

EL ARTÍCULO 108 DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES: UNA REVISIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES MÁS RELEVANTES RECAÍDAS EN TORNO A SU INTERPRETACIÓN

DAVID PÉREZ-BUSTAMANTE

*Profesor de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Rey Juan Carlos
Abogado. Uría Menéndez*

MIGUEL BASTIDA PEYDRO

Abogado. Uría Menéndez

Extracto:

ANÁLISIS de la evolución legislativa y de la posición de la jurisprudencia en relación con el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores. Concretamente, se analizarán las sentencias relativas a los aspectos más controvertidos de la aplicación del mencionado artículo, incluyendo tanto los criterios ya incorporados a la redacción actual como aquéllos no incluidos en ella.

Palabras clave: (Impuesto sobre) Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, (Ley del) Mercado de Valores, Tribunal Supremo, Comisión Europea y Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

SECTION 108 OF THE SPANISH SECURITIES ACT: ANALYSIS OF THE MOST RELEVANT CASE LAW REGARDING ITS INTERPRETATION

DAVID PÉREZ-BUSTAMANTE

*Profesor de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Rey Juan Carlos
Abogado. Uría Menéndez*

MIGUEL BASTIDA PEYDRO

Abogado. Uría Menéndez

Abstract:

ANALYSIS of the legislative evolution and of the position of the Courts in relation to section 108 of the Spanish Securities Act. More specifically a review of the case law in relation to the most disputed aspects of said section will be carried out, including both the criteria incorporated to the current wording of said section and those criteria that have not been included.

Keywords: Transfer Tax and Stamp Duty (Act), Securities (Act), Supreme Court, European Commission and European Court of Justice.

Sumario

1. Introducción.
2. Criterios jurisprudenciales incorporados en la actual redacción del artículo 108 de la LMV.
 - 2.1. Criterios de valoración del activo inmobiliario: valor de mercado *versus* valor contable.
 - 2.2. Determinación de la base imponible: porcentaje adquirido frente a exigibilidad única.
 - 2.3. Adquisición por entidades del grupo: adquisiciones indirectas y adquisiciones a través de sociedades filiales que no adquieren control.
3. Criterios jurisprudenciales no incorporados en la redacción del artículo 108 de la LMV.
 - 3.1. Inclusión de activos inmobiliarios afectos a actividades económicas.
 - 3.2. Activos no recogidos en la contabilidad.
4. Compatibilidad del artículo 108 de la LMV con la normativa comunitaria.
 - 4.1. Compatibilidad con la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del IVA.
 - 4.2. Compatibilidad con la Directiva 2008/7/CE relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales.
 - 4.3. La cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo.
5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores («**LMV**») ¹ constituye una de las normas antiabuso de más tradición dentro del sistema tributario español. Desde la versión original y menos refinada que se establecía en la Ley 50/1977 y en la Orden Ministerial de 14 de enero de 1978 hasta su actual redacción, objeto de reformas en los años 2006 y 2009, el espíritu de la norma se ha mantenido aunque la redacción de dicha norma ha ido evolucionando hasta constituir de facto un hecho imponible nuevo.

El supuesto de hecho gravado por el artículo 108 de la LMV es la obtención del control (más del 50% del capital social) sobre una sociedad cuyo activo consista de forma mayoritaria en inmuebles situados en territorio español. A tales efectos, se considera que el activo es mayoritariamente inmobiliario en caso de que los inmuebles supongan más del 50 por 100 del peso del activo de la compañía.

El objetivo ha sido y aparentemente sigue siendo evitar que mediante fórmulas de interposición societaria se eluda la tributación indirecta en el tráfico inmobiliario y, más en concreto, la tributación por la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, «**ITP**»). Sin embargo, el camino emprendido por los tribunales y, por qué no decirlo, también por el legislador a través de las correspondientes modificaciones del precepto, ha sido convertir la transmisión de acciones de sociedades con activo inmobiliario en un hecho gravado por el ITP con independencia del ánimo defraudatorio que pudiera concurrir en la operación concreta.

Cierto es que en muchos casos la línea que separa operaciones perfectamente válidas desde el punto de vista de la conformidad con la finalidad de la norma y operaciones que fuerzan las dispo-

¹ Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

siciones existentes para aprovecharse de posibles lagunas normativas no es siempre evidente. Sin embargo, también nos parece que la reacción del legislador y de la jurisprudencia al analizar y aplicar el artículo 108 de la LMV no ha sido, en nuestra opinión, suficientemente ponderada a la luz de las situaciones de hecho analizadas ².

En este artículo pretendemos hacer una revisión de los criterios que los tribunales nacionales (y, en su caso, internacionales) han mantenido al respecto del artículo 108 de la LMV en los distintos casos analizados a lo largo de los más de 20 años de vida del precepto. Algunos de estos criterios se han incorporado en las sucesivas reformas operadas en el artículo en cuestión (en especial en la reforma del año 2006) mientras que otros se refieren a otros aspectos del precepto que han resultado controvertidos y que, previsiblemente, lo seguirán siendo en tanto no medie reforma legislativa o jurisprudencia vinculante que emane del Tribunal Supremo.

Por motivos de una mayor claridad de la exposición, nos vamos a referir en primer lugar a los criterios jurisprudenciales que ya han encontrado acomodo en la redacción del artículo 108 de la LMV y como punto de partida para analizar otras posibles dudas interpretativas que puedan surgir. Continuaremos con aquellos aspectos controvertidos cuya resolución aún permanece en el ámbito de resoluciones judiciales. Por último, haremos una referencia a los movimientos que ha habido en torno al artículo en cuestión y que ponen en tela de juicio la compatibilidad de la norma con el Derecho Comunitario.

2. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES INCORPORADOS EN LA ACTUAL REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 108 DE LA LMV

2.1. Criterios de valoración del activo inmobiliario: valor de mercado *versus* valor contable

Dado que el presupuesto de hecho que desencadena la tributación por ITP de la compra de las acciones es la obtención de control sobre una sociedad en la que más del 50 por 100 de su activo está compuesto por inmuebles situados en territorio español, uno de los aspectos que ha generado más controversia consistió en determinar si el valor de los activos que debe tenerse en cuenta a efectos del cómputo era el valor contable o el valor de mercado.

² Coincidimos en este punto con FUSTER TOZER y MARÍN BENÍTEZ, cuando señalan que: «Este planteamiento del artículo 108.2 de la LMV como norma anti-elusión de carácter específico deberá ser cuestionado tras las modificaciones que en su redacción introducirá la Ley de medidas de prevención del fraude fiscal. Así, los diferentes elementos constitutivos de la norma (supuesto de hecho, sujeto pasivo, base imponible) se van a configurar con la nueva redacción alrededor del concepto "toma de control" sobre una sociedad con patrimonio mayoritariamente inmobiliario, concepto este que presenta poca o ninguna conexión el hecho imponible del IVA (entrega de bienes) o con el concepto *Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITP y AJD*. Por otro lado, de un supuesto de hecho taxativo y con un ámbito de aplicación muy limitado, se va a pasar a un supuesto de hecho de contornos indefinidos y mucho más amplio. Siendo así, nos parece que la nueva redacción de la norma inaugura el establecimiento de un nuevo hecho imponible [...]». Rafael FUSTER TOZER y Gloria MARÍN BENÍTEZ. «El artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores: Norma Anti-Elusión o Nuevo Hecho Imponible en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas». Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm. 34, 2006, pág. 103.

Tanto la Dirección General de Tributos («DGT»)³ como el Tribunal Económico Administrativo Central («TEAC»)⁴ entendieron que el valor que se había de tomar es el valor real de los inmuebles y no su valor contable. De esa manera, se evitaba la utilización de valores que podrían haber quedado desfasados y así quebrar la finalidad de lucha contra operaciones abusivas que impregna al artículo 108 de la LMV. Este riesgo se incrementaba considerablemente en los casos en los que la adquisición del inmueble por la sociedad objeto de transmisión había tenido lugar en una fecha alejada de la fecha de transmisión de las acciones.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia 946/2004, de 15 de octubre (NFJ019628), el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en su Sentencia 72/2006, de 3 de marzo (NFJ023061) y el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en su Sentencia 28/2007, de 19 de enero de 2007 (NFJ033376), vinieron a sentar asimismo este criterio.

El criterio sentado en las resoluciones de los mencionados tribunales fue santificado por la nueva redacción que la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de prevención del fraude fiscal, que estableció que «para realizar el cómputo del activo, los valores netos contables de todos los bienes se sustituirán por sus respectivos valores reales determinados a la fecha en que tenga lugar la transmisión o adquisición» y que «el cómputo deberá realizarse en la fecha en que tenga lugar la transmisión o adquisición de los valores o participaciones, a cuyos efectos el sujeto pasivo estará obligado a formar un inventario del activo en dicha fecha y a facilitarlo a la Administración tributaria a requerimiento de ésta».

Por lo tanto, a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley 36/2006 la polémica quedó totalmente superada al prevalecer el valor real de los inmuebles para determinar el peso del activo inmobiliario respecto del activo total. A efectos de que la comparación lo sea de valores homogéneos, el resto de las partidas del activo deberán situarse en términos de valor de mercado y ello puede suponer grandes dosis de incertidumbre. En especial, en los casos de valoraciones de elementos del activo intangible tales como fondos de comercio, licencias, marcas, etc.

2.2. Determinación de la base imponible: porcentaje adquirido frente a exigibilidad única

En la redacción original del artículo 108 de la LMV no se precisaba si la obtención de control sobre una sociedad inmobiliaria suponía la obligación de liquidar el impuesto tomando como base el valor de mercado de la totalidad de los bienes inmuebles con independencia del tanto de control obtenido o si la base imponible debería ser proporcional a dicho porcentaje⁵. La Administración tributaria, a través de las contestaciones de la DGT, se posicionó a favor de la primera interpretación, mientras que los tribunales de justicia parecieron acoger el segundo criterio.

³ Contestación a la Consulta de fecha 20 de febrero de 1998 (NFC012043).

⁴ Resoluciones de fecha de 16 de febrero de 2005 (NFJ019577), 28 de julio de 2004 (NFJ019016) y 9 de mayo de 2001 (NFJ011065).

⁵ Si seguimos la primera teoría, la adquisición del 51 por 100 del capital social de una sociedad inmobiliaria implicaba liquidar el ITP sobre el valor de mercado del 100 por 100 de los inmuebles poseídos por dicha sociedad. De acuerdo con la segunda vía de interpretación, la base imponible se reduciría al 51 por 100 del valor de los inmuebles.

Ya la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 5 de noviembre de 1998 (NFJ007388), consideró que la base imponible debía limitarse al porcentaje de participación adquirida.

La misma conclusión puede extraerse de las Sentencias 608/2004, de 28 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (NFJ017338), la Sentencia 15/2006, de 31 de enero, del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (NFJ022386), así como la Sentencia 531/2009, de 10 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (NFJ034908).

Finalmente, el Tribunal Supremo en Sentencias de 30 de abril de 2004 (NFJ017026) y 17 de mayo de 2006 (NFJ023556) consolidó la jurisprudencia en la materia. En concreto, en la primera de las sentencias y respecto de un supuesto en el que una persona física que poseía el 44,14 por 100 de una sociedad inmobiliaria adquiriría el 35 por 100 adicional, el Tribunal Supremo concluyó que la base imponible debía ser del 35 por 100.

La posición del Tribunal Supremo se trasladó a la nueva redacción del artículo 108 de la LMV dada por la Ley 36/2006. Además, se aprovechó para corregir las imperfecciones que esta doctrina podría acarrear de trasladarse en términos literales. Así, el artículo 108.3 de la LMV establece que la base imponible será «la parte proporcional sobre el valor real de la totalidad de las partidas del activo que, a los efectos de la aplicación de esta norma, deban computarse como inmuebles, que corresponda al porcentaje total de participación que se pase a tener en el momento de la obtención del control o, una vez obtenido, onerosa o lucrativamente, dicho control, al porcentaje en el que aumente la cuota de participación».

Como se puede apreciar, de no haberse modificado la redacción relativa al hecho imponible y a la base del impuesto, la posición del Tribunal Supremo hubiera determinado una considerable reducción del impuesto en casos de adquisición de control en varias etapas (puesto que solamente tributaría la adquisición que finalmente permitiera adquirir más del 50%⁶) y a una imprecisión respecto del tratamiento de los posteriores incrementos de control que se fueran produciendo (con el consiguiente riesgo de que también quedasen fuera del ámbito del impuesto).

En relación con la nueva redacción de las normas sobre base imponible, el hecho de que se establezca como hecho imponible complementario (en el sentido de que su nacimiento está condicionado a la previa existencia de control) el incremento de control sobre una sociedad inmobiliaria supone que en los casos de adquisiciones sucesivas de participaciones la base imponible variará en función de que cambien la composición del activo y los valores de mercado de los inmuebles.

Por ejemplo, podría ocurrir que la adquisición del 51 por 100 de las acciones de una sociedad inmobiliaria tuviera lugar en el momento en el que el 100 por 100 de su activo esté compuesto por bienes inmuebles situados en territorio español, mientras que el 49 por 100 restante se adquiriera en una fecha posterior en la que la sociedad inmobiliaria haya diversificado sus inversiones y tras la venta de alguno de los inmuebles situados en territorio nacional haya adquirido otros situados en el extranjero.

⁶ Por ejemplo, en caso de que la participación originaria fuese del 49 por 100 y posteriormente se adquiriera el 2 por 100, la tributación se referiría exclusivamente al 2 por 100 adicional adquirido.

2.3. Adquisición por entidades del grupo: adquisiciones indirectas y adquisiciones a través de sociedades filiales que no adquieren control

En el pasado se utilizaron una serie de estructuras de adquisición que, aunque no estaban exentas de riesgo, pretendían evitar la realización del hecho imponible previsto en el artículo 108 de la LMV con base en la literalidad de la norma. Estas estructuras consistían esencialmente en:

- (i) La adquisición de sociedades que, sin disponer de inmuebles directamente, tenían la mayoría del capital social de sociedades con inmuebles.
- (ii) La adquisición de la sociedad con inmuebles utilizando dos o más sociedades en la compra, de forma que ninguna de ellas alcance una participación en el capital social de la sociedad con inmuebles superior al 50 por 100.

La reacción administrativa frente a este tipo de operaciones no se hizo esperar y se suscitaron algunos pleitos que dieron lugar a diversas resoluciones en las que se ponía en tela de juicio su conformidad con la legalidad vigente. Entre ellas, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2003 (NFJ014784), que consideró aplicable el ITP en un supuesto de adquisición de una sociedad que tenga la mayoría del capital social de otra sociedad que tenga mayoría de inmuebles, y la Resolución del TEAC de 5 de marzo de 2003 (NFJ014349), que determinó la tributación por ITP de la adquisición de la mayoría de una sociedad con inmuebles mediante dos sociedades.

Además, la resolución del TEAC entendió que había existido simulación por la ausencia en las sociedades adquirentes de actividad efectiva y estructura empresarial, así como de capacidad económica, unido ello a la proximidad entre la fecha de constitución de estas sociedades y la de la operación de compra. Esta conclusión abría las puertas a la eventual imposición de sanciones como represión de la conducta desarrollada por los sujetos pasivos.

La Ley 36/2006, en lo que afecta al artículo 108 de la LMV, trató de excluir del mercado estas prácticas al definir de manera extensiva el hecho imponible en cuanto a la definición del supuesto de hecho y a la determinación del cómputo del porcentaje de control.

En primer lugar, el artículo 108 de la LMV en su redacción actual sujeta al ITP la adquisición de control sobre sociedades en cuyo activo se incluyan valores que les permitan ejercer el control en una sociedad inmobiliaria. De esa manera, se reacciona frente a la realización de adquisiciones de sociedades inmobiliarias de forma indirecta (adquisición de sociedades cuyo único activo consistía en las participaciones de una sociedad inmobiliaria) para evitar la tributación por ITP.

Por otra parte, y frente a la utilización de sociedades filiales para llevar a cabo la adquisición, según establece el artículo 108.2 a) de la LMV, «tratándose de sociedades mercantiles, se entenderá obtenido dicho control cuando directa o indirectamente se alcance una participación en el capital social superior al 50 por 100. A estos efectos se computarán también como participación del adquirente los valores de las demás entidades pertenecientes al mismo grupo de sociedades». (El subrayado es nuestro).

Es decir, el cómputo del porcentaje de control viene determinado por la obligación de tener en cuenta a efectos de su cómputo las participaciones poseídas por otras sociedades que formen parte del mismo grupo de sociedades. De esa manera, se convierte al grupo de sociedades en una suerte de sujeto pasivo a los efectos de analizar la existencia de control tal y como ha mantenido la DGT en la contestación a la Consulta vinculante de 20 de noviembre de 2007 (NFC027854) cuando afirma que no se devengaba ITP en una operación de transmisión dentro del grupo (en concreto, una matriz que transmitía la participación a su filial) de una participación de control sobre una sociedad inmobiliaria.

La DGT considera que «para examinar si se produce la obtención o el aumento del control sobre la sociedad cuyos valores se adquieren deben computarse también como participación del adquirente los valores de las demás entidades pertenecientes al mismo grupo de sociedades, lo cual determina que el control era ya del 100 por 100, lo que implica que tal control ni se obtiene ni aumenta con esta operación». Por lo tanto, la inclusión de las participaciones de sociedades del grupo en el cómputo del control, respecto de transmisiones dentro del grupo, va a ocasionar la no sujeción al impuesto de operaciones que con la anterior interpretación quedaban plenamente sujetas.

3. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES NO INCORPORADOS EN LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 108 DE LA LMV

3.1. Inclusión de activos inmobiliarios afectos a actividades económicas

A efectos del cómputo del activo, la norma excluye dos tipos de bienes inmuebles. En primer lugar, no se considerarán bienes inmuebles las concesiones administrativas y los elementos patrimoniales afectos a las mismas regulados en el Reglamento (CE) N.º 254/2009 de la Comisión de 25 de marzo 2009, que modifica el Reglamento (CE) N.º 1126/2008. Por otra parte, no se tienen en cuenta tampoco los bienes 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 y promoción inmobiliaria.

Por lo tanto, más allá de estas dos específicas exclusiones, cualquier bien inmueble del que sea titular la entidad cuyas acciones o participaciones se adquieren se deberá tener en cuenta a los efectos de determinar si se trata o no de una entidad inmobiliaria. Este hecho ha sido criticado de forma mayoritaria por la doctrina al no ser comprensible que sólo se beneficie a determinadas entidades concesionarias o a las promotoras inmobiliarias pero no a otras entidades que hacen un uso igualmente intensivo de inmuebles en su actividad económica ⁷.

⁷ En este sentido, GARCÍA NOVOA considera que «La cláusula no debería ser de aplicación cuando las acciones o participaciones transmitidas constituyen el capital de sociedades plenamente operativas que llevan a cabo una actividad económica. Por lo que, parecería lógico garantizar que la transmisión que determina la aplicación de la cláusula tuviese como objeto participaciones de sociedades patrimoniales, en el sentido de instrumentales para la titularidad de un determinado inmueble». César GARCÍA NOVOA. «El artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores: aproximación a una técnica antie-lusoria», Asociación Española de Asesores Fiscales, AEDAF, *Monografía* núm. 3, 2008, Madrid, pág. 42.

De hecho, en varios de los litigios que se han mantenido contra diversas Administraciones autonómicas se ha planteado este mismo reproche y se ha tratado de argumentar la necesidad de que los bienes inmuebles deben no encontrarse afectos a actividades económicas, ya que, en otro caso, no puede predicarse un ánimo defraudatorio del sujeto pasivo. La respuesta mayoritaria de nuestros tribunales ha sido la de ceñirse a la literalidad del artículo 108 de la LMV y despojarlo del ánimo defraudatorio que se pretendía atajar de acuerdo con lo dicho en la Exposición de Motivos de la LMV. Ejemplos de esta corriente lo constituyen las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 24 de febrero (NFJ023946) y 30 de junio de 2000 (NFJ023919) (referidas ambas a una aportación de inmuebles a una sociedad de promoción) o la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de julio de 2004 (en la que se alega la ausencia de un ánimo defraudatorio en la operación).

Sin embargo, también encontramos entre las resoluciones y sentencias algunos ejemplos de sensibilidad frente a este argumento. Es el caso de la Resolución del TEAC de 15 de julio de 2004 (NFJ019015) en la que se afirmaba lo siguiente:

«(...) en el presente expediente, resulta muy relevante el objeto de la explotación misma; pues al tratarse de un parque... irremediamente su activo ha de sustentarse principalmente en inmuebles e instalaciones que, unidas a los anteriores, sirvan para el ocio al que está destinada la explotación, sin que del balance de la sociedad se infiera un volumen de terrenos y edificaciones que hagan sospechar que bajo la apariencia de una transmisión de valores se esconde una transmisión inmobiliaria que es, en definitiva, lo que persigue el artículo 108 de la LMV, que por eso ya en su momento, exceptuó de la rigidez de la norma a las sociedades de promoción inmobiliaria, con un tratamiento más flexible en la consideración de los inmuebles a incluir para la aplicación del porcentaje de referencia. Y si bien la norma sólo contempla este tipo de sociedades, ha de reconocerse que la realidad del mundo mercantil impone hoy día otros objetos sociales que requieren atemperar la aplicación de la norma si no se quiere atentar contra el propio espíritu de la misma». (El subrayado es nuestro).

Esta resolución no supuso un verdadero cambio interpretativo del artículo 108.2 de la LMV en el seno del TEAC puesto que en la Resolución de 16 de febrero de 2005 (NFJ019577) abandonó esta senda para afirmar 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 antilusorio, la norma se aplica de forma automática cuando se incurre en el supuesto tipo, como ocurre en el presente caso (...)».

Dentro de los precedentes favorables a la exclusión de inmuebles afectos a actividades económicas, es reseñable también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29 de septiembre de 2008 (NFJ032020) en la que se entendió que no era aplicable el artículo 108 de la LMV en un caso en el que la sociedad transmitida explotaba un matadero y, por lo tanto, tenía una inversión inmobiliaria significativa.

En todo caso, un repaso por las sentencias y resoluciones nos permite afirmar que la interpretación mayoritaria (tres sentencias en contra y una a favor en cuanto a resoluciones judiciales) con-

tinúa sujetando a gravamen las transmisiones de paquetes de control sobre sociedades cuyo objeto social requiere un uso intensivo de bienes inmuebles con independencia del ánimo elusivo o de la afección de los inmuebles a las actividades económicas.

Por otra parte, y como ya decíamos, la reacción del legislador a través de la Ley 11/2009, de 26 de octubre, fue la de completar la exclusión de los activos inmobiliarios de sociedades promotoras con la de las concesiones que cumplan determinados requisitos. Esta modificación sigue siendo a todas luces insuficiente para corregir situaciones de inequidad en la que el ITP se convierte en un coste adicional de operaciones perfectamente válidas e intachables desde el punto de vista de la legalidad e integridad del sistema tributario.

3.2. Activos no recogidos en la contabilidad

Otra cuestión que ha generado cierta controversia entre la Administración tributaria y los contribuyentes ha sido si, a los efectos de determinar la composición del activo de la sociedad transmitida, se deben tener en cuenta aquellos elementos patrimoniales que, por distintas razones, no están contabilizados en su activo.

Entre ellos, cobra una especial importancia por su valor económico el fondo de comercio. Como se sabe, esta partida únicamente puede tener reflejo en la contabilidad en aquellos casos en los que se ha producido su adquisición onerosa a un tercero. Ello determina la no contabilización de fondo de comercio generado de manera interna en una compañía por su actividad económica.

Sin embargo, como es bien conocido, la ausencia de un reflejo contable no significa que dicho fondo de comercio no se valore en las operaciones de compraventa de sociedades. Si el negocio lleva implícita una capacidad de generar beneficios futuros, el vendedor no renuncia gratuitamente a ese valor por diferente que sea la realidad contable.

La posición del TEAC en su Resolución de 16 de febrero de 2005 (NFJ019577) es contraria a la inclusión del fondo de comercio no contabilizado en la determinación del porcentaje de inmuebles que forman parte del activo de una compañía. Para sostener esa posición se argumenta en esencia que la necesidad de sustituir el valor contable de los elementos del activo por su valor de mercado hace imposible que se tenga en cuenta un supuesto activo que no tiene valor contable asignado.

Sin embargo, sí hay al menos dos sentencias de Tribunales Superiores de Justicia en las que se admite incluir el valor de activos no registrados a efectos de determinar el carácter inmobiliario de la sociedad cuyas acciones se adquieren.

Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía de 5 de diciembre de 2005 admitió la toma en consideración de licencias y otros activos intangibles por parte de una entidad que se dedicaba a la distribución de gasolina. Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 28 de marzo de 2007 (NFJ027110) admitió como activo válido a efectos del artículo 108 de la LMV

el valor de determinados elementos inmateriales vinculados a la actividad de gestión hotelera desarrollada por la sociedad que era objeto de transmisión.

En nuestra opinión, no hay ninguna disposición en el artículo 108 de la LMV que impida de forma taxativa la consideración como activo de elementos patrimoniales que no estén registrados en la contabilidad de la entidad cuyas acciones se transmiten. Ello, además, sería desvirtuar el verdadero ámbito de aplicación del artículo 108 de la LMV de manera que llegaría a aplicarse a supuestos en lo que el elemento subyacente esencial de la operación no son inmuebles sino otro tipo de activos.

Dicho lo anterior, este planteamiento teórico debería ir acompañado por un soporte probatorio que sirva para acreditar la existencia y, aún más difícil, el valor de los elementos (básicamente, intangibles) que no se encuentran registrados en la contabilidad de la sociedad. Es aquí donde reside el elemento esencial de esta tesis y donde, previsiblemente, se pueda perder la discusión técnica.

4. COMPATIBILIDAD DEL ARTÍCULO 108 DE LA LMV CON LA NORMATIVA COMUNITARIA

4.1. Compatibilidad con la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del IVA

De acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 2006/112/CE, de 28 de noviembre de 2006, los Estados miembros están obligados a eximir del impuesto a una serie de operaciones entre las que se encuentran [art. 135.1 f)] «las operaciones, incluida la negociación, pero exceptuados el depósito y la gestión, relativas a acciones, participaciones en sociedades o asociaciones, obligaciones y demás títulos-valores, con excepción de: (...) los derechos o títulos enunciados en el apartado 2 del artículo 15».

Ante esta norma surge la posible incompatibilidad del artículo 108.2 de la LMV con la Directiva 2006/112/CE. En especial, se plantea si la norma comunitaria permite que la exención prevista en su texto conduzca a la aplicación de un impuesto no recuperable como el ITP español. Igualmente, se podría discutir si la exención de IVA debería ser susceptible de renuncia en los mismos términos que se prevén para la transmisión de terrenos y edificaciones.

Hasta la fecha, tanto el TEAC [Resolución de 16 de febrero de 2005 (NFJ019577)] como los tribunales (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 7 de marzo de 2005) no han estimado esta alegación en los casos en los que se ha planteado. Bien por considerar que la Directiva comunitaria no había regulado las exenciones con la precisión necesaria para que tengan efecto directo o bien por entender que la norma comunitaria no obliga en todo caso a sujetar al IVA las operaciones sobre acciones que comporten la adquisición del dominio de bienes inmuebles.

La Comisión Europea (en concreto, la Unidad de Control de la Aplicación de la Normativa Comunitaria y de las Ayudas Estatales/Impuestos Indirectos) analizó la compatibilidad del artículo 108

de la LMV con la Directiva 2006/112/CE. La conclusión que alcanzó el órgano comunitario era favorable a la normativa nacional sobre la base de los siguientes argumentos:

- (i) La renuncia a la exención es una opción concedida a los Estados miembros y por ello no podía considerarse que España estuviera incumpliendo la normativa comunitaria por el hecho de no ejercitar dicha opción.
- (ii) La Directiva 2006/112/CE no contiene una prohibición de gravar con un impuesto como el ITP la transmisión de acciones efectuadas por un empresario sino que sólo impide que el impuesto que se exija tenga la consideración de impuesto sobre el volumen de negocios. Tales características no concurren en el caso del ITP.
- (iii) En cuanto a la alegación relativa a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») relativa a la imposibilidad de uso de las cláusulas anti-abuso cuando no se persigue un montaje puramente artificial [doctrina manifestada, entre otras, en la Sentencia C-196/04 (NFJ023535)], se considera que en esos casos se analizaba una normativa que podía afectar a la libertad de establecimiento y que en el presente caso no concurre tal circunstancia.

4.2. Compatibilidad con la Directiva 2008/7/CE relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales

Una de las modificaciones aprobadas por la Ley 36/2006 fue la referencia a la tributación por ITP en caso de adquisición de valores en el mercado primario que permitan obtener el control de la sociedad inmobiliaria «mediante cualquier otra forma». Esta modificación permite concluir que cualquier adquisición de valores como consecuencia de una operación societaria que esté gravada por la modalidad de Operaciones Societarias («OS») puede dar lugar a que el socio tribute también por ITP.

Así, por ejemplo, una operación en la que una sociedad inmobiliaria amplía capital que es suscrito por una persona o entidad en ejercicio de derechos de suscripción preferente adquiridos a los socios preexistentes y que se convierte en el titular de más del 50 por 100 del capital de la sociedad inmobiliaria también estará sujeta a ITP, con independencia de que la ampliación de capital también esté sujeta a la modalidad de OS.

El argumento sobre el que la DGT ha venido sosteniendo esta eventual doble tributación es que se trata de dos operaciones independientes (ampliación de capital y suscripción de acciones en ejercicio de derechos de suscripción preferente) y de dos sujetos pasivos distintos (la sociedad y el socio que adquiere control), por lo que técnicamente no se puede plantear la existencia de doble imposición.

Sin embargo, de acuerdo con el artículo 5.2 a) de la Directiva 2008/7/CE, los Estados miembros no someterán lo siguiente a ninguna forma de imposición indirecta «la creación, la emisión, la

admisión a cotización en bolsa, la puesta en circulación o la negociación de acciones, participaciones u otros valores de la misma naturaleza, así como de los certificados representativos de esos valores, sea quien fuere el emisor».

Como excepción a este principio general, se permite (art. 7 de la Directiva 2007/8/CE) que los Estados miembros sigan sometiendo al impuesto sobre las aportaciones todas o parte de las operaciones consideradas. A esta excepción se acoge España para seguir gravando las aportaciones de capital, aunque se debe recordar que esta autorización se refiere exclusivamente a la modalidad de OS.

En principio, la conclusión a la que conduciría la interacción del artículo 5.2 y 7 de la Directiva 2008/8/CE implicaría la incompatibilidad de la aplicación del artículo 108 de la LMV a las operaciones de concentración de capitales. No obstante, además de la excepción prevista en el artículo 7 de la Directiva, el artículo 6 de la misma también permite que los Estados miembros puedan percibir «impuestos sobre la transmisión de valores mobiliarios».

Por lo tanto, la compatibilidad o no de la aplicación del artículo 108 de la LMV en operaciones de concentración de capital debe basarse en un previo análisis referido a la determinación de si las adquisiciones de valores en el mercado primario derivadas de las aportaciones de capital o de operaciones de reestructuración empresarial pueden considerarse transmisiones de valores mobiliarios.

En nuestra opinión, la respuesta debe ser negativa puesto que, de otra manera, se estaría vaciando de contenido la prohibición prevista en el artículo 5.2 a) de la Directiva 2008/7/CE sobre la imposibilidad de someter a imposición indirecta la creación, emisión o puesta en circulación de acciones, participaciones u otros valores de la misma naturaleza.

En efecto, si consideramos que la adquisición de valores como consecuencia de aportaciones efectuadas al capital constituye una transmisión de valores, la excepción prevista en el artículo 6 de la Directiva 2008/7/CE siempre entraría en juego y los Estados miembros estarían habilitados para imponer gravámenes indirectos adicionales a las operaciones de concentración de capitales. Por ello, creemos que se puede argumentar que la aplicación del artículo 108 de la LMV a la adquisición de valores en el mercado primario es contrario a la norma europea.

Buena prueba de las dudas que se plantean en este sentido lo constituye el hecho de que la Comisión Europea ha abierto un expediente por infracción de la normativa comunitaria que armoniza el impuesto sobre la concentración de capitales. Es más, la disposición adicional tercera de la Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario prevé la revisión de las reglas de aplicación del artículo 108 de la LMV a la vista de la resolución de dicho expediente de infracción ⁸.

⁸ La Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario únicamente vino a establecer, a este respecto en su disposición adicional tercera, denominada «Revisión de las reglas de aplicación del artículo 108 de la Ley 24/1988, de 17 de julio, del Mercado de Valores» lo siguiente: «El Gobierno analizará, a la vista de la resolución del expediente de infracción, abierto por la Comisión Europea, la adecuación del artículo 108 de la Ley 24/1988, de 17 de julio, del Mercado de Valores a la normativa europea que armoniza el

Aunque desconocemos el estado actual de la tramitación de este expediente, es de esperar que, sobre la base de los argumentos que ya hemos expuesto se concluya la incompatibilidad de la norma nacional con la Directiva 2008/7/CE en lo que afecta a la aplicación del artículo 108 de la LMV a operaciones de aportación de capital o de reorganizaciones empresariales.

4.3. La cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo

De acuerdo con la doctrina del TJUE, una medida nacional que suponga una restricción a la libertad de establecimiento puede admitirse siempre y cuando existan razones de interés general que la justifiquen, como pueda ser la necesidad de luchar contra la evasión fiscal.

A tales efectos, a partir de la Sentencia C-196/04 [Cadbury Schweppes (NFJ023535)] para que una restricción a la libertad de establecimiento pueda estar justificada por motivos de lucha contra prácticas abusivas, debe tener como objetivo la persecución de montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado.

Si consideramos que el artículo 108 de la LMV constituye una medida que restringe la libertad de establecimiento por razón de desincentivar las inversiones inmobiliarias en España, se podría considerar que no respeta los límites marcados por el TJUE respecto de la configuración de las cláusulas antiabuso puesto que se aplica tanto a la transmisión de acciones de sociedades operativas como a la transmisión de acciones de sociedades de mera tenencia de bienes.

En el marco de esta discusión, el Tribunal Supremo, por medio de Auto de 24 de septiembre de 2009 (NFJ036259), ha decidido elevar al TJUE una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad del artículo 108 de la LMV con los preceptos de la Directiva 69/335/CEE, del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales (derogada por la Directiva 2008/7/CE).

Las cuestiones que plantea el Tribunal Supremo son dos:

- (i) Si el ordenamiento comunitario prohíbe la aplicación de forma automática de una norma como el artículo 108 de la LMV, que grava determinadas transmisiones de valores que encubren transmisiones de inmuebles, con independencia de que exista un ánimo de defraudar.
- (ii) Si es compatible con el Derecho Comunitario una norma que grave la adquisición de la mayoría del capital social de sociedades cuyo activo esté mayoritariamente integrado por inmuebles, aunque sean sociedades plenamente operativas y aunque los inmuebles de la sociedad no puedan disociarse de la actividad económica desarrollada por ella.

Impuesto sobre la concentración de capitales y la del IVA, previa consulta a las comunidades autónomas, en su condición de Administraciones tributarias gestoras y a quienes corresponden los ingresos del ITP y AJD».

El planteamiento de esta cuestión prejudicial adquiere una especial trascendencia por coincidir en el tiempo con la apertura por la Comisión Europea de un procedimiento por infracción de la normativa comunitaria (tanto la Directiva relativa al IVA como a la que regula los impuestos que gravan la concentración de capitales, ambas ya referidas en apartados anteriores).

Es cierto que el auto del Tribunal Supremo se hace eco de una demanda tradicional de una parte de la doctrina que reclamaba cierta mesura en la aplicación del precepto puesto que la aplicación indiscriminada conducía a situaciones desproporcionadas que no se compadecían con el espíritu y finalidad de la norma. No podemos estar más de acuerdo con esta corriente de opinión, puesto que la práctica administrativa y judicial ha demostrado de manera tozuda que el ámbito de actuación del artículo 108 de la LMV ha desbordado con mucho las modestas aspiraciones que tenía en su concepción.

Así, parece absolutamente desproporcionado que una norma que pretendía evitar que operaciones de transmisión de inmuebles en el tráfico civil se escapase del ámbito del ITP por la mera interposición de sociedades suponga hoy en día un obstáculo que dificulte o incluso desbarate operaciones entre empresarios que son plenamente respetuosas con el espíritu que imbuyó al artículo 108 de la LMV o a su inmediato antecesor.

En este sentido, y si seguimos el razonamiento que ha llevado al Tribunal Supremo, estamos de acuerdo en que la adquisición de un porcentaje mayoritario en una sociedad inmobiliaria no debe presuponer ningún ánimo de defraudar. Es igualmente cierto que la doctrina del TJUE ha sido bastante restrictiva en permitir la utilización de cláusulas anti-abuso que parten de una definición apriorística de abuso y que no admiten prueba en contrario. Estos datos permitirían ser optimistas respecto de la posible resolución del tribunal comunitario.

Sin embargo, existen ciertas dudas técnicas que siembran incertidumbre respecto del desenlace del procedimiento que se inicia ante el TJUE. Así, la Directiva 2008/7/CE permite que los Estados miembros graven la transmisión de valores sin que se infrinja la normativa que impide la exigencia de impuestos sobre su emisión y puesta en circulación. Y dicha Directiva no exige que los impuestos que se establezcan lo sean respecto de todo tipo de valores o de una parte (como por ejemplo, los que representan participación en fondos propios de sociedades con inmuebles). Si se puede establecer sobre todos los valores también se puede sobre una parte identificada de ellos.

Por otra parte, también resulta llamativa la decisión del Tribunal Supremo de plantear la cuestión prejudicial cuando con carácter previo ya había considerado que la normativa nacional era plenamente respetuosa con la norma comunitaria reguladora de los impuestos que gravan la concentración de capitales al entender que esta última admitía exceptuar la exención en determinados casos de transmisión de valores y, particularmente, cuando encubrían la transmisión del poder de disposición de inmuebles.

En fin, y a modo de conclusión, no se puede anticipar el sentido de la resolución que adopte el TJUE respecto de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo puesto que, aunque puede resultar tentador extender la aplicación de la doctrina Cadbury Schweppes a este impuesto, no

se puede olvidar que es la propia Directiva 2008/7/CE la que está consagrando esta supuesta contradicción al permitir la exacción de impuestos en la transmisión de valores.

5. CONCLUSIONES

Tras el análisis realizado, podemos concluir que el legislador ha sido, como era de esperar, permeable a los pronunciamientos de los distintos tribunales en relación con el artículo 108 de la LMV, procediendo a su reforma hasta llegar a su actual redacción.

De esta forma, la Ley 36/2006 vino a sentar que, de acuerdo con lo que venían estableciendo diferentes órganos jurisdiccionales, debe prevalecer el valor real de los inmuebles para determinar el peso del activo inmobiliario respecto del activo total. La misma ley consideró, siguiendo en este caso un criterio jurisprudencial claro, que la base imponible en el artículo 108 de la LMV, en el supuesto de obtención de control sobre una sociedad inmobiliaria, suponía la obligación de liquidar el impuesto proporcionalmente al porcentaje de participación adquirido. Finalmente, la Ley 36/2006 procedió a definir de manera extensiva el hecho imponible en cuanto a la definición del supuesto de hecho y a la determinación del cómputo del porcentaje de control en línea con las distintas resoluciones existentes al respecto.

No obstante, el legislador todavía no ha podido resolver todas las cuestiones controvertidas en relación con la aplicación de este artículo.

Dentro de éstas, cabe destacar la controversia entre la Administración tributaria y los contribuyentes en relación con la inclusión o no como activos inmobiliarios a efectos de determinar la aplicación del artículo 108 a aquellos afectos a actividades económicas, así como si se debe o no tener en cuenta a los efectos de determinar la composición del activo de la sociedad transmitida, aquellos elementos patrimoniales que, por distintas razones, no están contabilizados en su activo.

En relación con la primera de estas problemáticas, el análisis de las resoluciones recaídas al respecto no nos permite concluir afirmativamente sobre la existencia de un criterio jurisprudencial claro. Tratándose de un tema tan controvertido, es de esperar que el conjunto de resoluciones de distintos órganos jurisdiccionales en los próximos tiempos, incluyendo a las propias instituciones comunitarias, resuelvan esta cuestión.

No es así en relación con la segunda controversia apuntada. Respecto de esta última, ya existen dos sentencias de Tribunales Superiores de Justicia en las que se admite incluir el valor de activos no registrados a efectos de determinar el carácter inmobiliario de la sociedad cuyas acciones se adquieren.

En nuestra opinión, no hay ninguna disposición en el artículo 108 de la LMV que impida la consideración como activo de elementos patrimoniales que no estén registrados en la contabilidad

de la entidad cuyas acciones se transmiten. Ello, además, sería desvirtuar el verdadero ámbito de aplicación del artículo 108 de la LMV de manera que llegaría a aplicarse a supuestos en lo que el elemento subyacente esencial de la operación no son inmuebles sino otro tipo de activos.

Consideramos que no es necesario, en este caso, que el legislador espere al pronunciamiento del Tribunal Supremo en esta materia para reformar el artículo 108 de la LMV con objeto de aclarar definitivamente esta cuestión. Esta modificación podría ser asimismo utilizada para dar cumplimiento a la petición de la Comisión Europea y adaptar la redacción del artículo 108 de la LMV a la Directiva 2008/7/CE, procediendo a excluir la aplicación del tributo en aquellas operaciones de concentración de capital que, por su naturaleza, resultan protegidas por la mencionada norma comunitaria.