

LA CONCURRENCIA DE ÁNIMO DEFRAUDATORIO NO ES NECESARIA EN LA APLICACIÓN DE UNA NORMA ANTIELUSORIA. ANÁLISIS DE LA RECIENTE INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL ARTÍCULO 108 DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES

FERNANDO MARTÍN BARAHONA

Técnico de Hacienda

Extracto:

ANTE la respuesta dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Auto de 6 de octubre de 2010, asunto n.º C-487/09, a la decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en su Auto, de 24 de septiembre de 2009, recurso n.º 153/2005, hay que estimar que el artículo 108.2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, no da opción alguna a la posibilidad de valorar la concurrencia o no del ánimo tendencial de encubrir una transmisión de inmuebles a través de una operación de adquisición de valores mobiliarios, al prever la aplicación del gravamen del Impuesto sobre Transmisiones a toda clase de operaciones de valores mobiliarios que cumplan las dos circunstancias previstas en la citada norma. Así lo han recogido las últimas sentencias del Tribunal Supremo a las que se hace mención en este artículo.

Palabras clave: transmisión de valores, Impuesto sobre las Transmisiones Patrimoniales Onerosas, cláusula antievasión y ánimo defraudatorio.

INTENTION TO DEFRAUD IS NOT REQUIRED FOR THE APPLICATION OF AN ANTI-CIRCUMVENTION CLAUSE. ANALYSIS OF THE RECENT TRIBUNAL SUPREMO INTERPRETATION OF ARTICLE 108 OF THE LAW OF SECURITIES MARKET

FERNANDO MARTÍN BARAHONA

Técnico de Hacienda

Abstract:

In the reply given by the Court of Justice of the European Union, in its order of October 6th, 2010, issue n.º C-487/09, the preliminary ruling from the Tribunal Supremo in its order of September 24th, 2009, appeal n.º 153/2005, estimate that art. 108.2 Law 24/1988 of 28 July, Stock Market, does not give any option to consider the possibility of the existence or not it intends to cover a transfer of property through an acquisition of securities, as it provides for implementation of Transfer Tax levy to all types of securities transactions that meet two conditions under the rule. This has been stated in its recent judgments the Tribunal Supremo to those mentioned in this article.

Keywords: transfer of securities, Onerous Property Transfer Tax, anti-circumvention clause and intention to defraud.

Sumario

1. Cláusula antielusoria.
2. Debate doctrinal.
3. Tribunal Supremo.
4. Conclusión.

1. CLÁUSULA ANTIELUSORIA

El conocido artículo 108 de la Ley 29/1988, de 28 de junio, del Mercado de Valores, establece con carácter general la exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido y en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, para las transmisiones de valores de entidades mercantiles. No obstante, procede aplicar este último gravamen en aquellos casos en que el activo de la entidad se encuentre formado en su mayoría por activos inmobiliarios.

Para sujetar estas transmisiones a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas es necesario que se produzca alguna de estas dos situaciones:

1. Por una parte, que los valores o participaciones transmitidos o adquiridos representen partes alícuotas del capital social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones y otras entidades cuyo activo esté constituido al menos en su 50 por 100 por inmuebles situados en territorio nacional, siempre que, como resultado de dicha transmisión o adquisición, el adquirente obtenga la titularidad total de este patrimonio o, al menos, una posición tal que le permita ejercer el control sobre tales entidades. Tratándose de sociedades mercantiles se entiende obtenido dicho control cuando directa o indirectamente se alcance una participación en el capital social superior al 50 por 100.

El artículo matiza que, a los efectos del cómputo de este porcentaje del 50 por 100 del activo constituido por inmuebles, no se tienen en cuenta aquellos, salvo los terrenos y solares, que formen parte del activo circulante de las entidades cuyo objeto social exclusivo consista en el desarrollo de actividades empresariales de construcción o promoción inmobiliaria.

2. Cuando los valores transmitidos hayan sido recibidos por las aportaciones de bienes inmuebles realizadas con ocasión de la constitución o ampliación de sociedades, o la ampliación de su capital social, siempre que entre la fecha de aportación y la de transmisión no hubiera transcurrido un plazo de tres años.

En caso de cumplirse cualquiera de las dos situaciones anteriores, la compraventa de valores o participaciones estaría sujeta al tipo correspondiente a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas previsto para las transmisiones de bienes inmuebles. Este tipo puede oscilar, según la comunidad autónoma de ubicación de los inmuebles, entre el 6,5 por 100 de Canarias, y el 10 por 100 de Andalucía, Asturias o Extremadura.

La base imponible sobre la que se aplicaría el tipo de gravamen vendría determinada por el valor real de los bienes calculado de acuerdo con las reglas contenidas en la normativa vigente del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

En definitiva, **el artículo 108 se configura como una norma cautelar** que trata de evitar que la transmisión de inmuebles bajo la apariencia de una transmisión de valores escape de la sujeción a

Transmisiones Patrimoniales Onerosas, al incluir, tras el establecimiento de una exención de carácter general para las transmisiones de valores en el Impuesto sobre el Valor Añadido y en Transmisiones Patrimoniales, no el gravamen de las transmisiones de los valores, sino un supuesto de hecho que determina el devengo de esta última modalidad impositiva en los casos excepcionales de las exenciones previstas en ese precepto.

En la propia exposición de motivos de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores, se explica la justificación del artículo 108 señalando que con la finalidad de atender la propuesta de la Directiva de la Comunidad Económica Europea relativa a los impuestos indirectos sobre las transacciones de valores, la exención prevista en el Impuesto sobre el Valor Añadido para las operaciones sujetas al mismo se hace extensiva al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. **Se pretende con este artículo**, de acuerdo con lo previsto en la citada propuesta de Directiva, **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.**

Se regula, en fin, la obligación de información a la Administración tributaria de las operaciones sobre emisión, suscripción y transmisión, ya prevista por otros cauces en normas anteriores, pero que ahora se ve afectada por los principios de esta ley; y se dispone la extensión a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de régimen fiscal que la legislación vigente atribuye al Banco de España.

Esta ley tiene en cuenta los antecedentes legislativos, ya que el artículo 40 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, introdujo en nuestro sistema tributario medidas, entre otras, las de lucha contra la elusión del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales mediante la interposición de sociedades, precedente de gran valor también para la interpretación del posterior artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, que sustituyó al citado artículo 40 de la Ley 50/1977.

2. DEBATE DOCTRINAL

La aplicación automática de la modalidad impositiva de Transmisiones Patrimoniales Onerosas a las operaciones descritas en el artículo 108 ha sido cuestionada de forma reiterada por **la doctrina fiscal**, al considerar que **se trata de una norma antielusoria que no debería ser aplicada cuando está claro que no existe voluntad de eludir impuesto alguno** como, por ejemplo, cuando lo que se transmite son participaciones en entidades que, aun teniendo un activo mayoritariamente integrado por inmuebles, son plenamente operativas.

En nuestra jurisprudencia interna existen algunos precedentes en que **se ha considerado no procedente aplicar Transmisiones Patrimoniales Onerosas cuando no existe ninguna intención de eludir dicha modalidad impositiva**. Es el caso, por ejemplo, de la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en su sede de Granada, número 579/2008, de 29 de septiembre (NFJ032020)**, que se basa en una interpretación restrictiva del concepto de inmueble para concluir que Transmisiones Patrimoniales Onerosas no es aplicable a la adquisición de acciones de un matadero, a través de la que se obtiene el control efectivo de la empresa, para el desarrollo de la actividad empresarial que les es propia.

En su Fundamento de Derecho Segundo establece que «No tiene duda de que, con su mandato, el precepto (art. 108 de la LMV) ha pretendido evitar las transmisiones onerosas de bienes inmuebles encubiertas a través de la adquisición de títulos valores de sociedades que ostentaban la titularidad de dichos inmuebles, señalándose como ejemplo característico de las mismas, a las sociedades patrimoniales o de mera tenencia de bienes, sin que siendo ese el caso paradigmático que el precepto pretendía combatir, haya que entenderlo como el único expositivo de su posible aplicación. Solo, bajo esta perspectiva, se comprenden los dos requisitos apuntados en el precepto señalado para lograr su eficacia respecto a la realización de ese tipo de operaciones, por un lado, que el patrimonio de la sociedad sea eminentemente inmobiliario, de otro, que a resultas de la transmisión de sus títulos valores el adquirente de los mismos consiga el control efectivo de la sociedad.»

El Fundamento de Derecho Tercero añade: «**Del examen de los hechos** que se acompañan a los autos, claramente se desprende que **cuando el demandante adquiere participaciones de la entidad (...) en proporción superior a la mitad de su capital social, no lo hace pretendiendo el apoderamiento del patrimonio inmobiliario de la sociedad** con el que, posteriormente, poder especular, **sino, a lo sumo, intentando el control de una empresa cuya actividad es la de matadero industrial. Con la enajenación de tales títulos no se quiere llevar a cabo la transmisión encubierta de un patrimonio inmobiliario, sino de una empresa que se dedica, como se ha dicho, a matadero de animales; no existe afán especulativo distinto a la progresión en el desarrollo de esa actividad empresarial, de tal suerte que, de aplicarse como pretende la Administración, los términos del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores puesto en relación con lo establecido en el artículo 17.2 del texto refundido del impuesto que se está considerando al caso enjuiciado, quedaría sometida a gravamen la transmisión de una empresa por consideración a los inmuebles de los que es titular, de donde, claramente, se aprecia que la finalidad del precepto ha quedado totalmente desvirtuada, o dicho de otro modo, sus términos se han atraído para aplicarlos a una realidad inexistente o no prevista en ellos. Hay que entender, por ello, que con el control efectivo de la empresa por el demandante, no se ha pretendido la adquisición de sus terrenos y edificaciones, sino proseguir en el desarrollo de una actividad empresarial por completo ajena a la especulación inmobiliaria.**»

La sentencia concluye que **cuando se ha de acudir a interpretaciones forzadas de lo que el sentido común entiende por bien inmueble, se desnaturalizan los fines de la norma y se transforma en injusta en su aplicación. Se realiza un examen con relación al matadero, y se determina que la adquisición de acciones no tiene un destino inmobiliario. Por ello, entiende que nos hallamos ante un supuesto de exención en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, en su modalidad de transmisiones onerosas, que no encaja en la excepción prevista a la exención reconocida en el artículo 17.2 de su texto refundido.**

En un sentido similar se pronuncia la Sentencia del **Tribunal Superior del Justicia de la Región de Murcia, número 738/2008, de 29 de julio** (NFJ046236), que a través de una «interpretación conforme a la finalidad de la ley» llega a la conclusión de que no se aplica Transmisiones Patrimoniales Onerosas en el supuesto de transmisión de acciones de una sociedad cuyo objeto social es la prestación de servicios de pompas fúnebres y explotación de un tanatorio y dicha sociedad continúa prestando su actividad con posterioridad a la transmisión, ya **que no parece que pueda mantenerse que el motivo de la transmisión sea el de encubrir una transmisión de inmuebles.**

Por el contrario, otros Tribunales Superiores han considerado que la aplicación de Transmisiones Patrimoniales Onerosas no puede evitarse aun en el caso de probar que no existe ánimo defraudatorio. Este es el caso que se resuelve por la Sentencia del **Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, número 608/2004, de 28 de mayo** (NFJ017338), en la que establece que **la finalidad de la norma está encaminada a evitar conductas fraudulentas, pero ello no implica que pueda evitarse su aplicación mediante la prueba de inexistencia de ánimo defraudatorio.**

En el Fundamento de Derecho Cuarto establece que «ninguna presunción de fraude puede considerarse consagrada tampoco por el precepto que ahora se trata, que, según se verá, contaba ya con precedentes y que de forma distinta, aun **con la finalidad de evitar la utilización fraudulenta de la exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido de las transmisiones de títulos societarios, se limita a ofrecer a algunas de ellas un tratamiento diverso, sometiéndolas a tributación por otro tributo y ello, exista o no fraude, con la evidente y razonable finalidad de ajustar aquel tratamiento legislativo al verdadero trasfondo sustantivo de tales operaciones**, que no es otro que el de la materialización a través de ellas de cambios en la titularidad de bienes inmuebles, aunque esos cambios sean indirectos, producidos a través de la transmisión de las acciones o participaciones de las entidades jurídicas propietarias».

La naturaleza antielusoria del precepto ha sido aceptada por el Tribunal Supremo en varias sentencias. A modo de ejemplo, puede citarse la emitida con fecha de 21 de enero de 2003, recurso número 618/1998 (NFJ014784), cuando establece que «las excepciones al sistema de exenciones tributarias en las transmisiones de valores previstas en el citado artículo 108 responden a la lucha contra el fraude fiscal y pretenden impedir que queden exentas operaciones que impliquen la adquisición del poder de control y disposición —en este caso— sobre el patrimonio inmobiliario de un grupo de sociedades.»

La sentencia resolvió no procedente aplicar la exención en Transmisiones Patrimoniales Onerosas puesto que al adquirir la sociedad «A» de la sociedad «B» el 100 por 100 de las acciones de las sociedades «C» y «D» adquirió, al menos de un modo indirecto, el 85 por 100 de las acciones que dichas sociedades «C» y «D» ostentaban en el capital social de «B» y, en consecuencia, la sociedad adquirente «A», que ya detentaba el 15 por 100 de las acciones de la citada sociedad «B», obtuvo con ello el poder de control y la disposición del patrimonio de las otras dos sociedades y, en consecuencia, de los inmuebles comprendidos en el mismo.

No obstante, **consciente de las dificultades que plantea la aplicación indiscriminada de este precepto**, el **Alto Tribunal** decidió plantear mediante **Auto de 24 de septiembre de 2009** (NFJ036259), **cuestión prejudicial** al Tribunal de Luxemburgo sobre la compatibilidad del artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores con la Directiva 69/335/CEE, del Consejo, de 17 de julio de 1969 (actualmente sustituida por la Directiva 2008/7/CE, de 12 de febrero), que prohibía en su artículo 11 a) el gravamen de la circulación de acciones, participaciones y títulos análogos, autorizando exclusivamente el artículo 12.1 a) a los Estados Miembros para percibir impuestos sobre la transmisión de valores mobiliarios.

El auto reconoce que el artículo 108.2 de la Ley 24/1988 no da opción alguna a la posibilidad de valorar la concurrencia o no del ánimo tendencial de encubrir una transmisión de

inmuebles a través de una operación de adquisición de valores mobiliarios, sino que, de modo automático, prevé la aplicación del gravamen del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales a toda clase de operaciones de valores mobiliarios que cumplan las dos circunstancias previstas, sin dejar la posibilidad de valorar la existencia del ánimo elusorio en las operaciones.

El Abogado del Estado sostiene que la norma es cautelar, y que no puede afirmarse que sea necesaria la existencia de un ánimo elusorio específico por parte del sujeto destinatario de la norma, pues esta lo que pretende es evitar un determinado resultado, con independencia del ánimo específico del agente, y esto es así porque «la norma prevista en el artículo 108 de la LMV para gravar determinadas transmisiones de valores que encubren transmisiones de inmuebles no pretende atajar conductas de elusión o evasión de impuestos, sino, simplemente, gravar tales transmisiones de valores como transmisiones de inmuebles, pues el objeto subyacente que realmente se transmite es un bien inmueble».

Se trataba de saber si la Directiva aplicable admite gravar la transmisión de valores mobiliarios de modo automático y general, como se deduce del texto literal de la norma española, artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores, o únicamente en los supuestos de transmisión que en realidad encubren una operación de transmisión de todo o parte del patrimonio inmobiliario de una sociedad para eludir así el Impuesto sobre Transmisiones. Por ello, planteó las dos siguientes cuestiones:

- Si el artículo 12.1 a) de la Directiva admite gravar la transmisión de valores mobiliarios de modo automático y general, como se deduce del texto literal del artículo 108 de la Ley 24/1988 (Mercado de Valores), o únicamente en los supuestos de transmisión de todo o parte del patrimonio inmobiliario de una sociedad para eludir así el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas.
- **Si la normativa comunitaria permite que el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores pueda 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 se transmitan títulos que desarrollan una contrastada actividad económica**, ya que la norma española no excluye de gravamen las transmisiones de valores que denotan la transmisión de un negocio en funcionamiento, al no atender a la finalidad de la operación, de igual manera que con independencia del ánimo elusorio la norma se aplica de forma automática cuando se incurre en el supuesto tipo.

Pues bien, a tal efecto, el **Tribunal de Justicia de la Unión Europea**, mediante **Auto de 6 de octubre de 2010**, asunto n.º C-487/09 (NFJ040281), resolvió que **la Directiva 69/335/CEE** (Impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales) y, más concretamente, sus artículos 11 a) y 12.1 a), **no se oponen a una norma como la establecida en el artículo 108.2 de la Ley 24/1988, incluso en los supuestos en que no haya habido intención de eludir el impuesto, aun tratándose de sociedades plenamente operativas y los inmuebles no puedan disociarse de la actividad económica desarrollada por dichas sociedades.**

Con esta resolución se confirma la plena validez de la norma española y la no necesaria concurrencia de ánimo defraudatorio a la hora de aplicar del citado precepto.

3. TRIBUNAL SUPREMO

Una vez emitido el citado auto, ¿qué es lo que ha resuelto el Tribunal Supremo? Pues a pesar de un pronunciamiento que luego indicaremos, **ha consolidado la doctrina de la no necesidad de concurrencia de ánimo defraudatorio a la hora de aplicar el artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores.**

En primer lugar, podemos citar la **Sentencia de 12 de mayo de 2011, recurso número 2330/2008** (NFJ043293). El caso que da lugar a la resolución consiste en una transmisión de acciones de una mercantil por la que la entidad actora adquiere el 94,78 por 100 de su capital social, asumiendo, por tanto, una posición de control sobre la misma, es decir, la situación de dominio social que exceptúa la exención prevista en el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores.

Resulta que el activo de la mercantil estaba constituido en más de un 50 por 100 por bienes inmuebles situados en territorio español, como demuestra el balance de situación de la entidad elaborado a la fecha de otorgamiento de la escritura de compraventa. En particular, los bienes inmuebles propiedad de esta mercantil, que no tenía por objeto social exclusivo el desarrollo de actividades empresariales de construcción o promoción inmobiliaria, representaban el 78,93 por 100 de su activo cuando la entidad actora adquirió sus acciones. De acuerdo con lo anterior, se cumplen los requisitos exigidos legalmente para que la operación de compraventa quedara gravada por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

La recurrente dedica todo su escrito de interposición a defender la exención de la adquisición de la partición indicada **porque en ningún caso intentó eludir el pago del tributo**, encubriendo una transmisión de inmuebles, sino, por el contrario, fortalecer su presencia en un sector como el de la gestión de residencias para personas mayores y discapacitadas.

Pues bien, el Alto Tribunal resuelve que no es óbice para la práctica de la correspondiente autoliquidación que se defienda –e insiste que no hay razón para dudar de ello– que no existe intención alguna de defraudar en la operación concertada, ya que la norma no recoge ninguna previsión al respecto. **El hecho de que con el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores se intente evitar el fraude no significa que siempre que dicho precepto se aplique lo sea partiendo de la premisa de que el mismo concurre, por lo que no es preciso que exista o se acredite tal elemento, siendo suficiente con que, como sucede en este caso, se cumplan los requisitos que la norma taxativamente establece.**

En la **Sentencia de 18 de octubre de 2011, recurso número 153/2005** (NFJ044778), emitida tras plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, estima que **el artículo 108.2 de la Ley 24/1988, no da opción alguna a la posibilidad de valorar la concurrencia o no del ánimo tendencial de encubrir una transmisión de inmuebles a través de una operación de adquisición de valores mobiliarios, al prever la aplicación del gravamen del Impuesto sobre Transmisiones a toda clase de operaciones de valores mobiliarios que cumplan las dos circunstancias previstas en la citada norma.**

En el Fundamento de Derecho Tercero también expresa que la normativa comunitaria no distingue entre sociedades patrimoniales y sociedades que desarrollan una actividad económica, por lo

que hay que entender que, en principio, la ley no excluye de gravamen las transmisiones de valores que denotan la transmisión de un negocio en funcionamiento.

Estas dos sentencias suponen el reconocimiento y la consagración de la aplicación del precepto de forma automática en todos aquellos casos en que se produzcan las circunstancias detalladas en el mismo, y todo ello, con independencia de que se persiga o no eludir el pago de la modalidad impositiva de Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

No obstante, como hemos adelantado, el mismo Alto Tribunal, en **Sentencia de 17 de octubre de 2011, recurso número 2619/2007** (NFJ044797) (es decir, un día antes de la mencionada anteriormente), emitió una solución totalmente distinta. Así, la sentencia se descuelga, y afirma todo lo contrario, al indicar que **es necesaria la concurrencia del ánimo defraudatorio para aplicar la excepción a la exención en Transmisiones Patrimoniales Onerosas prevista en el artículo 108.**

La operación que da lugar al fallo consiste en la adquisición de la totalidad de las acciones de una sociedad en cuyo activo se encuentra un inmueble junto a una serie de derechos de arrendamiento. Pues bien, la controversia se centra en la aplicación del valor real del inmueble o el uso del valor contable del mismo. Y el Alto Tribunal se decanta por estimar que a los efectos de la previsión jurídica vigente en el artículo 108, el resultado al que ha de atenderse no es sino el valor real del edificio transmitido, el cual, no alcanzaría el 50 por 100 del activo de la sociedad.

No resulta razonable, a juicio del Tribunal, que se compare el valor real de un elemento del activo con el valor teórico del conjunto del activo, de tal forma que el criterio de valoración de ambas magnitudes debe ser el mismo, un criterio que permita comparar el valor real del –en este caso– hotel, con el real del conjunto del activo, en el que tienen un papel relevante los derechos de explotación a largo plazo de un gran número de establecimientos hoteleros. Así, los contratos de arrendamiento en que se materializan suponen en un sector como el de la hostelería un altísimo valor intrínseco y de mercado, al constituir las plazas hoteleras el activo fundamental para operar en el mercado turístico, que constituyen un fondo de comercio. Y, si bien es cierto que conforme al principio de prudencia no se puede contabilizar, al no haberse puesto de manifiesto el fondo de comercio en una transmisión onerosa, sino tratarse de una generación interna del mismo, debe ser tomado en consideración para determinar el valor total del activo de cualquier sociedad que sea objeto de transmisión cuando esa transmisión se esté realizando a valores reales y no a valores contables, como es el caso. En definitiva, el Tribunal de instancia, incluyendo un fondo de comercio interno como parte integrante del activo de una sociedad a efectos del cómputo del porcentaje señalado en el artículo 108.2 de la Ley 24/1988 (Mercado de Valores) ha interpretado la norma conforme a Derecho, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad.

En su Fundamento de Derecho Primero establece que: «(...) no cabe olvidar que la norma citada –ello es reiterado tanto por la exposición de motivos de la Ley del Mercado de Valores como por la doctrina jurisprudencial emitida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Ejemplificativo de esta es la amplia STS, 3.ª, Sección 4.ª, de 30 abril 2004– tiene un objetivo antielusión (evitar la falta de pago de impuestos por la adquisición de bienes inmuebles que, en principio, están sujetos al ITP y AJD) objetivo que, de ningún modo, consta que se haya cumplido en el marco del proceso (...)».

A juicio del Tribunal resulta obvio que **con la citada operación no se ha pretendido adquirir ningún inmueble mediante una sociedad interpuesta de carácter instrumental, sino que la ope-**

ración se realizó por puros motivos empresariales y de estrategia de negocio absolutamente ajenos a la tributación de la operación: la intención no era en ningún caso la adquisición de un inmueble, sino que simplemente era la de adquirir acciones de una sociedad en funcionamiento dedicada al negocio de la hostelería, que no solo era arrendataria de un gran número de plazas hoteleras sino que también era propietaria de un hotel.

En su Fundamento de Derecho Quinto señala que: «Consecuentemente, la compraventa de acciones (...) no tiene la finalidad de eludir la tributación por el ITP y AJD, en su modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas». Por ello, «De acuerdo con las reglas de la sana crítica, (...) resulta evidente que en la operación de compraventa de las acciones de la sociedad (...) no se estaba "simulando" la venta de un bien inmueble, utilizando como instrumento una sociedad interpuesta, ni se trataba de evitar a toda costa la tributación en el ITP y AJD, máxime cuando entre las partes se pacta un precio 72 veces superior al valor teórico contable de la compañía y 12 veces superior al valor real del inmueble (...)».

A pesar de este pronunciamiento, consideramos que **la posición del Alto Tribunal es la de aplicar el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores de una forma literal a cualquier caso, incluidos aquellos en los que no haya indicio de ánimo elusorio**. Así lo vuelve a reiterar en otra Sentencia posterior, **de 22 de diciembre de 2011, recurso número 3225/2008 (NFJ045935)**, cuando señala que el hecho de que con el artículo 108 de la Ley 24/1988 se intente evitar el fraude no significa que siempre que dicho precepto se aplique lo sea partiendo de la premisa de que el mismo concurre, por lo que no es preciso que exista o se acredite tal elemento, siendo suficiente con que, como sucede en este caso, se cumplan los requisitos que la norma taxativamente establece para aplicar o no la exención.

Por último, podemos indicar que ya ha habido algún **Tribunal Superior de Justicia** que se hace eco de esta posición. Así, el de **Andalucía**, con sede en Granada [**Sentencia 1918/2011, de 19 de septiembre (NFJ045971)**], repasa la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2011, y concluye que: «**la sujeción al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales**, modalidad "transmisiones onerosas", de valores representativos del capital social de sociedades cuyo activo quede constituido por bienes inmuebles, al menos en un 50 por 100, **no está condicionada a la demostración de que en dicha transacción haya existido ánimo fraudulento** para adquirir un patrimonio inmobiliario mediante la compra de títulos representativos del mismo porque **es suficiente la constatación de que el patrimonio social de la entidad participada se compone básicamente de bienes inmuebles y de que con la adquisición de esos títulos valores la adquirente pasa a tener posición hegemónica en la entidad participada, para que resulte de aplicación la norma contenida en el artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores**. Dicho lo cual, tampoco de lo afirmado se debe desprender que la aplicación de su mandato haya de serlo de forma automática, residenciándose, a juicio de esta Sala, la piedra de toque de su aplicabilidad al caso, en el hecho de que en la sociedad que amplía su capital (...) —en este caso— quede acreditado de forma indubitada que su capital social está constituido por bienes inmuebles, en más de un 50 por 100 del mismo.»

4. CONCLUSIÓN

El debate doctrinal surgido desde la entrada en vigor de esta norma antielusoria ha residido en si la excepción a la exención en Transmisiones Patrimoniales Onerosas resulta de aplicación automática

siempre que en el supuesto de hecho contemplado se den las condiciones exigidas por el referido precepto, o bien, además de la concurrencia de tales requisitos legales, se hace imprescindible acreditar el ánimo de defraudar por parte de quien adquiere títulos valores de una entidad haciéndose con su control mayoritario y siempre que la sociedad que los transmite tenga un capital social representado en más del 50 por 100 por bienes inmuebles.

Pues bien, al amparo de la vigente redacción del artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores, no se requiere de la existencia de un ánimo elusorio para poder determinar su aplicación. La voluntad del legislador está clara en este sentido: sometimiento a la modalidad impositiva de Transmisiones Patrimoniales Onerosas de aquellas operaciones descritas en el artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores, exista o no ánimo defraudatorio.

Por otro lado, y si se dudaba de su compatibilidad con el ordenamiento comunitario, se ha de recordar que tanto la Directiva 69/335/CEE como la vigente 2008/7/CE no entran en conflicto con el citado precepto, ni en los casos en que se produce una operación de «concentración de capitales» (constitución, ampliación de capital, incremento de fondos propios o, en definitiva, incremento neto de la afectación de capital al desarrollo de una actividad económica), ni en las de «modificación de capitales» (ya sea operaciones de transmisión, de compraventa o de permuta, en las que el capital afecto del vendedor resulta sustituido por capital del comprador).

Como resolvió el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la citada Directiva 2008/7/CE resulta compatible con el artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores en aquellos casos en los que tiene lugar la adquisición mediante compraventa de la mayoría del capital de sociedades cuyo activo se encuentra mayoritariamente integrado por inmuebles. Y ello con independencia de que dichas sociedades resulten plenamente operativas y de que los inmuebles en cuestión no puedan disociarse de la actividad económica desarrollada por la sociedad. La afectación de los bienes inmuebles al desarrollo de una actividad económica, con independencia de la naturaleza de esta última, no imposibilita el devengo de Transmisiones Patrimoniales Onerosas en aquellos supuestos en los que se cumplan las circunstancias que determinan su aplicación, con la excepción hecha a aquellos inmuebles, salvo los terrenos y solares, que formen parte del activo circulante de las entidades cuyo objeto social exclusivo consista en el desarrollo de actividades empresariales de construcción o promoción inmobiliaria.

La mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo avalan esta interpretación, y lo confirman las emitidas durante el año 2011, con la excepción de la Sentencia de fecha de 17 de octubre, fallo que se aparta de esta doctrina que entendemos consolidada en nuestro ordenamiento, que no es otra que **el hecho de que el artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores intente evitar el fraude no significa que siempre que dicho precepto se aplique lo sea partiendo de la premisa de que el mismo concurre, por lo que no es preciso que exista o se acredite tal elemento, siendo suficiente con que, como sucede en este caso, se cumplan los requisitos que la norma taxativamente establece para aplicar o no la exención.** Se trata de una norma tributaria que excede del de una cláusula anti-elusión de carácter excepcional, puesto que la misma ha de aplicarse, con independencia de presencia o no de fraude. Otra alternativa, dado su carácter excepcional, habría supuesto que el legislador hubiera reconocido alguna salvedad para aplicar esta modalidad impositiva, cosa que no ha realizado.