributario. Si ceñimos la visión a los impuestos cedidos [fundamentalmente al Impuesto sobre el Patrimonio, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD) e Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD)], el juicio hay que matizarlo porque el número de modificaciones ha sido más bien reducido, habiéndose introducido, además, con un notable grado de dispersión y discreción. Por lo que hace, a su importancia, la modificación más relevante, con diferencia, es la nueva redacción que se ha dado al artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores (LMV).

En general, y salvo la ya destacada, son medidas inducidas por la regulación de una determinada materia a la que se añaden los beneficios que se han considerado pertinentes.

Ese desequilibrio entre la importancia de la reforma del artículo 108 y el resto de modificaciones es el que explica que estructuremos el trabajo agrupando las «otras» novedades por su fecha de producción. El distinguir entre leyes anteriores a diciembre y las de ese mes es simplemente por individualizar frente al resto la ley de presupuestos y la que hace las veces de ley de medidas.

Finalmente hay que apuntar que, en la práctica, y al margen de las modificaciones autonómicas, en el ITP y AJD resultan muchas veces más importantes los cambios en el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) que los de su propia normativa. No correspondiendo ahora su análisis, apuntamos como de especial relevancia la afirmación de la sujeción al IVA de las adjudicaciones de viviendas a los comuneros [confiando en que al Tribunal Supremo (TS) le baste, para variar su criterio, con el retoque legal introducido], la inversión del sujeto pasivo en determinados supuestos de entregas inmobiliarias en las que es renunciable la exención a este impuesto (operación en la que la confianza debe ponerse en la actualización de la normativa reglamentaria que desarrolla los requisitos de la renuncia) o, entre otras, el establecimiento de un periodo mínimo de 10 años en la duración de los contratos de arrendamientos con opción de compra para que se considere aplicable la excepción a la exención por segunda o ulterior entrega de edificaciones (modificación en la que se podía haber sido quizás más claro sobre el concepto de «inherencia» de la opción de compra que era el principal foco de los problemas interpretativos).

I. LEYES ANTERIORES A DICIEMBRE DE 2012

1. EXENCIÓN EN AJD PARA DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS

Mediante el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, se ha introducido un nuevo supuesto de exención en AJD para operaciones de novación de préstamos o créditos hipotecarios. Para al-

canzarla, la novación debe producirse en el marco de tal norma, que, entre otros aspectos, define la situación «sin recursos» y detalla el modo de acreditarla.

El texto de la nueva exención es el siguiente: «23. Las escrituras de formalización de las novaciones contractuales de préstamos y créditos hipotecarios que se produzcan al amparo del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, quedarán exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de actos jurídicos documentados de este Impuesto.»

2. TIPO IMPOSITIVO EN TPO DE LAS TRANSMISIONES DE DERECHOS SOBRE DETERMINADOS BIENES DE USO TURÍSTICO. BASE IMPONIBLE DE TALES BIENES EN EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO

La Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, establece, en su artículo 37, en idénticos términos a como lo hacía su «predecesora», la Ley 42/1998, que se aplicará el tipo del 4%, salvo normativa autonómica distinta, a las transmisiones entre particulares no sujetas al IVA o al Impuesto General Indirecto Canario de los derechos contemplados en la presente ley, cualquiera que sea su naturaleza.

Esta ley, y también sin modificar el fondo de la normativa aplicable hasta su entrada en vigor, fija como base imponible de esos derechos en el Impuesto sobre el Patrimonio el precio de adquisición, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.3 b) de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio.

3. LEY 8/2012, DE 30 DE OCTUBRE, SOBRE SANEAMIENTO Y VENTA DE LOS ACTIVOS INMOBILIARIOS DEL SECTOR FINANCIERO

Con el fin de aislar y dar salida en el mercado a determinados activos inmobiliarios, la Ley 8/2012 establece una serie de principios y normas entre los que se encuentra el garantizar la neutralidad fiscal de las operaciones que se realicen en la constitución de las sociedades para la gestión de activos.

En los dos primeros apartados de su artículo 8 establece dos normas que pueden afectar al ITP y AJD:

- La primera es difícil de valorar porque ese apartado lo que realmente hace es extender a estas actuaciones de saneamiento el régimen fiscal establecido para determinadas operaciones societarias en el Capítulo VIII del Título VII del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Estando claro que esa extensión abarca

precisamente a lo dispuesto en ese capítulo (por tanto, Impuesto sobre Sociedades), añade que esa aplicación *es* «incluidos sus efectos en los demás tributos».

Las operaciones que van a gozar de los beneficios incluidos en el mencionado capítulo son las transmisiones de activos y pasivos que se realicen en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3 de esta ley. Es decir, las aportaciones que las entidades de crédito hagan de los activos adjudicados o recibidos en pago de deudas a que se refiere el artículo 1.1 del Real Decreto-Ley 2/2012, de 3 de febrero, a una sociedad anónima en los términos establecidos por la Ley 8/2012. Igualmente se aplicarán a aquellos otros activos adjudicados o recibidos en pago de deudas con posterioridad al 31 de diciembre de 2011.

Nada dice la norma sobre los beneficios que puedan darse en ITP y AJD a este tipo de operaciones. Entendemos que el entramado normativo que arranca de este artículo 8.1 de la Ley 8/2012 debe continuar en el apartado 10 del artículo 45.I B) del Texto Refundido regulador del ITP y AJD que contempla (por remisión al art. 19.2) la exención, en los conceptos de TPO y AJD, de las operaciones de reestructuración reguladas en los artículos 83 (apartados 1, 2, 3 y 5) y 94 del Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades.

El ejemplo más frecuente será el de aplicar la exención en AJD por la documentación en escritura pública de las entregas de activos inmobiliarios a alguna de las entidades contempladas en la Ley 8/2012.

- La segunda es más fácilmente entendible. Dispone el artículo 8.2 que no será de aplicación la excepción a la exención prevista en el apartado 2 del artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, a las transmisiones posteriores de las participaciones recibidas como consecuencia de la aportación de activos a las sociedades para la gestión de activos previstas en el artículo 3 de esta ley y de las participaciones de entidades de crédito afectadas por planes de integración aprobados en el marco de la normativa de reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito.

Por tanto, si en estas operaciones concurre la excepción prevista en el artículo 108 a la exención de la transmisión de valores, el artículo 8.2 «contraexcepciona» lo anterior permitiendo aquella en condiciones de exención tanto en IVA como en ITP y AJD.

4. LEY 9/2012, DE 14 DE NOVIEMBRE, DE REESTRUCTURACIÓN Y RESOLUCIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO

La disposición final 15.^a de esta norma introduce un nuevo supuesto de exención en el apartado 24 del artículo 45.I B) del Texto Refundido de la Ley del ITP y AJD.

Las operaciones exentas son las transmisiones de activos y, en su caso, de pasivos y, además, la concesión de garantías. Este segundo tipo de operación privilegiada solo estará exenta

cuando el sujeto pasivo sea la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB).

Pero además de esta entidad hay otras que pueden gozar de la exención por las transmisiones de activos procedentes de la reestructuración bancaria regulada en la ley. En primer lugar, sus filiales, siempre que el transmitente sea, precisamente, la SAREB. Por filiales se entiende a las entidades participadas directa o indirectamente por dicha sociedad, en al menos el 50% del capital, fondos propios, resultados o derechos de voto de la entidad participada en el momento inmediatamente anterior a la transmisión, o como consecuencia de la misma.

Cuando la transmisión sea de la SAREB o las entidades constituidas por esta para cumplir con su objeto social, a los Fondos de Activos Bancarios, también existirá exención. Al igual que por las transmisiones de activos y pasivos realizadas por los Fondos de Activos Bancarios, a otros Fondos de Activos Bancarios.

Finalmente, están exentas las operaciones de reducción del capital y de disolución de la SAREB, de sus sociedades participadas en al menos el 50% del capital, fondos propios, resultados o derechos de voto de la entidad participada en el momento inmediatamente anterior a la transmisión, o como consecuencia de la misma, y de disminución de su patrimonio o disolución de los Fondos de Activos Bancarios.

II. MODIFICACIONES EN LA LEY 16/2012, DE 27 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE ADOPTAN DIVERSAS MEDIDAS TRIBUTARIAS DIRIGIDAS A LA CONSOLIDACIÓN DE LAS FINANZAS PÚBLICAS Y AL IMPULSO DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA Y EN LA LEY 17/2012, DE 27 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA EL AÑO 2013

1. IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO (ART. 10 DE LA LEY 16/2012)

Con la rocambolesca forma de los últimos años (estableciendo una bonificación a partir del año siguiente a aquel que se va a iniciar, esto es, bonificando al 100% el impuesto del año 2014 y ss.) se estira la pervivencia del impuesto hasta el ejercicio 2013.

2. IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES (DISP. FINAL 2.^a DE LA LEY 16/2012)

El apartado 7 del artículo 20 de la Ley del ISD ha venido regulando una reducción del 95% de la base imponible en caso de donación, a favor del cónyuge, descendientes o adoptados, de los bienes comprendidos en los apartados uno, dos y tres del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, en cuanto integrantes del Patrimonio Histórico Español o del Patrimonio Histórico o Cultural de las Comunidades Autónomas.

Como el beneficio se construye por remisión al del apartado 6 de ese artículo 20, es exigible al del apartado 7 una obligación de mantener lo adquirido gratuitamente durante 10 años.

Pues bien, lo que hace la Ley 16/2012 es flexibilizar el rigor de esta exigencia de mantenimiento porque «se considerará que el donatario no vulnera el deber de mantenimiento de lo adquirido cuando done, de forma pura, simple e irrevocable, los bienes adquiridos con reducción de la base imponible del impuesto al Estado o a las demás Administraciones públicas territoriales o institucionales».

3. NO SUJECIÓN DE DETERMINADAS ANOTACIONES PREVENTIVAS (ART. 13 DE LA LEY 16/2012)

El régimen tributario de las anotaciones preventivas está plagado de incidencias singulares que deben entenderse subsistentes tras esta reforma. A modo de ejemplo recordamos simplemente dos. La primera arranca de la definición misma del hecho imponible, pues su elemento objetivo es la anotación y no, como sucede en la modalidad de Documentos notariales, su «anotabilidad». Tal circunstancia ha llevado a un intenso debate sobre cómo proceder y cómo compatibilizar este hecho imponible con el cierre registral si se entendiera que se devenga con la anotación.

La otra es la delicada operación liquidatoria que hay que efectuar cuando los bienes están inscritos en Comunidades Autónomas distintas y es aplicable la regla especial de base imponible y, más en concreto, el límite conjunto cuando las anotaciones afectan a diversos registros.

Pero la modificación del artículo 40 consiste en que, hasta la fecha, la regla general era que se sujetaban al concepto de AJD como documento administrativo todas las anotaciones preventivas que se practicaban en los registros públicos, siempre que tuvieran por objeto un derecho o interés valuable. La única excepción era que vinieran ordenadas de oficio por la autoridad judicial. Lo que cambia desde la entrada en vigor de esta ley es que también las anotaciones ordenadas de oficio por la autoridad administrativa competente van a estar no sujetas.

En cualquier caso, y como ya se ha dicho, las reglas liquidatorias de las anotaciones no se ven modificadas por este nuevo supuesto de no sujeción. Por eso, su verdadero alcance debe medirse comparando la tributación anterior de las anotaciones ordenadas por autoridad administrativa y la actual.

En la situación anterior las anotaciones administrativas estaban sujetas al impuesto. No obstante, y dado que el sujeto pasivo es quien las solicita, lo normal era que el hecho imponible se beneficiara de la exención subjetiva que corresponde a las administraciones públicas.

Por tanto, la trascendencia real del cambio debe situarse en que, no estando sujetas este tipo de anotaciones ordenadas administrativamente, no será obligatoria su declaración y podrán inscribirse en el registro pertinente sin tener que justificar el haber presentado autoliquidación por esa operación no sujeta.

4. ESCALA POR TRANSMISIONES Y REHABILITACIONES DE GRANDEZAS Y TÍTULOS NOBILIARIOS (ART. 70 DE LA LEY 17/2012)

Con efectos desde 1 de enero del año 2013 se fija la nueva escala a que hace referencia el párrafo primero del artículo 43 del Texto Refundido de la Ley del ITP y AJD.

III. NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 108 DE LA LEY 24/1988, DE 28 DE JULIO, DEL MERCADO DE VALORES (DISP. FINAL PRIMERA DE LA LEY 7/2012, DE 29 DE OCTUBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA Y PRESUPUESTARIA Y DE ADECUACIÓN DE LA NORMATIVA FINANCIERA PARA LA INTENSIFICACIÓN DE LAS ACTUACIONES EN LA PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE)

Tradicionalmente se ha entendido el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores como ejemplo de reacción normativa frente a un fraude de ley. Tal fraude consistiría en instrumentar jurídicamente como transmisión de acciones (hecho imponible exento tanto en el IVA como en el ITP y AJD) lo que patrimonialmente es una transmisión de inmuebles (hecho imponible en el IVA y en el ITP y AJD). Para ello, el artículo 108 de la LMV ha gravado la transmisión de valores de entidades con un activo compuesto principalmente por inmuebles como si fuera una auténtica transmisión inmobiliaria. En palabras de la exposición de motivos de la LMV, se pretendió «establecer medidas para tratar de salir al paso de la elusión del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en la transmisión de bienes inmuebles, mediante la interposición de figuras societarias».

La redacción inicial del precepto se vio profundamente modificada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal (LMPFF), que operaba exclusivamente sobre el propio artículo 108 de la LMV, sin reformar expresamente otros preceptos directamente relacionados con el mismo pero ubicados en otras leyes¹. Aquella modificación se sustentaba en cubrir normativamente las lagunas y los «huecos» que casi dos décadas de vigencia habían puesto de manifiesto. Y con un detalle y casuismo que provocaron más rechazo que reconocimiento, así se plasmó.

Hoy, la nueva versión² del artículo 108, y la correlativa modificación de la normativa del IVA (pero no, curiosamente, la del ITP y AJD), se asienta sobre las siguientes premisas:

¹ Así, el apartado Cuatro del artículo 4 de la Ley del IVA al que la Ley 7/2012 ha vuelto a dar nueva redacción. Sin embargo, en el artículo 17.2 del Texto Refundido del ITP y AJD, y en el también artículo 17 del Reglamento del impuesto, se ha venido regulando, en términos no idénticos pero sí perfectamente compatibles, lo que ya establecía el artículo 108. Naturalmente, esta técnica legislativa supone que la nueva redacción de este último precepto deroga, en lo que tenga de incompatible, lo dispuesto en la ley y reglamento del ITP y AJD.

² Entre las abundantes opiniones críticas respecto de la versión anterior del artículo 108, merece destacar por la claridad y profundidad de su argumentación la recogida en el documento de la AEDAF «Propuestas y recomendaciones en relación

- Se excluyen de tributación los valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial.
- Se excluyen de tributación las operaciones en el mercado primario. Fundamentalmente por la visión crítica que desde la Unión Europea se tenía sobre esta regulación.
- Se exige claramente como requisito de aplicación de la norma el ánimo de elusión del pago de los tributos (así, en plural) que hubieran gravado la transmisión de los inmuebles.
- En cuanto a la consecuencia jurídica derivada de la norma, lo más relevante es que, subsumida una operación en este precepto, la tributación podrá ser por IVA o por ITP.
- Se intenta excluir del artículo, o al menos del gravamen por TPO, a las entidades con «auténtica» actividad económica.

Estos cinco motivos de cambio de régimen van a ser el objeto central de nuestros comentarios. Pero además de tales modificaciones, el precepto incorpora reglas de valoración de la base imponible, sustancialmente idénticas a las existentes aunque con la necesaria especificación de una regla para las transmisiones de valores sujetas plenamente al IVA.

Ya se ha dicho que el esquema de la norma se ha alterado radicalmente en cuanto a su consecuencia jurídica. Pero lo mismo puede decirse de su presupuesto de aplicación. Ahora, el artículo 108, desnudo de otros requisitos, exige:

- Que de una hipotética transmisión de los inmuebles de la sociedad se hubiera derivado un «pago» de tributos.
- Que enfrentando ese pago teórico a la exención correspondiente a la transmisión de valores, la realización de esta hubiera supuesto una ventaja fiscal.
- Que en esa preferencia por la transmisión de valores como vehículo comercial late un ánimo de eludir los tributos correspondientes a la transmisión inmobiliaria de referencia. El ánimo de elusión se presume en tres supuestos (que, aunque con más reducido ámbito, coinciden con los casos gravados en la ley anterior). Fuera de esos casos, deberá probarse por quien lo alegue.

Una última consideración procede hacer antes de ir analizando aspectos parciales de la norma. Buena parte de la misma, por ejemplo la existencia o no de elusión, o la elección del impuesto aplicable, se monta sobre la calificación tributaria de una operación hipotética. En concreto, la de los impuestos que hubieran gravado la transmisión de los inmuebles propiedad de la entidad. Pero para tan decisiva calificación adolece la norma de la adecuada precisión sobre cómo haya que ha-

al artículo 108 de la Ley de Mercado de Valores». Su interés no se limita al valor de sus razonamientos, sino que debe predicarse también de sus recomendaciones, pues parecen haber tenido buen cobijo en la redacción finalmente aprobada.

cerla. Porque la tributación de la transmisión de un inmueble no depende solo de sus elementos objetivos y de su uso actual. Para discernir si la tributación es por IVA o por ITP y AJD es necesario atender, dependiendo de los casos, a las circunstancias del transmitente y, en menor medida, a las del adquirente. Por eso, razonar sobre la tributación hipotética de la transmisión de inmuebles, y trasladarla luego a la de los valores, puede plantearse desde al menos dos perspectivas:

- La primera podemos calificarla como de teórica subrogación del socio transmitente en la condición de la sociedad participada. Consistiría en atribuir al socio la condición empresarial que normalmente tendrá la sociedad mercantil y, atendiendo a las condiciones de afectación de cada inmueble, considerar como adquirente de la hipotética transmisión inmobiliaria al real adquirente de las acciones. Toda esta ficción habría que rematarla con otros elementos supuestos, como por ejemplo si en la transmisión de un inmueble sujeto y exento de IVA, pero renunciable, se hubiera ejercido o no tal posibilidad.

Esta perspectiva encajaría en los casos en que el ánimo fraudulento no incluyera la propia creación de la estructura societaria, sino que partiera de una entidad ya constituida y con inmuebles en su activo.

- Otra alternativa consistiría en ubicar la operación en el impuesto inicialmente aplicable (aunque con exención) a la transmisión de los valores. De este modo, cuando el socio transmitente no tenga la condición de sujeto pasivo del IVA, la operación quedaría necesariamente sujeta a TPO. Sin embargo, si el transmitente es sujeto pasivo de IVA tributaría en este impuesto siguiendo las reglas de las transmisiones onerosas de inmuebles que podrían suponer, por aplicación de las concernientes a la relación IVA-TPO, una tributación final en IVA o en ITP y AJD.

Esta perspectiva encajaría en los casos en los que un titular de inmuebles concibe como maniobra defraudatoria la interposición de una sociedad a la que afectar inmuebles para posteriormente transmitir las acciones.

Entendemos que no resulta inmediato colegir de la norma cuál de las dos alternativas es la correcta, si lo son las dos dependiendo de cada caso o si hay otras perspectivas posibles.

Sobre estas cuestiones volveremos más adelante, pero no hace falta argumentar mucho más para deducir que, con la modificación, el incremento de seguridad jurídica es más bien reducido.

1. EXCLUSIÓN DE TRIBUTACIÓN DE LOS VALORES ADMITIDOS A NEGOCIACIÓN EN UN MERCADO SECUNDARIO OFICIAL

De la interpretación conjunta de los apartados 1 y 2 del precepto, resulta su no aplicación cuando se den dos requisitos acumulativos: que lo transmitido sean valores negociables en un mercado secundario oficial y que, además, tales transmisiones se realicen efectivamente en tal mercado secundario.

El resultado final de su expulsión de la norma se obtiene del juego combinado de la regla general de exención del apartado 1 (aplicable a cualquier tipo de valor y tanto al IVA como al ITP y AJD) y de su excepción, para valores distintos a los que ahora tratamos, contenida en el primer inciso del apartado 2.

Hasta esta modificación, los valores cotizados se contemplaban en el apartado 4 del artículo, formulándose una excepción a las excepciones de la exención con el efecto final de liberar de tributación «a las transmisiones de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, siempre que la transmisión se produzca con posterioridad al plazo de un año desde la admisión a negociación de dichos valores. A estos efectos, para el cómputo del plazo de un año no se tendrán en cuenta aquellos periodos en los que se haya suspendido la negociación de los valores.

No obstante, cuando la transmisión de valores se realice en el ámbito de ofertas públicas de venta o de ofertas públicas de adquisición, no será necesario el cumplimiento del plazo previsto en el párrafo anterior».

El cambio con la nueva redacción es que se confirma la exención para cualquier operación en estos mercados. En su momento entendimos que el excluir del artículo 108 determinadas operaciones bursátiles parecía razonable porque la mayor parte de las veces estas transacciones no se hacen con una finalidad elusiva del gravamen de TPO sobre los inmuebles, son negocios que gozan de la transparencia necesaria para que no resulten desconocidas a la Hacienda Pública y, finalmente, sus activos, incluso los inmobiliarios, suelen estar afectos a actividades económicas.

Sin embargo, y sin contradecir el juicio anterior, tenemos que reseñar, casi desde una perspectiva estética, que si para incidir en el remozado artículo 108 es necesario la concurrencia de ánimo defraudatorio, excluir siempre a estas operaciones aparenta resultar de la creencia del legislador de que en operaciones sobre valores cotizados no es posible el fraude. Y quizás eso sea ya más difícil de compartir.

2. SE EXCLUYEN DE TRIBUTACIÓN LAS OPERACIONES EN EL MERCADO PRIMARIO

En la redacción inmediatamente anterior del artículo 108 de la LMV se gravaban las adquisiciones realizadas en el mercado primario. Es decir, aquellas operaciones que en el marco de una ampliación de capital, en cualquiera de sus variadas formas, cumplieran los requisitos para entender que se estaba adquiriendo o ampliando el control sobre una entidad cuyo principal activo fueran inmuebles.

La actual exclusión de estas operaciones del artículo 108 se visualiza, por ausencia, en el primer inciso de su apartado 2: «Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el apartado anterior las transmisiones de valores no admitidos a negociación en un mercado secundario oficial realizadas en el mercado secundario».

El anterior gravamen sobre estas operaciones presentaba las siguientes peculiaridades:

- Se tributaba por la adquisición de valores que, en puridad, no es hecho imponible ni del IVA ni del ITP y AJD. Por eso no era una excepción a la exención del artículo 108.1, sino la configuración de un hecho imponible específico.
- La versión anterior a la redacción de 2006 no era tan amplia como esta, pues limitaba el gravamen a las adquisiciones en mercados primarios producidas «como consecuencia del ejercicio de derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones». Por tanto, el carrusel tributario de estas operaciones subió en 2006 más allá de donde entonces estaba, para desplomarse definitiva y totalmente con la ley de 2012.

Durante sus seis años de vigencia el gravamen de este tipo de operaciones ha sido muy discutido en lo teórico y en la práctica. Prueba significativa de ello es el expediente de infracción iniciado por la Comisión Europea, mediante carta de emplazamiento, de fecha 19 de marzo de 2009, por la infracción n.º 2008/4760 todavía no resuelto.

El fundamento del expediente es la duda de si en el caso de una aportación de capital a una empresa cuyo activo inmobiliario situado en España represente más del 50 % de su activo total (o cuyo activo incluya valores en otra entidad cuyo activo, a su vez, esté constituido al menos en un 50 % por inmuebles radicados en España) y en la que el adquirente, como resultado de dicha aportación, obtiene una posición tal que le permite ejercer el control sobre esa entidad o, una vez obtenido dicho control, aumenta su participación en ella, además del impuesto sobre las aportaciones de capital (1 %) abonado por la empresa, el comprador tendrá que pagar el impuesto de transmisiones patrimoniales (cuyos tipos van normalmente del 6 al 8 %).

En este panorama de cierta complejidad, agravada por la posible consideración de las operaciones de reestructuración como sujetas al concepto de operaciones societarias, ha resultado clave, a expensas de un eventual pronunciamiento judicial contrario, la doctrina administrativa destilada por la Dirección General de Tributos (DGT) y mantenida sin variaciones desde los primeros tiempos de aplicación de la Ley 36/2006.

Tal doctrina puede formularse de la siguiente manera. Si la transmisión de los valores se efectuaba en los mercados primarios, y se cumplían los requisitos de control y de composición del activo, además de la tributación que corresponda por la operación societaria (OS) que se realice, tal obtención del control o su aumento provocaba la sujeción de la adquisición de los valores en el mercado primario a la modalidad de TPO del ITP y AJD como transmisión onerosa de bienes inmuebles.

Sobre esta base podía suceder que si la operación era, por ejemplo, un canje de valores, o una liquidación de sociedad [que la DGT en la Consulta V1868/2012 (NFC045460) considera operación de mercado secundario], se desplazara el artículo 108 por considerar que se trataba de una transmisión sujeta a la modalidad de operaciones societarias por cumplirse el hecho imponible definido en el artículo 19 y concordantes –entre ellos, el art. 21– del Texto Refundido del Impuesto.

Pero, por el contrario [y valga de ejemplo la Consulta V0832/2012 (NFC044272)], en una fusión por absorción en la que un socio de la absorbente (que lo era también de la absorbida) pasa a controlar aquella, se consideraba que tal adquisición de control se realizaba mediante la adquisición de valores en el mercado primario y no en el secundario. Por tanto, al tratarse de una transmisión de valores de las que estaban sujetas a OS mediante la adquisición de participaciones en el mercado primario, la operación había de tributar como TPO.

Este resultado final de hacer tributar las adquisiciones originarias de acciones en operaciones como la descrita puede ser, junto al riesgo del juicio negativo de la Unión Europea, las que han movido al legislador a retroceder y liberar de tributación por este artículo 108 a las adquisiciones de acciones como consecuencia de operaciones de ampliación de capital.

La nueva situación normativa tiene la venturosa ventaja de la claridad de que nunca habrá tributación por el artículo 108 en estas operaciones. Pero, desde otra óptica, y de modo análogo al razonamiento del epígrafe anterior sobre la exclusión radical de tributación de los valores negociados, rechina que en un precepto que se construye sobre la existencia de fraude, quede exonerado aquel que pudiera instrumentarse, y sin especial ingenio se vislumbra un abanico de posibilidades, como operación en el mercado primario.

3. LA EXIGENCIA DE ÁNIMO DE ELUSIÓN

3.1. Crítica de tal exigencia

3.1.1. *Complicación innecesaria para la aplicación del artículo*

En la introducción de esta exigencia se está incurriendo, en nuestra opinión, en una complicación innecesaria del artículo.

Retomando pasados argumentos, entendemos que el carácter antielusivo del precepto arranca de los precedentes normativos de la Ley 24/1988 y de la declaración en tal sentido de su exposición de motivos. Y seguramente pudo estar en la voluntad del legislador ante la *ocassio legis* y los antecedentes legislativos existentes al redactar la norma, pero el devenir de nuestra legislación ha sido tan significativo que, con la redacción justamente anterior a la actual, podía considerarse superada tal visión. Para valorar el cambio operado es necesario incidir en cómo estaba la norma hasta octubre de 2012.

En 1988 estaba vigente la disposición transitoria 3.^a del Texto Refundido del Impuesto (RDLeg. 3050/1980) que disponía 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 3 años. Tras la entra-

da en vigor del IVA, se plantearon dudas sobre la vigencia de tales disposiciones (que confirmó la DGT), hasta que la Ley 24/1988 zanjó con tal rango normativo la cuestión. Por tanto, la mención en la exposición de motivos de esta ley del carácter antielusivo puede explicarse perfectamente como aclaración de la situación que la aparición del IVA supuso en la imposición indirecta. Y sin olvidar, desde la «sociología tributaria», que una de las maneras menos aparatosa y necesitada de explicaciones para crear impuestos es justificarlos como elemento de lucha contra el fraude. Repasar el título de las leyes tributarias de los últimos años es bastante indicativo de lo que afirmamos.

Pero además, las sucesivas reformas del precepto (ampliando su ámbito sin conexión alguna con esa presunta finalidad), la de la LGT (en la parte de las medidas antifraude, entre las que el esquema de fraude de ley del derecho común ha sufrido un claro decaimiento) y del propio IVA (incorporando en 1992 la figura de la renuncia a la exención en las operaciones inmobiliarias y por tanto dando un cauce legal y claro para que determinadas transmisiones empresariales de inmuebles, no todas, pudieran gravarse por IVA en lugar de por ITP), permitían contemplar el artículo 108 como un hecho imponible que buscaba gravar, cuando existía control societario, las transmisiones de inmuebles instrumentadas a través de la entrega de acciones con independencia de qué ánimo haya llevado a tal negocio jurídico.

Por tanto, y corolario de lo anterior, el artículo 108 contenía un hecho imponible porque fijaba un presupuesto del que hacía nacer una obligación tributaria como exige el artículo 20 de la Ley General Tributaria (LGT). El que el gravamen que resultaba de este precepto no se configurara como un hecho imponible autónomo (por ejemplo gravando cualquier adquisición de acciones que otorgue el control de una sociedad), y sí como excepción a la exención en IVA o ITP, no podía ocultar su verdadera naturaleza de hecho imponible³. El aparecer como excepción a la exención bien pudiera derivar de su inclusión en una ley sectorial (la del mercado de valores) y de la necesidad de fijar adecuadamente su impacto en las relaciones entre el IVA y el ITP concernientes a la transmisión de valores.

Es más, aunque agitador de la práctica tributaria en otros extremos, el artículo 108 aportaba seguridad jurídica pues establecía unos requisitos para entender que una transmisión de acciones puede gravarse como transmisión de inmuebles. El valor que incorporaba es que la equiparación no quedara a la labor interpretativa de la Administración. De no existir el precepto, se hubiera multiplicado la conflictividad ante la eventual pretensión de la Administración de llegar a tal equiparación, acudiendo a figuras con respaldo legal o jurisprudencial (analogía, fraude de ley civil, conflicto en la aplicación en la norma tributaria o levantamiento de velo por ejemplo) pero

³ Incluso podría hablarse de más de un hecho imponible pues el artículo 108 abarca dos operaciones claramente diferenciables. Por un lado, la adquisición originaria o derivativa de valores que posibilita una posición de control en una entidad cuyo principal activo son, directa o indirectamente, inmuebles. Por otro, la transmisión de valores cuando se han adquirido en el plazo de los tres años anteriores a su venta como contraprestación por una aportación de inmueble a una sociedad. La consecuencia jurídica que ligaba, y liga, este artículo a los dos supuestos es la misma: la operación de transmisiones de valores (en principio exenta en IVA y exenta en ITP) va a quedar sujeta al gravamen de transmisiones patrimoniales onerosas.

de complicada instrucción y difícil prueba. No se necesitan especiales dotes de adivinación para pronosticar la conflictividad que la vigente redacción va a aportar precisamente por la exigencia del ánimo de elusión.

Con nuestra exposición no queremos negar –porque no se podría hacer– que estemos ante una norma ajena a las situaciones «fraudulentas» que se vienen comentando. Lo que queremos destacar es que, con la legislación existente hasta octubre de 2012, se estaba ante un hecho imponible y no ante una cláusula antiabuso. Es muy distinto que el legislador cree un hecho imponible específico para gravar una operación con la intención de que tribute por su equiparabilidad a otra, opción que defendíamos como la propia de este artículo, a que establezca un beneficio y lo excepcione en función de la intención abusiva de las partes. Aquella técnica no es inusual en el ITP y AJD porque, por ejemplo, el artículo 7.2 del texto refundido califica como transmisiones patrimoniales a efectos del impuesto a operaciones en las que podría ser discutible, en algún caso, su gravamen. Pero concluir, por ejemplo, que gravar un exceso de adjudicación como transmisión patrimonial no es un hecho imponible y sí una norma antifraude que exige ánimo elusivo, está fuera de toda razonabilidad. Que el legislador defina un hecho imponible para gravar supuestos equivalentes a otros ya existentes no convierte a tales normas en medidas antifraude en las que exigir requisitos no contemplados en su redacción⁴ (como una norma defraudada o un ánimo elusivo). Por tanto, que no pudiera haber actividad probatoria de la inexistencia de ánimo defraudatorio no invalidaba su constitucionalidad ni pertinencia, porque tal ánimo ni lo presumía la ley ni era presupuesto de aplicación.

En la hipótesis de que gravar «acciones de sociedades inmobiliarias» es conforme a las directivas del IVA y las relativas a la concentración de capitales⁵, hacerlas tributar como transmisión de inmuebles⁶ parece entrar dentro de las facultades de la soberanía fiscal, pues se grava en función de la realidad subyacente en la operación, sin dejarlo a la interpretación de quien tenga que aplicar la ley. Y gravar en función del fondo antes que por la forma es una política legislativa que no puede reprocharse.

⁴ Una de las dudas que planteó el TS en su Auto de 24 de septiembre de 2009 (NFJ036259), sobre la cuestión prejudicial es, precisamente, si debe exigirse ánimo de elusión en la aplicación del precepto. La respuesta, por Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 6 de octubre de 2010 (NFJ040281), es que no es necesario esa exigencia. De la expuesta negación del carácter de cláusula antiabuso del artículo 108 cabe deducir también nuestra opinión contraria. Pero además chocaría una eventual exigencia del ánimo elusivo porque, en el ámbito tributario español, las medidas antifraude (así el art. 15 de la LGT) ya no se apoyan en el elemento subjetivo, por lo que la exigencia del mismo debería reservarse para aquellos casos en que se planteara la figura de fraude de ley regulada en el Código Civil.

⁵ En Derecho, y menos en lo tributario, pocas veces pueden darse las cosas por definitivamente resueltas pero el auto del TJUE de 6 de octubre de 2010 asunto n.º C-487/09 (NFJ040281) despeja bastantes de las críticas sobre este artículo dictaminando que el artículo 108 no se opone a la Directiva 69/335/CEE del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales.

⁶ También en la fiscalidad internacional (tanto en normativas internas como la española o en el Modelo Convenio o en la mayor parte de los convenios firmados por España) la transmisión de valores de determinadas sociedades «inmobiliarias» se equipara o aproxima a la de inmuebles.

Además debe recordarse, como anunciaba la exposición de motivos de la Ley 24/1988, que esta forma de tributación estaba incluida en una propuesta de directiva relativa a los impuestos que gravan las transacciones sobre títulos aunque, finalmente, no llegó a aprobarse⁷.

Finalmente, y a la hora de valorar la necesidad o conveniencia de dar este giro a la norma, hay que recordar que el Auto del TJUE de 6 de octubre de 2010 asunto n.º C-487/09 (NFJ040281) confirmó que la existencia o no de ánimo elusivo es irrelevante en su aplicación.

Expuesta nuestra opinión sobre la falta de necesidad de exigir ánimo defraudatorio, abordamos su estudio en los epígrafes siguientes desde una visión *lege lata*.

Para ello hay que partir de que el final del primer párrafo del apartado 2 recoge claramente la exigencia de que se haya pretendido eludir un pago tributario con la transmisión de valores. A los posteriores efectos expositivos, catalogamos tal exigencia como la cláusula general de aplicación del precepto. Seguidamente, establece un listado enunciativo de supuestos en los que se entiende que, salvo prueba en contrario, se da tal ánimo. Por oposición a la calificación anterior, estos serían los supuestos específicos de aplicación del artículo.

Por tanto hay que distinguir, por tener reglas diferentes, dos vías de acceso al artículo 108:

- Cláusula o supuesto general: cuando se pruebe el ánimo fuera de los tres supuestos enumerados en la ley. A pesar de la adjetivación como «general», será el supuesto menos frecuente.
- Supuestos específicos: cuando se incida en el artículo por cumplirse los requisitos de alguna de las tres letras del apartado 2.

3.1.2. Diferencias con el conflicto en la aplicación de la norma tributaria del artículo 15 de la LGT

Si comparamos el artículo 108 con la cláusula general antifraude de nuestro ordenamiento tributario (el art. 15 de la LGT de conflicto en la aplicación de la norma tributaria) resaltan algunas diferencias:

- En primer lugar, el artículo 15 exige la presencia de un acto notoriamente artificioso o impropio para la confección del resultado obtenido. Sin embargo, en el artículo 108 no se exige tal artificiosidad porque el acto a enjuiciar es siempre la transmisión de unos valores. Si se quisiera aproximar ambos artículos, habría que hacerlo sobre la base de entender que la «artificiosidad» de transmitir acciones «en lugar» de inmuebles la da por supuesta el legislador. El requisito equivalente en el ar-

⁷ La propuesta inicial era de 14 de junio de 1976 y se retiró definitivamente el 14 de diciembre de 1993.

título 108 sería lo que luego llamamos elemento objetivo: que la transmisión de valores, en principio exenta, suponga una ventaja fiscal frente a lo que hubiera resultado de transmitir directamente los inmuebles. Resulte o no artificioso el negocio jurídico realmente realizado.

- El conflicto del artículo 15 surge cuando se «evita» total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minora la base o la deuda tributaria. En el artículo 108 se prefiere la expresión «eludir» (frente a «evitar») y se concreta el impacto de la «maniobra» en el pago. Las dos diferencias tienen sus complicaciones interpretativas. «Eludir» es la expresión que emplea el artículo 305 del Código Penal para definir la defraudación en el ámbito tributario. Por lo tanto, una primera posibilidad sería que se haya querido aproximar esta figura a las exigencias que en el ámbito penal marcan la existencia del fraude. Sin embargo, parecería más lógico que no se incidiera en la diferencia entre evitar y eludir (que en el anteproyecto de LGT sí se utilizaba), aceptando la intrascendencia de la diferencia y reconduciendo la elusión a la existencia de un ahorro fiscal como fin único o predominante.

Por lo que respecta al objeto de la elusión (el pago), la complicación de la marca, y luego lo analizamos, la singularidad del IVA en cuanto a la disociación entre el contribuyente y el que realmente soporta la carga tributaria derivada de la operación.

- El artículo 108 exige un ánimo de elusión que el artículo 15 ignora por sustentarse en la idea de abuso de las formas jurídicas.

3.1.3. Significado de esta exigencia en la estructura de la norma

Aunque resulta obvio que sin ánimo de elusión no es aplicable el artículo 108, no es tan fácil determinar en qué medida delimita tanto el hecho imponible (mejor, el levantamiento de la exención) como la base imponible la existencia de aquel ánimo. Especialmente cuando en la sociedad participada existen varios inmuebles y todavía más si su venta hubiera estado gravada por IVA en unos casos y por ITP en otros.

Lo que estamos planteando es si la existencia de fraude se proyecta sobre la integridad del hecho imponible (que es la transmisión de valores, aunque el ánimo defraudatorio haya que medirlo respecto de la transmisión de inmuebles) y si eso tiene reflejo en la cuantificación de la base imponible.

Dado que parte de la motivación de la reforma del artículo es despejar la sombra de que el artículo 108 había creado auténticos hechos imponibles desligados de la operación jurídica realmente realizada (la transmisión de valores), el papel de esta es más relevante en la actual versión. Y si es así, y lo que se sujeta sin exención es la transmisión de valores, y no una parte de ella, la prueba de ánimo defraudatorio sobre un inmueble determinaría la sujeción sin exención de todo el negocio jurídico. La norma no contiene ninguna previsión en sentido contrario.

Es verdad que más allá de disquisiciones teóricas, lo que da el alcance de este levantamiento de la exención es la regla de base imponible. En este sentido, y aunque luego se matizará, lo cierto es que, tanto en IVA como en ITP, la regla de cuantificación que contiene este artículo se refiere siempre a cualquier inmueble de la sociedad. Por tanto, presumido o probado el fraude sobre un inmueble, todos los tenidos por la sociedad «van a tener que tributar».

Así, por ejemplo, si resultara de aplicación alguno de los supuestos de presunción de fraude (claramente pensados por el legislador para el ITP y AJD) por existir en el balance de la sociedad con carácter principal inmuebles no afectos, se gravaría tanto a estos (causantes de desencadenar la presunción y normalmente sujetos al concepto TPO) como a los afectos (que tributarían por IVA o por TPO según procediera).

3.1.4. Ponderación de fines distintos al ahorro fiscal y de ánimos distintos al elusivo

Que la norma exige que exista una pretensión de eludir el pago de impuestos está claro. Lo que no lo está es cómo hay que valorar la existencia de efectos distintos al ahorro fiscal y el grado de motivación elusiva que pueda corresponder a los intervinientes. ¿Basta con que se produzcan otros efectos distintos de los fiscales y/o que existan otras intencionalidades distintas de la tributaria para no aplicar el artículo 108? Y si, como parece, no puede bastar cualquier efecto o cualquier motivación extrafiscal, ¿qué grado de esta es necesaria para entender que no existe un ánimo de elusión?

La cuestión no es menor porque, tanto la cláusula general del artículo 15 (apreciando que hay conflicto cuando no hay efectos jurídicos o económicos relevantes distintos del ahorro fiscal), como la exigencia de motivos económicos válidos en las operaciones de concentración empresarial para gozar del régimen fiscal especial en el Impuesto sobre Sociedades (en la que se ha evolucionado desde la exigencia de una actividad administrativa probatoria de la existencia de fraude fiscal hasta la situación actual de prueba del contribuyente de la existencia de suficientes motivos empresariales), ponen de manifiesto cómo en una operación puede concurrir el ánimo de ahorro/elusión fiscal con otros efectos, pero también cómo es posible exigir que esos otros efectos tengan un carácter relevante.

3.2. Ánimo de elusión fuera de los supuestos de presunción que fija la ley (supuesto general de aplicación)

Para subsumir en este artículo una operación distinta de las tres tipificadas, será necesario probar que ha habido una norma eludida (un pago de tributos eludido, tomando la expresión que emplea la ley) y que se ha optado por transmitir valores en lugar de los inmuebles con el ánimo de evitar ese pago.

Este supuesto general es también un ejemplo de lo que antes calificábamos como complicación innecesaria.

Si lo que el legislador pretende es que, tanto en IVA como en ITP y AJD, tributen determinadas transmisiones de valores como transmisiones de inmuebles cuando la finalidad de la operación sea el eludir el pago impositivo que correspondería a este último tipo de transmisiones, pudiera haberse ahorrado la modificación en la medida en que la LGT, y subsidiariamente el Código Civil, contemplan vías suficientes (conflicto en la aplicación de la norma tributaria, fraude de ley, simulación, negocio indirecto...) para regularizarlas.

Y si la pretensión fue el crear un marco más amplio donde encastrar los tres supuestos de presunción de fraude, el juicio sobre lo innecesario de la regulación no varía.

Como decíamos, tienen que concurrir dos elementos para que exista ánimo de elusión:

- Uno objetivo: comparar si hay diferencia cuantitativa entre el pago impositivo que hubiera supuesto la transmisión «directa» de los inmuebles tenidos por la sociedad frente a la exención que inicialmente cobija la transmisión de valores. Como ya se ha apuntado antes, a diferencia de la artificiosidad que reclama el artículo 15 de la LGT, no se exige una especial impertinencia del negocio jurídico de la transmisión de valores.
- Otro elemento de carácter subjetivo: probar la intencionalidad fiscal de la operación.

Ambos elementos, y especialmente en el momento de tener que probarlos, están íntimamente unidos. A pesar de ello los analizamos por separado.

3.2.1. En cuanto al elemento objetivo, y dado que uno de los términos de la comparación es cero (la transmisión de valores exenta no supone pago impositivo), habrá que entenderlo cumplido cuando la transmisión de los inmuebles hubiera sido gravada o por IVA o por ITP. Pero razonar, precisamente, cuándo está gravado por uno u otro impuesto, es una operación que, fundamentalmente por exigir razonar sobre una especulación (qué impuesto hubiera procedido si se hubieran transmitido los inmuebles), se antoja de cierta complicación. Dado que es posible que en el activo hubiera más de un inmueble, habrá que hacer, al menos, tantas calificaciones teóricas como inmuebles haya. Pudiendo resultar, por hipótesis, que unos estuvieran sujetos a IVA y otros a TPO. Cómo hacer tal distinción la abordaremos más adelante.

Despejado el impuesto aplicable habría que considerar, sobre este elemento objetivo, lo siguiente:

- Cuando el impuesto procedente hubiera sido el de TPO, habrá que entender que concurre este elemento objetivo siempre que el adquirente no hubiera gozado de exención (por ejemplo por ser una Administración pública) o beneficio análogo.
- Sin embargo, no es tan fácil decidir cuando existe falta del pago del IVA correspondiente. Además, es una cuestión a caballo entre los dos elementos que estamos

diferenciando en el plano teórico. Por ejemplo, habría que plantearse si basta con la circunstancia de que la transmisión del inmueble hubiera estado sujeta y no exenta a IVA o es necesario un «perjuicio real» para la Hacienda Pública. Dicho de otro modo, en los casos en los que el adquirente fuera sujeto pasivo del IVA con derecho pleno a la deducción, y por tanto no resultara de la transmisión del inmueble un efectivo ingreso en las arcas públicas, ¿es posible entender que hay una elusión del pago del impuesto por instrumentar la operación como transmisión de valores? Entendemos que en este caso, aunque pudiera interpretarse que se ha convertido una operación no exenta (la transmisión de inmuebles) en una exenta (la transmisión de valores), y que por tanto sí hay formalmente un pago eludido, difícilmente podría considerarse que hay un ánimo defraudatorio si se comparte que este lleva implícito el buscar una efectiva ventaja fiscal.

Por el contrario, en todos aquellos casos en los que el adquirente no sea sujeto pasivo del IVA o tenga una prorrata distinta del 100%, sí que será más probable el poder apreciar, con base en el ahorro fiscal que supone evitar soportar un IVA no totalmente deducible, una intencionalidad fiscal en la operación.

- Por otro lado, aunque la norma habla de «eludir el pago de los tributos que habrían gravado la transmisión de inmuebles...», entendemos que sí podría apreciarse este elemento objetivo (y el subjetivo) cuando se opere una transmisión de valores exenta como sustituta de una transmisión de inmuebles también exenta. Se dará tal circunstancia, por ejemplo, si la exención inmobiliaria supusiera la aplicación de la prorrata para el transmitente pero no lo supusiera la exención relativa a los valores.
- Si la transmisión «directa» del inmueble hubiera estado sujeta sin exención a IVA, lo normal hubiera sido que también se hubiera aplicado, por la habitual instrumentación de tales negocios en escritura pública, el gravamen de documentos notariales del concepto AJD del ITP y AJD. Puestos a hacer la calificación teórica que pide la norma sobre lo que hubiera pasado en el caso de la transmisión de inmuebles, no es desproporcionado incluir tal gravamen en los impuestos eludidos.

En dirección contraria podría argumentarse que este concepto no grava exactamente la transmisión de los inmuebles, o que suponer la documentación en escritura pública es estirar demasiado el razonamiento teórico que pide la norma o, finalmente, la propia insignificancia cuantitativa del gravamen (en el sentido de poco idónea para ser objeto de fraude). En nuestra opinión, dado el cariz antifraude que pretende dibujarse de la norma, no parece que pueda descartarse de modo radical que el AJD estuviera dentro de su ámbito.

3.2.2. Sobre el elemento subjetivo, y reiterando una vez más lo difícil de separarlo en lo teórico y en la práctica del otro elemento, puede apuntarse lo siguiente:

- Dado que en la operación de transmisión de valores hay dos partes intervinientes, lo propio sería probar separadamente el ánimo defraudatorio que a cada cual co-

rrespondiera. Y si ya este ejercicio se intuye delicado, la «condición formal» de sujeto pasivo de IVA del transmitente, y la correlativa adjudicación de la condición de «verdadero contribuyente» de ese impuesto al adquirente (especialmente si actúa como consumidor final), sumada a la posible existencia en la operación de un impuesto que grave al transmitente (el IVA) y/o el que grave al adquirente (ITP y AJD), incrementa unos cuantos grados la complicación:

- Supuesto que una transmisión de valores estuviera eludiendo a la vez el pago del IVA y el del ITP y AJD (por corresponder estos impuestos a los distintos inmuebles de la sociedad). ¿Bastaría la misma prueba para acreditar el ánimo de elusión?
 - ¿Es coherente que si el ánimo defraudatorio se constata en el adquirente, que normalmente, sea IVA o sea ITP y AJD, será el beneficiado del «montaje» de la transmisión de valores, la liquidación y el expediente sancionador por las cuotas de IVA no ingresadas correspondan al transmitente?
- En el caso que manejamos en este apartado (la «cláusula general»), la prueba del ánimo no la da ninguna presunción, sino que deberá efectuarse por la Administración por medios distintos al presuntivo. El resultado final obtenido (el ahorro fiscal que antes catalogábamos como el elemento objetivo) es en sí mismo una prueba del fraude, pero más como condición necesaria que como suficiente. Por tanto, será necesario algún otro elemento probatorio o la adecuada motivación.

La Consulta V2282/2012 (NFC045723) certifica la necesidad de una actividad probatoria en los siguientes términos: «(...) Todo ello, sin perjuicio de que mediante la transmisión de valores objeto de consulta se haya pretendido eludir el pago del Impuesto que habría gravado la transmisión de los inmuebles propiedad de la entidad a la que representan dichos valores, cuestión que, como se ha indicado anteriormente, constituye una cuestión de hecho sobre la que este Centro Directivo no puede pronunciarse a priori, sino que deberá ser probada suficientemente por la Administración tributaria competente para la gestión del tributo, para que resulte de aplicación la excepción a la exención prevista en el apartado 1 del artículo 108».

- Dado que la ley establece unos supuestos en los que se presume fraude, la falta de concurrencia de alguno de sus elementos constitutivos evitará, lógicamente, la aplicación de la presunción. Pero es también evidente que no impide el que pueda constatarse el mismo por la «cláusula general». Por ejemplo, si el ánimo se presume cuando se obtiene, entre otros requisitos, más del 50% de la participación en el capital social, obtener un 49% no permite presumirlo, pero no impide el que se pueda probar y que se termine aplicando la norma. Y otro tanto cabría decir del 50% de inmuebles no afectos.
- El que la norma establezca unos supuestos de presunción de ánimo defraudatorio, tan similares al anterior ámbito objetivo del precepto (porque realmente el cambio

en esos supuestos ha sido simplemente la expulsión de los inmuebles afectos), crea una engañosa apariencia. En efecto, una lectura de los casos de presunción lleva a la idea de que el fraude que se quiere corregir es el que se monta sobre dos pilares básicos: la toma de control de la entidad por un socio y la condición de sociedad tenedora de inmuebles no afectos. Pero aunque la existencia de inmuebles en la sociedad participada es requisito imprescindible para aplicar la norma (porque la medición del fraude se hace por comparación con la de una hipotética entrega de inmuebles), no lo son ni la toma de control (ni siquiera de un porcentaje significativo) ni la condición no empresarial de los inmuebles. Piénsese por ejemplo en la transmisión de las acciones de un hotel. El mayor valor del inmovilizado corresponderá normalmente al inmueble donde se desarrolla la actividad. La transmisión de la mayor parte de las acciones a un adquirente que no tenga la condición de sujeto pasivo del IVA implicará no poder subsumir la operación en la letra a) porque aquel inmueble está indubitadamente afecto a una actividad. Pero parece también claro que, si la transmisión directa de los bienes hubiera supuesto tributación por IVA sin deducibilidad en el adquirente, podría aplicarse el artículo 108 y sujetar a este tributo la transmisión de valores.

- En sentido análogo al anterior hay que subrayar que abrir la aplicación del artículo, sin sujeción a más requisitos que la elusión de un pago de impuestos, permite por ejemplo incluir en el mismo a supuestos que con la normativa anterior «rondaban» el mismo pero que, por imperativo legal o por criterio administrativo, no se gravaban. Por ejemplo, a la adquisición por un matrimonio por partes iguales del 100% de una sociedad tenedora de inmuebles no afectos, no le era aplicable el artículo. Pero tiene visos de no resultar improbable el poder constatar en estos casos el ánimo defraudatorio y por tanto sujetarlos al mismo.

3.3. La presunción del ánimo de elusión

Para facilitar la prueba a la Administración (vía inversión de su carga), la ley recoge tres casos de presunción del ánimo defraudatorio. En esencia esos tres casos vienen a ser (con algún decisivo matiz sobre la afectación de los inmuebles) los que antes eran los elementos objetivos del artículo 108:

«a) Cuando se obtenga el control de una entidad cuyo activo esté formado en al menos el 50% por inmuebles radicados en España que no estén afectos a actividades empresariales o profesionales, o cuando, una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación en ella.

b) Cuando se obtenga el control de una entidad en cuyo activo se incluyan valores que le permitan ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50% por inmuebles radicados en España que no estén afectos a activida-

des empresariales o profesionales, o cuando, una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación en ella.

c) Cuando los valores transmitidos hayan sido recibidos por las aportaciones de bienes inmuebles realizadas con ocasión de la constitución de sociedades o de la ampliación de su capital social, siempre que tales bienes no se afecten a actividades empresariales o profesionales y que entre la fecha de aportación y la de transmisión no hubiera transcurrido un plazo de tres años.»

3.3.1. *Impuesto sobre el que se proyecta*

La primera lectura de los tres supuestos, y especialmente si se hace con la referencia de la versión anterior, basta para destacar que su base es la existencia de inmuebles no afectos a actividades empresariales o profesionales. También parece inmediato vincular los inmuebles no afectos al gravamen por ITP y AJD, aunque el párrafo que introduce los tres supuestos proyecta el ánimo de elusión al pago «del impuesto correspondiente», por lo que no está excluyendo el IVA de su ámbito de aplicación. No obstante, como la entrega de un inmueble no afecto difícilmente puede llegar a estar sujeta al IVA, la aplicación de este impuesto como resultado del juego de las presunciones no será frecuente. Al menos sobre los inmuebles no afectos porque cuestión distinta, que analizamos en otro lugar, es que la existencia de ese tipo de bienes arrastre a inmuebles afectos a tributar por este artículo.

La Consulta V2282/2012 (NF045723) no aborda directamente si el resultado de las presunciones puede ser el gravamen por IVA aunque tampoco lo excluye. Señala a este respecto que: «En el supuesto objeto de consulta parece que no concurren los requisitos exigidos en el apartado 2 del artículo 108 de la LMV para conformar el presupuesto de hecho previsto en ninguno de los tres incisos –a), b) c)– de dicho apartado, por lo que, en principio, no será de aplicación la excepción a la exención prevista en dicho apartado y, en consecuencia, la transmisión de valores en cuestión quedará exenta del Impuesto sobre el Valor Añadido o del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados al que está sujeta».

3.3.2. *La prueba en contrario*

Una de las debilidades que se achacaba a la versión anterior era la de que establecía una presunción *ius et de iure* (por tanto, sin prueba en contrario) o una ficción legal de existencia de ánimo defraudatorio. Ya se ha razonado antes, siquiera implícitamente, nuestra opinión contraria a tal visión. Fundamentalmente porque no parecía necesitar el antiguo artículo el apoyo de la existencia (real o fingida) de un ánimo de elusión para alcanzar su perfecta constitucionalidad. Sin ahondar más en un debate que ya es estéril, lo que sí parece coherente es que, si expresamente se introducen una exigencia de ánimo defraudatorio y un listado de casos en los que se presume, la posibilidad de probar en contrario era ineludible.

Qué pueda probar en contrario de la existencia de este ánimo, por ejemplo, el adquirente del 100% de las acciones de una entidad tenedora de inmuebles, compradas a una persona física no empresaria, se antoja difícil de teorizar y algo más que complicado para ventilar en un procedimiento. Una posible vía de actividad probatoria podría ser la de la existencia de motivos económicos válidos para la preferencia por la transmisión de acciones en lugar de la inmobiliaria. Pero sea cual sea la solución de cada caso, esta estructura presuntiva de la norma no parece que contribuya a paliar la inseguridad jurídica que se predicaba de la versión anterior.

Lógicamente tampoco la DGT puede –ni le corresponde– elaborar un elenco de explicaciones. Sobre la cuestión señala en la Consulta V2282/2012 (NFC045723) que: «(...) El sujeto pasivo tendrá la oportunidad de probar la inexistencia de la pretensión de elusión, si bien, al tratarse de una cuestión de hecho, no puede ser resuelta a priori, sino que habrá de ser planteada en el procedimiento de gestión correspondiente y enervada por el interesado ante la Administración tributaria gestora competente.»

3.3.3. *La no afectación*

Las presunciones tienen en común girar sobre la idea de la no afectación de los inmuebles. En las dos primeras se presume el fraude cuando el activo de la entidad esté formado en al menos el 50% por inmuebles radicados en España que no estén afectos a actividades empresariales o profesionales. Y en la tercera, con visión prospectiva, cuando no se afecten a fines empresariales.

Hasta esta reforma, solo determinados inmuebles afectos a la promoción inmobiliaria tenían esa ventaja.

Para entender este cambio, e interpretando afectación como actividad económica, hay que señalar la persistente reclamación que soportaba la redacción anterior a favor de la exclusión del gravamen en los casos en que hubiera actividad económica. En efecto, una de las más recurrentes críticas sobre el precepto era que pudiera gravar un negocio en funcionamiento y no solo la transmisión de acciones de un patrimonio inactivo.

En su momento el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), en Resolución de 16 de febrero de 2005 (NFJ019577) se pronunció en el sentido de que «El hecho de que el objetivo del negocio jurídico celebrado era transmitir un negocio en funcionamiento no es obstáculo para mantener el razonamiento anterior, pues la norma no atiende a la finalidad de la operación, de igual manera que con independencia del ánimo antielusivo, la norma se aplica de forma automática cuando se incurre en el supuesto tipo, como ocurre en el presente caso, sin que ello suponga vulnerar el derecho a la presunción de inocencia o el derecho a la defensa, al no tratarse de una norma sancionadora».

Más recientemente el TS planteó en 2009 una cuestión prejudicial en Auto de 24 de septiembre de 2009 (NFJ036259) de la siguiente manera: ¿Prohíbe (la directiva) establecer un gravamen

por la adquisición de la mayoría del capital de sociedades cuyo activo está mayoritariamente integrado por inmuebles, aunque sean sociedades plenamente operativas y aunque los inmuebles no puedan disociarse de la actividad económica desarrollada por la sociedad?

La respuesta del tribunal europeo llegó mediante Auto de 6 de octubre de 2010, asunto n.º C-487/09 (NFJ040281) (reconociendo la compatibilidad del art. 108 con la Directiva 69/335/CEE del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales). Señalando además que lo es «incluso en los supuestos en que, por un lado, no hubo intención de eludir el impuesto y, por otro, dichas sociedades son plenamente operativas y los inmuebles no pueden disociarse de la actividad económica desarrollada por dichas sociedades».

Realmente el citado auto no entraba en el fondo de lo planteado por el Tribunal español, zanjando la cuestión sobre la base de que una transmisión de valores no es una operación de concentración de capitales y que por tanto la legislación española no se opone a la directiva.

A la vista de estos pronunciamientos judiciales la primera nota que debe destacarse del cambio es que la afectación de los inmuebles a una actividad económica no era relevante para la legalidad ni para la aplicación de la norma, aunque el TS tuviera alguna duda sobre su pertinencia. Y, por tanto, no era una modificación que pueda presentarse como inexcusable o como obligada por el acervo comunitario.

Dado que no se define el concepto de afectación, lo razonable es que, tratándose de la imposición indirecta y siendo el IVA uno de los impuestos concernidos por la norma, se acuda a tal legislación y no, por ejemplo, a los criterios que discriminan la actividad económica de los rendimientos de capital en la imposición directa.

Residir en el IVA la definición de la afectación soluciona decorosamente la cuestión en lo teórico, pero un mínimo de experiencia en la aplicación de los impuestos evidencia la prueba de la afectación como una de las más complicadas de la gestión tributaria.

Por otro lado, si unimos el que la presunción se monte sobre activos no afectos con el hecho de que el objeto de la elusión es «el pago de los tributos que habrían gravado la transmisión de los inmuebles», es evidente que se enfocan aquellas al ITP y AJD pues difícilmente existirá sujeción al IVA por la transmisión (teórica) de los inmuebles no afectos.

Finalmente, el efecto práctico de esta norma, fácil de identificar, es que, en cuanto gravamen por TPO, queda sustancialmente vaciada de contenido.

Desde una perspectiva empresarial la nueva regla facilita la adquisición de sociedades, con los efectos benéficos sobre la economía nacional que suelen predicarse de tales operaciones. Claro que también desde esta perspectiva, y más en concreto imaginando la fase de negociación de la contraprestación por las acciones, habría que apuntar como beneficiados o al vendedor que podrá mantener o elevar el precio, o al comprador que evita el gravamen.

Alguna sombra puede tener, sin embargo, esta «liberación» de gravamen, si se toma como argumento del cambio el que el impuesto penalizaba una operación que no lo merecía. Y es que, si los impuestos solo deben recaer sobre las operaciones no deseables económicamente, se acabará identificando el impuesto con la sanción y el deber de contribuir, constitucionalmente relevante, quedará bastante diluido.

4. LA TRIBUTACIÓN POR IVA O POR TPO

Una de las modificaciones más llamativas de esta reforma es que la tradicional residencia del gravamen por estas operaciones en el ITP y AJD se ha de compartir y repartir ahora con la posible tributación por IVA. Al margen de su sentido y alcance, la delimitación poco clara entre ambos impuestos también augura conflictos interpretativos en esta materia.

4.1. Sentido de la extensión al IVA

Hasta esta reforma, la controversia en este punto solía centrarse en si el gravamen de lo que jurídicamente es una transmisión de acciones encaja en los artículos 15.2 y 135.1 f) de la Directiva 2006/112/CE relativa al IVA. En esos artículos⁸ se contempla la excepción a la exención general que hay sobre operaciones relativas a acciones cuando se trate de valores que aseguren, de hecho o derecho, la atribución de la propiedad o disfrute de un inmueble.

Al respecto, entendemos que, antes de la Ley 7/2012, solo si el artículo 135.1 f) (que más razonablemente habría que limitar a supuestos en los que los valores impliquen el uso o disfrute de un inmueble, como por ejemplo los supuestos de multipropiedad y no parece generalizable ni a sociedades con inmuebles afectos a actividades económicas propias ni siquiera a sociedades tenedoras de inmuebles) contemplara una obligación (y no una mera opción) de gravamen por IVA cuando se transmitan valores que otorguen determinadas facultades económicas sobre inmuebles, nuestra normativa interna podría estar incumplíendola.

Pero, en cualquier caso, más decisivo es derivar el meollo de la calificación hacia el artículo 401 de la directiva que es el que establece la compatibilidad del IVA con otros impuestos siempre que no tengan el carácter de tributos sobre el volumen de negocios⁹.

⁸ En cualquier caso no se ha procedido a modificar el artículo 8 de la Ley del IVA haciendo uso de la posibilidad ofrecida por la directiva de considerar bienes corporales las participaciones y acciones cuya posesión asegure la atribución de la propiedad o el disfrute de un inmueble.

⁹ Dice así el artículo: «Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones comunitarias, las disposiciones de la presente Directiva no se oponen al mantenimiento o establecimiento por parte de un Estado miembro de impuestos sobre los contratos de seguros y sobre los juegos y apuestas, impuestos especiales, derechos de registro y, en general, de cualquier impuesto, derecho o gravamen que no tenga carácter de impuesto sobre el volumen de negocios, siempre

Se deduce de ese precepto que la directiva no prohíbe gravar con ITP las transmisiones de valores si tal impuesto no tiene –y no la tiene– la consideración de impuesto sobre el volumen de negocios. Es más, como se ve en otro lugar, el TJUE ha sentado en auto la compatibilidad IVA-AJD por lo que la posibilidad de gravar por TPO lo que está exento en IVA se deduce a fortiori de ese artículo 401 tal y como lo interpreta el TJUE. Otra cosa distinta es si la directiva permite un impuesto que sustituya (no que «complemente») al IVA en las operaciones que quiere exentas.

Pero la vigente norma rehúye tal polémica y lo que establece es la posibilidad de gravar por IVA aquellas transmisiones de valores que resulten del ánimo de elusión del pago de la cuota de IVA que hubiera procedido en la transmisión directa del inmueble.

La Ley 7/2012 lo hace, además, como debería hacerse también en ITP y AJD, modificando no solo el texto del artículo 108, sino reconociéndola adicionalmente en la Ley del IVA como una excepción a la exención general de la que gozan los valores. En concreto, se introduce una letra c') en el artículo 20.Uno.18.º k) con el siguiente tenor: «c') Aquellos valores no admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, realizadas en el mercado secundario, mediante cuya transmisión, se hubiera pretendido eludir el pago del impuesto correspondiente a la transmisión de los inmuebles propiedad de las entidades a las que representen dichos valores, en los términos a que se refiere el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores.»

A la vista de lo anterior, y de la Sentencia de 5 de julio de 2012 del TJUE, asunto n.º C-259/11 (NFJ047554) [de la que puede deducirse que la excepción del 135.1 f) exige que el legislador prevea de modo explícito, y el nuestro no parece haberlo hecho así, la consideración de las participaciones como bienes corporales], las dudas que pudiera suscitar la versión anterior del artículo 108 en relación con la normativa europea no parece que puedan darse por despejadas, todo lo más, sustituidas por otras.

4.2. Alternativas para la elección del impuesto al que se sujeta la transmisión de valores

4.2.1. Los apartados 4 y 5 del artículo 108 de modo explícito, y el apartado 2 de modo implícito, determinan que el resultado de la subsunción de una transmisión de valores en este precepto puede ser la sujeción sin exención al IVA o al ITP y AJD.

Pero ni decidir en qué impuesto se tributa finalmente, ni el procedimiento para hacerlo, resultan evidentes. Se dice a mitad del apartado 2, refiriéndose a las transmisiones de valores, que «tributarán en el impuesto al que estén sujetas como transmisiones onerosas de bienes inmuebles». Cómo deban tributar en cada impuesto es cuestión que abordamos más adelante. Lo que

que la recaudación de impuestos, derechos o gravámenes no dé lugar, en los intercambios entre Estados miembros, a formalidades relacionadas con el paso de una frontera.»

ahora toca, y debe ponerse en relación con las dos perspectivas de abordar el artículo 108 que señalábamos en la introducción a este comentario, es detenerse en la primera fase de sujeción.

4.2.2. Por un lado, y si atendemos a la estructura antifraude del artículo, lo propio sería que, si con la exención lo que se ha eludido es el impuesto que habría gravado la transmisión de los inmuebles, la consecuencia fuera la tributación por ese impuesto eludido. Y si la entidad tenía inmuebles que hubieran tributado por IVA y otros por TPO, habría plena sujeción en los dos conceptos impositivos. Todo ello con independencia de que la transmisión de valores estuviera sujeta a IVA o a ITP y AJD.

Apoyaría también esta interpretación el que el artículo «equipara» la transmisión de valores a la de inmuebles y por eso puede permitirse afirmar que están sujetas al impuesto que les corresponda como transmisiones onerosas de bienes inmuebles.

Pero si esta es la opción buena, podría resultar que el impuesto eludido fuera el IVA (por ejemplo porque hubiera inmuebles afectos y el adquirente fuera un particular sin derecho a la deducción del IVA soportado) y que el transmitente de los valores fuera también un particular (entendiendo siempre por tal, a estos efectos, a quien no es sujeto pasivo del IVA). La conclusión es, cuando menos, llamativa: ¿supone eso estar ante un nuevo supuesto *ex lege* de sujeto pasivo del IVA?

4.2.3. Otra posibilidad, que diera más peso al impuesto al que inicialmente está realmente sujeta la transmisión de valores frente a la finalidad antifraude, tomaría como efecto del artículo 108 el que se exigiera el impuesto al que estaba sujeta con exención la transmisión de valores. Es decir, si el transmitente de las acciones es un socio sin actividad económica, el resultado final de la aplicación del artículo 108 sería la sujeción a TPO aunque los inmuebles del activo societario estuvieran afectos. Y si el transmitente fuera sujeto pasivo del IVA, la operación quedaría sujeta necesariamente a este impuesto, aunque los inmuebles fueran no afectos. Ciertamente esta alternativa también tiene sus debilidades porque, eludir por ejemplo la cuota de IVA que correspondería a una transmisión inmobiliaria, y resultar una tributación de la transmisión de valores por TPO (o viceversa), parece una solución anómala. Sin embargo, podría sustentarse esta interpretación en que:

- El apartado 2 lo que hace es exceptuar una exención, con lo que el resultado inmediato es la sujeción sin exención a ese impuesto. Todo ello salvo que la norma estableciera otra cosa. Y claramente, desde luego, no lo hace el artículo 108.
- Aunque sintácticamente tenga débil defensa, podría alegarse que las transmisiones de valores deben tributar en el impuesto al que estén sujetas, mientras que el modo en el que deben hacerlo es como transmisiones de bienes inmuebles.
- Las presunciones de existencia de ánimo defraudatorio, montadas sobre la condición de bienes no afectos, no conducen explícitamente a TPO sino que la ley se re-

- fiere al «impuesto correspondiente» (aunque es verdad, en sentido contrario, que parece referirse al «correspondiente» a la transmisión inmobiliaria).
- Podría explicar esta interpretación la supresión de la letra b) del artículo 4. Cuatro del IVA por la Ley 7/2012 referida a las transmisiones de valores en que concurrían los requisitos del artículo 108. Esta letra es la que permitía, en estos supuestos, la excepción a la regla de que lo sujeto al IVA (en este caso la transmisión de valores) no podía estar sujeto a TPO. La alternativa interpretativa de la supresión de esta letra es entender que es irrelevante, porque el «salto» desde la sujeción (con exención) al IVA de los valores transmitidos a la sujeción a TPO (sin exención) de esa misma transmisión la permite el artículo 108. Pero, una vez más, si esa fue la intención del legislador, podía haber sido un poco más explícito.
 - La otra interpretación (la de atender al impuesto que hubiera gravado la transmisión del inmueble) es inviable porque la norma no equipara la transmisión de valores a la transmisión de inmuebles de modo explícito ni determina con claridad su sujeción como transmisión de inmuebles.

Sobre esta duda, la Consulta V2282/2012 (NFC045723) señala que: «*dicha transmisión quedará sujeta al impuesto eludido, y ya no como transmisión de valores, sino como transmisión de inmuebles; lo cual implica que desde ese momento la transmisión de los valores en cuestión se tratará en el impuesto aplicable como transmisión de inmuebles a todos los efectos (párrafo primero del apartado 2 del art. 108, LMV)*». Por tanto, lo que parece desprenderse de este temprano criterio administrativo, si entendemos que el impuesto eludido¹⁰ es el que correspondería a la transmisión de los inmuebles, es que, de las dos opciones que planteamos, la preferida por la Administración es la primera.

4.3. Determinación del impuesto eludido que hubiera correspondido a la transmisión de inmuebles

Precisar en qué impuesto hubiera tributado cada inmueble de haberse transmitido directamente no es cuestión fácil. Las variables a combinar son demasiadas para resultar inmediata la solución: existencia de uno o varios inmuebles, su condición de afectos o no, o su integración o no en una unidad económica. Todo ello aderezado con la posibilidad (o no) de «trasvase» de impuestos (en concreto del IVA al ITP y AJD como consecuencia de la inicial exención de la operación inmobiliaria en el primero).

¹⁰ Otra interpretación a la vista de esta consulta sería entender que, para medir si entra en juego el artículo 108, el impuesto eludido (mejor, impuestos, porque puede haber inmuebles en distintas condiciones en la sociedad), es el que correspondería a la tributación de los inmuebles. Pero que una vez sentada la aplicación del artículo 108, el impuesto eludido es el de la transmisión de valores por aplicarle la exención. De ser esta interpretación la buena, el grado de tirabuzón interpretativo sería de nota.

Dando por probado, por presunción o por otro medio idóneo, que existe ánimo de defraudar, se pueden plantear las siguientes hipótesis, aplicando en todas ellas las reglas que delimitan la tributación indirecta sobre inmuebles:

4.3.1. Existencia de un único inmueble, o varios, no afectos

Como su transmisión, individual o conjunta, hubiera determinado la tributación por TPO, ese es el impuesto eludido y por tanto es el que deberá liquidar el adquirente aplicando la normativa estatal y autonómica procedente.

4.3.2. Existencia de inmuebles afectos a una «unidad económica autónoma»

Dado que la DGT indica que, a todos los efectos, hay que tratar la operación en el impuesto aplicable como si fuera una transmisión de inmuebles, la primera decisión que habría que tomar es si adquirir un porcentaje mayoritario en el capital de una sociedad puede equipararse, a estos efectos, a la adquisición de una unidad económica autónoma.

Tomemos como ejemplo una fábrica en la que el principal activo es un inmueble afecto. Aunque la dicción literal habla de impuesto eludido en la transmisión de los inmuebles, no hay duda de que estos pueden transmitirse formando parte de un negocio empresarial. En esta hipótesis no nos parece desproporcionado que, en determinados casos (piénsese en el más radical de ellos: la adquisición del 100% de las acciones de esa sociedad), la entrega de participaciones en una entidad deba equipararse a la transmisión de todo o parte de un patrimonio empresarial. La equiparación parece lógica en lo económico y tiene cabida en la norma tributaria.

De esta manera, en los casos en los que la toma de un amplísimo control de una sociedad sea equiparable a adquirir el negocio de esta, la tributación de las acciones transmitidas debería seguir la de los inmuebles incluidos en su activo. Resumidamente esa tributación supone que la entrega de una unidad económica autónoma con un activo inmobiliario mantiene la no sujeción al IVA, pero se tributa por TPO sobre el valor del inmueble incluido en ese conglomerado.

Esta interpretación tiene, entre otros, los siguientes efectos:

- Hace neutral la opción entre la transmisión de una unidad económica autónoma con inmuebles y la adquisición del control de esa unidad mediante la compra de sus títulos representativos. Cuando además esta última operación se ha hecho como elusión de la tributación que correspondería a la primera, debería concluirse en la sujeción a TPO.
- Quedarían sujetos a TPO los inmuebles tanto afectos como no afectos. Exactamente igual que cuando se transmite la unidad económica.

Dada la trascendencia de su alcance, habría que fijar cuándo la transmisión de valores es «más» equiparable a la transmisión de un negocio empresarial que a una transmisión de inmuebles. So pena de vaciar de contenido y lógica al artículo, no podría entenderse que cualquier toma o ampliación de control (que normalmente será requisito inexcusable para aplicar el precepto) implicara la adquisición de un negocio.

4.3.3. *Inmuebles cuya transmisión estaría inicialmente sujeta al IVA*

Por no hacer inabarcable la panoplia de supuestos que pueden darse para concluir en la sujeción de una transmisión inmobiliaria al IVA, simplemente enumeramos sin ánimo de exhaustividad alguna de las calificaciones previas que determinarían aquella: la condición de sujeto pasivo de la sociedad mercantil, la afectación del inmueble a una actividad económica o su destino previsible.

Llegados a este estadio de calificación, la siguiente fase es la de la concurrencia de alguna de las exenciones del artículo 20.Uno de la LIVA. Supuesto que fuera aplicable alguna de ellas, se continuaría el proceso analizando la renuncia a la exención.

Nos detenemos en este punto porque nos parece uno de los razonamientos más ficticios de cuantos exige este artículo. Además, la aplicación de la regla de inversión del sujeto pasivo en la mayor parte de estos casos (entregas de terreno exentas por el art. 20.Uno.21.º y de edificaciones por el siguiente apartado) también tira en esa línea.

La renuncia a la exención inmobiliaria exige la concurrencia de una serie de requisitos. Uno de ellos es la potencial deducibilidad de las cuotas a soportar por el adquirente del inmueble. En el razonamiento por equiparación que debe seguirse, parece lógico entender que el teórico adquirente del que comprobar su porcentaje de prorrata debe ser el adquirente real de los valores transmitidos.

Junto a este requisito hay otros dos, la renuncia del sujeto pasivo y los requisitos formales, sobre los que pesa en la actualidad más de una duda. El primero por la reciente modificación ya apuntada sobre la inversión del sujeto pasivo. Y sobre los requisitos formales, tanto por la modificación (y correlativa no adecuación de las normas reglamentarias de desarrollo) como por la interpretación jurisprudencial y administrativa relajadora de su rigor.

La Ley 7/2012 ha introducido unos nuevos supuestos de inversión del sujeto pasivo entre los que se incluye el de las entregas exentas a que se refieren los apartados 20.º y 22.º del artículo 20.Uno en las que el sujeto pasivo hubiera renunciado a la exención.

Entendemos que en estos casos quien debe formalizar la renuncia es el «inicial» sujeto pasivo (el transmitente del inmueble) y no el adquirente (sujeto pasivo por «inversión»). De la renuncia «fehaciente» que exige la normativa del impuesto, jurisprudencia y doctrina administrativa

han acabado por aceptar como tal la efectiva repercusión de las cuotas del IVA. Dado que ahora, por haber inversión del sujeto pasivo, tal repercusión no procede, es previsible que sea suficiente una mención en la escritura pública o la emisión de la factura haciendo constar la circunstancia de que hay inversión del sujeto pasivo.

En cualquier caso, y más allá de cómo interprete inicialmente la DGT la adaptación de las normas legales y reglamentarias a la nueva situación (y entre estas la comunicación de la condición de sujeto pasivo del adquirente debería seguir siendo relevante), la dificultad que presenta la posibilidad de renuncia es, en sede del artículo 108 de la LMV, cómo decidir la conducta que hubiera seguido la sociedad tenedora de los inmuebles si se hubiera operado la transmisión de estos y no la de los valores que la representan. Ninguna de las opciones que puedan ocurrirse parece fácil de encajar en la ley: ¿hay que suponer que siempre se hubiera renunciado de haber podido? ¿Solo cuando fuera favorable la renuncia tanto para transmitente como adquirente? Y de ser esta la opción buena, ¿el «favor» habría que medirlo en la «primera instancia» de la transmisión inmobiliaria ficticia o contemplando también su efecto –vía art. 108– en la transmisión de valores? ¿Hay que abrir un trámite de alegaciones en el procedimiento de comprobación para que la sociedad, tercero en ese expediente, opine? ¿Sustituye la voluntad del transmitente de las acciones el criterio de la sociedad? ¿O es el adquirente, que hubiera sido por inversión sujeto pasivo de la venta de los inmuebles, el que decide? ¿O de modo más radical hay que entender que si la operación hubiera estado sujeta y exenta de IVA no hay que plantearse su posible renuncia por suponer llevar más allá de lo razonable la equiparación que pide la norma?

Llegados en el razonamiento sobre la hipotética transmisión inmobiliaria al punto de una calificación de sujeción con exención en el IVA entendemos que, tratar «la transmisión de los valores en cuestión... en el impuesto aplicable como transmisión de inmuebles a todos los efectos», supone, en principio, que las operaciones inmobiliarias sujetas y exentas de IVA puedan estar sujetas, salvando la renuncia a la exención, al concepto TPO.

Y ello porque la filosofía del artículo 108 es importar, para fijar su hecho imponible, el esquema de tributación indirecta de las operaciones inmobiliarias.

Y en este esquema las piezas claves son el apartado Cuatro del artículo 4 de la Ley del IVA y el artículo 7.5 del Texto Refundido de la Ley del ITP y AJD. El primero de ellos, en la redacción dada por la Ley 7/2012, señala que: «Cuatro. Las operaciones sujetas a este impuesto no estarán sujetas al concepto "transmisiones patrimoniales onerosas" del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior las entregas y arrendamientos de bienes inmuebles, así como la constitución o transmisión de derechos reales de goce o disfrute que recaigan sobre los mismos, cuando estén exentos del impuesto, salvo en los casos en que el sujeto pasivo renuncie a la exención en las circunstancias y con las condiciones recogidas en el artículo 20.Dos.»

5. REGLAS DE LIQUIDACIÓN

5.1. Reglas generales

Una vez despejada la calificación de sujeción al IVA o a TPO, debe identificarse la normativa aplicable a la liquidación de tales hechos imponibles.

En el primer párrafo del apartado 2 del artículo 108 hay una mención a la tributación como transmisiones onerosas de bienes inmuebles que, como ya se ha comentado, podría interpretarse como utilizable exclusivamente en la calificación de sujeción o, en un sentido más amplio, a la aplicación en cada impuesto de las reglas propias de las transmisiones de bienes inmuebles.

De ser buena esta segunda opción, no sería necesario que este precepto precisara, entre otras, las reglas aplicables sobre exenciones, base imponible y tipo impositivo salvo para fijar un régimen especial dentro de cada impuesto. Pero si la primera mención a la equiparación de las transmisiones de valores a las inmobiliarias está limitada a los solos efectos de discernir el impuesto aplicable, el régimen del artículo 108 estaría tanto mejor definido cuanto más desarrollara las reglas liquidatorias en cada uno de los impuestos. Entre otras razones porque pudiera plantearse, por ejemplo, que a la base imponible que fija la ley en TPO le fuera aplicable el tipo impositivo de la transmisión de valores.

Sea como fuere, en los casos de sujeción al IVA hay, exclusivamente, una precisión de la cuantificación de la base imponible. En el caso de TPO también existe esa precisión junto a la previa mención expresa, y posiblemente insuficiente a estos efectos, de que «se aplicarán los elementos de dicho impuesto» sobre la base imponible que determina.

5.2. Base imponible

De modo coherente con la posibilidad de que resulte sujeción en IVA o en ITP y AJD, la nueva redacción del artículo 108 contempla diferenciadamente sendas reglas de base imponible. La 4.^a del apartado 3 es la del IVA y la 5.^a la aplicable en TPO. Y en ambas reglas se distingue, a su vez, entre los supuestos de las letras a) y b) del artículo 108.2 y el caso del artículo 108.2 c) relativo a la venta de valores recibidos como contraprestación en una aportación no dineraria.

Antes de analizarlas por separado debe destacarse que el valor de mercado a tener en cuenta, en la medida que luego se explica, no gira sobre el valor de los inmuebles no afectos, sino sobre el valor de «los bienes que deban computarse como inmuebles». Dado que no existe en este precepto un concepto específico de qué bienes deban computarse como inmuebles, habrá que entender subsistente la anterior doctrina administrativa sobre esta cuestión en negocios como concesiones, arrendamientos financieros y otros.

Por lo que pueda tener de distorsión entre el hecho y la base imponible, es más importante subrayar que, cuando entre en juego alguna de las presunciones, a efectos de determinar la suje-

ción se computan los bienes inmuebles no afectos, pero para calcular la base imponible se suma el valor de cualquier inmueble, esté o no afecto.

De gran relevancia puede resultar también que, ceñidos a la letra de las reglas 4.^a y 5.^a, para los supuestos de la letra c) (tribute en IVA o en TPO) y para los de las letras a) y b) que tributen por TPO se define la base imponible. En concreto, lo que se define como base imponible para la regla de TPO es la «parte proporcional sobre el valor real» de la totalidad de los activos. Y como regla del IVA en el caso de que sea aplicable el artículo 108.2 c), la base imponible es la «parte proporcional del valor de mercado» de los inmuebles aportados. Por su parte, en los casos de las letras a) y b) sujetas a IVA no se define exactamente la base imponible, sino que se dice cómo determinarla: en proporción al valor de mercado de los bienes inmuebles. Al analizar por separado cada impuesto se volverá sobre esta cuestión.

Finalmente, que en una regla se aluda a valor de mercado y en otra a valor real, no debería tener más trascendencia que la coherencia con la terminología propia y tradicional de cada impuesto.

Sobre la base imponible para el caso de sujeción al IVA («la base imponible se determinará en proporción al valor de mercado de los bienes que deban computarse como inmuebles»), definida en términos mucho más escuetos que los de la regla para TPO, puede apuntarse lo siguiente:

- A diferencia de lo que ocurre en TPO, la cuantificación de la base imponible no tiene en cuenta el porcentaje de participación que se pasa a obtener o a aumentar. So pena de constituir un notable olvido, la explicación de la diferencia vendría de que como la base imponible del IVA se va a referenciar al precio pagado por los valores, es innecesario ponderar ese cálculo en función del porcentaje transmitido.
- Por lógica y por analogía con la de TPO, hay que entender que la «proporción» a la que se refiere es a la que hay entre el valor de mercado de los bienes inmuebles y el total valor de mercado de las partidas del activo de la entidad participada.
- Supuesto que la proporción hay que determinarla de ese modo, queda por precisar sobre qué magnitud se aplica esa proporción porque, como ya se ha apuntado, no se define una base imponible sino un «procedimiento» para calcularla. Dos opciones resultan destacables: que esa proporción se aplique, precisamente, sobre el valor total de los activos o que se aplique sobre el precio de venta de los valores:
 - Tomar como 100% el valor total de los activos supone, en la práctica, que se tribute sobre el valor de mercado de los inmuebles. Esta opción puede apoyarse en que es la regla que se aplica también en TPO y en el supuesto de sujeción al IVA por el artículo 108.2 c). Adicionalmente, sería congruente que en una norma antifraude la determinación de la base imponible no se hiciera en función del precio pactado sino del valor real de lo transmitido.

En sentido contrario habría que apuntar que cuando el legislador ha querido, en este precepto, que se tome como base imponible el valor de los inmuebles, lo ha dicho expresamente (o al menos, con mayor claridad).

- Aplicar sobre el precio pactado por los valores la proporción que represente el valor de mercado de los inmuebles sobre el valor total de mercado de las acciones, tiene su principal valedor en las reglas de la ley del impuesto. Por un lado, la base imponible se define, con carácter general, como la contraprestación pactada. Esto es, el precio. Y en consonancia con ello se desarrolla una regla especial en el artículo 79.2 de la LIVA para cuando en una misma operación y por precio único se entreguen bienes de diversa naturaleza. En estos supuestos, en los que cabe apreciar cierta identidad de razón con lo gravado por el 108, la base imponible correspondiente a cada uno de ellos se determinará en proporción al valor de mercado de los bienes entregados o de los servicios prestados.

Adicionalmente, esa fórmula de construcción de la base imponible explica, como ya se ha dicho, que no se haga mención al porcentaje de valores que se adquiere con la operación agravada.

En sentido contrario, habría que argumentar sobre la pobre reacción ante un supuesto de fraude, la falta de adecuación con el sentido general del artículo 108 y su incoherencia con las otras reglas de base imponible.

Para el caso de que la operación esté gravada por TPO, la regla de cuantificación es sustancialmente idéntica a la de la redacción anterior, adaptando simplemente al nuevo hecho imponible la regla preexistente para el caso de gravar un control indirecto cuando hay varias participadas de segundo grado. Con la nueva redacción, se incluyen en base imponible solo los inmuebles de aquellas entidades cuyo activo esté integrado al menos por un 50% de inmuebles no afectos.