

LA TRANSMISIÓN DE VALORES EN LA IMPOSICIÓN INDIRECTA. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 108 DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES TRAS LA REFORMA DE LA LEY DE MEDIDAS PARA LA PREVENCIÓN DEL FRAUDE FISCAL

CARLOS DE PABLO VARONA

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Cantabria*



Este trabajo ha obtenido el 1.º **Premio Estudios Financieros 2008** en la modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Carlos PALAO TABOADA, don Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, doña M.ª José LEZA ANGULO, don Alfonso MARTÍNEZ GARCÍA MONCO, don FRANCISCO PALACIO RUIZ DE AZAGRA y don José Ramón RUIZ GARCÍA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Extracto:

HACE ya 20 años que se incorporó a nuestro ordenamiento el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores, dedicado a regular el régimen tributario de la transmisión de valores en la imposición indirecta. El referido precepto, con objeto de eliminar los obstáculos a la creación de un verdadero mercado común de capitales, declaró exentas tanto en el IVA como en el ITP y AJD las transmisiones de valores, a la vez que sujetó a gravamen, como forma de luchar contra la elusión del ITP mediante la interposición de sociedades, algunas transmisiones de valores en las que, so capa de la transmisión de los títulos, se dice estar transmitiendo en realidad los inmuebles pertenecientes a la entidad. Es el caso de las transmisiones de valores de sociedades cuyo activo está integrado fundamentalmente por bienes inmuebles, y de las transmisiones de valores recibidos por la aportación de inmuebles a sociedades. Transcurridas dos décadas de su entrada en vigor es necesario reflexionar sobre la adecuación de las medidas introducidas a la finalidad pretendida, especialmente a la vista de que también alcanzan a la transmisión de acciones de sociedades que desarrollan una contrastada actividad económica, así como sobre los problemas que su aplicación práctica plantea a raíz de la reforma realizada en el precepto por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal.

Palabras clave: transmisión de valores, imposición indirecta y elusión fiscal mediante la interposición de sociedades.

Sumario

- I. Introducción.
- II. La exención en la imposición indirecta de la transmisión de valores.
- III. La sujeción de determinadas transmisiones de valores al ITPO. La elusión fiscal a través de la interposición de sociedades.
 1. Introducción.
 2. ¿Excepción a la exención o nuevo hecho imponible?
- IV. Las adquisiciones originarias o derivativas de valores de sociedades cuyo activo está constituido al menos en un 50% por bienes inmuebles o en cuyo activo se incluyan valores de sociedades cuyo activo esté constituido al menos en un 50% por bienes inmuebles.
 1. Operaciones a las que alcanza.
 2. La composición del activo de la sociedad cuyo control se adquiere o aumenta. Reglas de cómputo.
 3. La adquisición del control.
 4. La cotización de los títulos en un mercado secundario.
 5. ¿Se aplica la norma también a la transmisión de valores de entidades que desarrollan una contrastada actividad económica?
- V. La transmisión de acciones o participaciones recibidas por la aportación de bienes inmuebles a sociedades.
 1. Introducción.
 2. La enajenación «onerosa» de valores recibidos por la aportación de bienes inmuebles a sociedades.
 3. El plazo de los tres años. Problemas transitorios.
 4. Problemas de constitucionalidad.
 5. La constitución y disolución de sociedades como mecanismo para transmitir inmuebles.
- VI. Consecuencias de la realización del presupuesto de hecho de la norma.
 1. Introducción. El tipo de gravamen.
 2. La fijación de la base imponible en el porcentaje de participación del adquirente.
- VII. Epílogo.

I. INTRODUCCIÓN

Hace ya casi dos décadas que se incorporó al ordenamiento interno, en el marco de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV), una de las disposiciones más controvertidas de nuestro sistema tributario, dirigida a regular la fiscalidad indirecta de la transmisión de valores.

El artículo 108 de la LMV, que se ocupó de la referida cuestión, tenía un doble objetivo. Por un lado, perseguía favorecer la transmisión de valores, respondiendo, como se indicaba, a exigencias comunitarias. Con objeto de «atender la propuesta de Directiva de la Comunidad Económica Europea (CEE) relativa a los impuestos indirectos sobre las transacciones de valores ¹ —señalaba su preámbulo—, la exención prevista en el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) ² para las operaciones sujetas al mismo se hace extensiva al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD)».

Por otro, la norma establecía, de acuerdo con lo previsto en la citada propuesta de Directiva, medidas «para tratar de salir al paso de la elusión del ITP y AJD en la transmisión de bienes inmuebles, mediante la interposición de figuras societarias». Con la intención de evitar el gravamen al que están sometidas las transmisiones onerosas de bienes inmuebles se ha acudido tradicionalmente a expedientes que, a través de la interposición de sociedades, conseguían eludir la tributación establecida en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas (ITPO) para las transmisiones

¹ Véase la Propuesta modificada de la Directiva del Consejo relativa a los impuestos indirectos sobre las transacciones de títulos de 14 de abril de 1987, que modifica la propuesta de 2 de abril de 1976 (DOCE n.º C 115/9, de 30 de abril de 1987).

² La Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre, relativa al sistema común del IVA (que ha sustituido a la Sexta Directiva del IVA), recoge en su artículo 135 f) la obligación de los Estados de declarar exentas «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 títulos representativos de mercaderías y los derechos o títulos enunciados en el apartado 2 del artículo 15».

inmobiliarias: en unos casos, en lugar de transmitir directamente el bien, se constituía una sociedad a la que se aportaba el inmueble que se deseaba vender para, posteriormente, transmitir la totalidad de las acciones al adquirente, lo que les permitía beneficiarse del tratamiento más favorable dispensado a la cesión de títulos; o bien, se constituía una sociedad a la que el vendedor aportaba el inmueble y el comprador el precio para, acto seguido, disolver la misma adjudicándose el vendedor el precio y el comprador el inmueble. Finalmente, si los inmuebles ya estaban incorporados al activo societario, bastaba con transmitir las acciones para traspasar el control sobre los inmuebles. Con objeto de atajar tales prácticas el artículo 108 de la LMV incorporó reglas especiales para someter a tributación determinadas transmisiones de valores en las que –se suele señalar– en realidad se están transmitiendo los inmuebles pertenecientes al activo de la entidad.

El presente trabajo se dedica fundamentalmente a analizar este segundo tipo de normas, advirtiendo que hay al menos dos razones que justifican el interés del empeño.

La primera radica en las recientes e importantes modificaciones incorporadas al artículo 108 de la LMV por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, motivadas por la necesidad de corregir algunos problemas planteados por la normativa precedente y de cortar el paso a determinados expedientes utilizados por los interesados para eludir la aplicación del precepto.

La segunda reside en la necesidad de evaluar, a la luz de la experiencia de dos décadas, en qué medida la sujeción de determinadas transmisiones de valores cumple la finalidad para la que fue creada. Como norma antifraude que lesiona la igualdad en la contribución al sostenimiento de los gastos públicos, declarando exentas con carácter general las transmisiones de valores pero sujetando al ITPO algunas, resulta pertinente reflexionar sobre si es adecuada y proporcionada a la finalidad que pretende perseguir o se excede en su empeño.

Es necesario advertir además que sería necesario recapacitar sobre el propio tratamiento fiscal de la transmisión de valores, pues el mantenimiento del régimen vigente se viene justificando en un dato erróneo. Resulta curioso comprobar que la jurisprudencia siga señalando que la exención contemplada en el 108 de la LMV se recoge «con el fin de cumplir el contenido de la Directiva de la CEE, relativa a los impuestos indirectos sobre las transacciones de valores»³, pues el proyecto nunca se llegó a aprobar y fue finalmente retirado el 14 de diciembre de 1993. La propia Directiva 2008/7/CE, de 12 de febrero, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales⁴, si bien impide a los Estados miembros someter a ninguna forma de imposición indirecta las aportaciones al capital (art. 5.1) y la creación, emisión, admisión a cotización en bolsa, puesta en circulación o negociación de acciones [art. 5.2 a)], permite, por excepción, percibir impuestos sobre la transmisión de valores mobiliarios, aplicando un tipo uniforme o no, así como impuestos sobre las aportaciones de bienes inmuebles a una sociedad [art. 6.1 a) y b)]. Hacemos esta observación para poner de relieve que el régimen fiscal de las transmisiones de valores y, en especial, de acciones o

³ Por ejemplo, la STSJ de Madrid de 15 de octubre de 2004, NFJ019628.

⁴ Esta Directiva sustituye a la 69/335/CEE, de 17 de julio. Algunos preceptos de la nueva directiva entrarán en vigor a partir del 1 de enero de 2009.

participaciones o, si se quiere, de títulos representativos de la participación en fondos propios de entidades, no viene determinado en toda su extensión por normas de la Unión Europea, lo que permitiría abrir un debate sobre su fiscalidad en la imposición indirecta, y en especial sobre la segunda parte del artículo 108 de la LMV.

II. LA EXENCIÓN EN LA IMPOSICIÓN INDIRECTA DE LA TRANSMISIÓN DE VALORES

De acuerdo con el artículo 108 de la Ley 24/1988 «la transmisión de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, estará exenta del IVA y del ITP y AJD»⁵.

La exención alcanza pues tanto a las transmisiones de valores sujetas al ITPO como a aquellas realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad. La doctrina suele señalar que la exención se proyecta sobre las transmisiones onerosas e *inter vivos*, afirmación que no es del todo correcta pues olvida que el IVA también grava las operaciones gratuitas, sean *inter vivos* o *mortis causa*⁶. Las transmisiones lucrativas de valores que eventualmente realice un empresario o profesional en el ejercicio de su actividad también están exentas en el IVA, aunque evidentemente no en el tributo que grave la renta obtenida por el adquirente (Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones –ISD– o Impuesto sobre Sociedades –IS–).

Se incluyen en el ámbito del precepto no solo las enajenaciones a título de compraventa, sino también las realizadas mediante otros negocios de cambio (permuta, dación en pago⁷, etc.), así como otras operaciones equiparadas a las transmisiones en el ITP y AJD, como las adjudicaciones en pago de deudas o en pago de asunción de deudas⁸, así como a los excesos de adjudicación declarados⁹, pues se trata en suma de enajenaciones onerosas.

Hay que entender que la exención afecta a todas las modalidades del ITP y AJD, y por tanto también al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados¹⁰.

⁵ Véanse los artículos 17.2 y 45.I.B).9 del TR ITP y AJD y el artículo 17 del Reglamento del ITP y AJD, y el artículo 20.Uno.18.I) de la LIVA. La exención se extiende a la transmisión de valores, pero no a la operación societaria en ejecución de la cual se produzca la transmisión, de forma que la aportación de acciones a sociedades con motivo de operaciones de aumento de capital no permitirá declarar exenta la operación societaria referida. Así lo ha declarado con buen criterio en reiteradas ocasiones el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC). Véanse sus Resoluciones de 19 de julio de 2000 (NFJ009520) y 20 de junio (NFJ014803) y 24 de octubre de 2001 (JT 2002, 815). También la Dirección General de Tributos (DGT) [contestación de 17 de abril de 2007, V0821-07 (NFC025100)].

⁶ Véase VARONA ALABERN, J.E., «La onerosidad en el IVA», *RDFHP*, n.º 209 (1990), págs. 1.141-1.166.

⁷ Véase la STSJ de Murcia de 29 de septiembre de 2001.

⁸ BAS SORIA, J., «El artículo 108 de la LMV: comentarios a propósito de un precepto complejo», *Impuestos*, n.º 7/2008, pág. 15.

⁹ LÓPEZ FAJARDO, M., «Consideraciones tributarias sobre el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores», *Hacienda Canaria*, n.º 12 (2005), pág. 33.

¹⁰ LÓPEZ FAJARDO, M., «Consideraciones tributarias...», ob. cit., pág. 28. BAS SORIA, J., «El artículo 108 de la LMV...», ob. cit., pág. 15.

La exención se extiende a la transmisión de «valores», admitidos o no a negociación en un mercado oficial. Estando ubicada la exención en una norma que regula el «mercado de valores», resultaría ciertamente lógico identificar el concepto de valor al que alude la exención con el que delimita el ámbito de aplicación de la propia norma en la que se ubica ¹¹. Ese concepto, o más bien el de valor «negociable», que es, como la propia Exposición de motivos precisa, el concepto sobre el que la ley reposa, es definido en el artículo segundo como «cualquier derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea su denominación, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero», concepto que comprende, entre otros activos enumerados en el artículo segundo, las acciones de sociedades y los valores negociables equivalentes a las acciones, así como cualquier otro tipo de valores negociables que den derecho a adquirir acciones o valores equivalentes a las acciones, por su conversión o por el ejercicio de los derechos que confieren [art. 2.1 a)], las cuotas participativas de las cajas de ahorros ¹² [art. 2.1 b)], y las participaciones y acciones de instituciones de inversión colectiva [art. 2.1 f)] ¹³, pero también títulos de renta fija como los bonos o las obligaciones representativos de un empréstito.

Es discutible, sin embargo, que este concepto técnico-mercantil sea necesariamente el que haya de acoger el intérprete a la hora de delimitar el ámbito de aplicación de la exención, porque a la vista del origen de esta y de su finalidad puede revelarse demasiado estrecho, al menos en lo que atañe a los títulos representativos de la participación en fondos propios de entidades. Para cuestionar tal conclusión pueden realizarse varias observaciones.

Ha de advertirse en este sentido que las participaciones en sociedades de responsabilidad limitada no tienen el carácter de valores [cfr. art. 5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL)], y sin embargo ello no ha sido óbice para que tanto la Administración tributaria como la jurisprudencia, antes de que la disposición adicional 4.^a de la LSRL/1995 estableciera que «el régimen de tributación de la transmisión de las participaciones sociales será el establecido para la transmisión de valores en el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores», aceptaran que las transmisiones de participaciones también se beneficiasen de la exención ¹⁴, conclusión que no hubiera sido posible con el concepto de valor sobre el que se asienta la LMV. El mismo problema se plantea respecto de la transmisión de la condición de socio en el caso de sociedades colectivas o comanditarias.

¹¹ De esta opinión es BAS SORIA, que rechaza la existencia de un concepto autónomo de valor a efectos de la aplicación de la exención y diferente del de la LMV: «Debemos aceptar –afirma– el concepto jurídico de valor que la propia LMV propone, tal y como postula el sentido jurídico del término [...] ya que no existe limitación en el propio artículo 108 de la LMV a la utilización del concepto legal de la misma Ley». «El artículo 108 de la LMV...», ob. cit., págs. 16-17.

¹² Son valores negociables de acuerdo con su normativa reguladora. Véase el artículo 14 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero. Por lo demás queda claro a la vista de la disposición adicional 5.^a de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que regula el *régimen fiscal de las cuotas participativas de las Cajas de Ahorro*, señalando que «el régimen fiscal de las cuotas participativas de las Cajas de Ahorros será el mismo que se aplique, en todos los casos y figuras impositivas y a todos los efectos, a las acciones y participaciones en el capital social o fondos propios de entidades, de acuerdo con la normativa legal y de desarrollo vigente».

¹³ De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, las participaciones tendrán la condición de valores negociables. Así lo ha estimado la DGT en contestación de 24 de julio de 1997 (n.º 1687-97).

¹⁴ Véanse las Resoluciones de la DGT de 15 de junio de 1989 y de 21 de octubre de 1991, así como del propio TEAC de 2 de junio de 1993 (NFJ002906), y de 10 de marzo de 1994 (NFJ003318).

Téngase en cuenta que el problema referido no era exclusivo de la imposición sobre el tráfico patrimonial, sino que se presentaba con similares tintes en la imposición directa. El IRPF ha recogido tradicionalmente numerosas normas en su articulado dedicadas a determinar la cuantificación de la renta realizada con la transmisión de títulos representativos de la participación en fondos propios de sociedades que también delimitaban su ámbito acudiendo al concepto de «valor». Tal era el caso de la que establecía el valor de enajenación, a efectos de calcular la ganancia patrimonial realizada, de la «transmisión a título oneroso de valores no admitidos a negociación» en mercados oficiales de valores y representativos de la participación en fondos propios de entidades [art. 48.Uno.b) de la Ley 18/1991, del IRPF], de la que regulaba la reducción de capital con devolución de aportaciones, ordenando que el importe de la devolución minorara el valor de adquisición de los «valores afectados» [art. 44.2 d) de la LIRPF/1991], o de la que establecía el método FIFO (*first in, first out*) para determinar qué títulos se consideraban transmitidos cuando el contribuyente solo enajenaba algunos de los títulos homogéneos de su cartera, regla cuya aplicación exigía la existencia de «valores homogéneos» (art. 48.Dos de la LIRPF/1991). Una interpretación histórica y sistemática permitía entender que el término «valor» no se utilizaba en el sentido mercantil de «valor mobiliario», sino que para su concreción había que acudir al sentido usual, pues ciertamente no podía entenderse que el legislador hubiera querido excluir de las referidas reglas a las participaciones en sociedades de responsabilidad limitada o a otro tipo de títulos representativos de la participación en fondos propios de entidades que no fueran títulos-valores.

Aunque la Ley 40/1998, del IRPF, refrendó tal conclusión, pues, para despejar cualquier duda, refirió con carácter general las referidas reglas a la transmisión de «valores o participaciones», referencia que se incluía para dejar claro que las citadas normas también afectaban a las participaciones en sociedades de responsabilidad limitada, aún hoy es posible encontrar referencias a la transmisión de «valores» sin más. Es el caso de la norma que regula la transmisión a título oneroso de valores no admitidos a negociación y representativos de la participación en fondos propios de entidades [art. 37.1 b) de la LIRPF/2006] o de la que establece el método FIFO para determinar qué títulos se consideran transmitidos cuando el contribuyente solo enajena algunos de los títulos homogéneos de su cartera (art. 37.2 de la LIRPF/2006). Si el concepto de valor al que tales preceptos aluden es el que regula la LMV, o el técnico-mercantil de valor, tales reglas no alcanzarían a las transmisiones de participaciones en sociedades de responsabilidad limitada, conclusión que no puede admitirse –insistimos– interpretando histórica, teleológica y sistemáticamente las referidas normas.

Similares consideraciones pueden realizarse respecto de la utilización del término «valor» en el IS, que como es sabido tiene un régimen tributario especial para las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y «canje de valores». Ciertamente no cabe sostener que el régimen fiscal del llamado «canje de valores» no sea aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada.

El propio apartado segundo del artículo 108 de la LMV parece avalar la necesidad de desdeñar el concepto de valor de la LMV, pues al establecer el ámbito objetivo de las que el precepto llama «excepciones» a la exención recogida en el apartado primero se refiere a los valores o participaciones transmitidos o adquiridos «que representen partes alícuotas del capital social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones y otras entidades».

Las dificultades para definir el concepto de valor se aprecian en la propia postura de la Administración tributaria, que si bien ha estimado que la exención no comprende la transmisión de participaciones en sociedades civiles¹⁵, paradójicamente sí la de participaciones en sociedades agrarias de transformación¹⁶, que, de acuerdo con su normativa reguladora, son precisamente «sociedades *civiles* de finalidad económico-social en orden a la producción, transformación y comercialización de productos agrícolas, ganaderos o forestales, la realización de mejoras en el medio rural, promoción y desarrollo agrarios y la prestación de servicios comunes que sirvan a aquella finalidad». La Administración fundamenta su postura en un criterio que no tiene anclaje legal: se benefician de la exención los títulos representativos del capital social de entidades que ostentan la condición de sujetos pasivos del IS¹⁷. Ulteriormente ha referido no obstante el ámbito de la exención al de la transmisión de títulos representativos del capital de entidades con personalidad jurídica¹⁸, criterio más razonable.

¹⁵ De acuerdo con la contestación de la DGT de 16 de abril de 2001 [núm. 756/2001 (NFC012736)] «A efectos de la exención, este Centro directivo ya ha señalado en Consulta de 27 de febrero de 2001 que debe entenderse por valores los títulos de participación social que atribuyen a su titular la condición de socio de sociedades mercantiles, tales como acciones de sociedades anónimas o participaciones en sociedades limitadas, así como otros títulos cuya consideración de valor ha sido expresamente señalada en la ley, como es el caso de participaciones en Fondos de Inversión [...]. No resultan equiparables las participaciones que los socios ostentan en una sociedad civil, regulada en los artículos 1.665 y siguientes del Código Civil (CC), con los valores, negociables o no, que otorgan a su titular la condición de socio o participe de sociedades mercantiles, a causa de la diferente naturaleza jurídica de la participación en una sociedad civil y del valor participativo mercantil a que se refiere la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, así como de la prohibición contenida en el artículo 23.3 de la Ley General Tributaria (LGT) que descarta la aplicación de la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito de las exenciones o bonificaciones».

¹⁶ Contestación de la DGT de 25 de mayo de 2001 [núm. 0999-01 (NFC012573)]. Las SSTSJ de Valencia de 27 de abril de 2000 (NFJ023904) y del TSJ de Cataluña de 2 de abril de 2003 (NFJ016234) han rechazado sin embargo que la transmisión de participaciones en sociedades agrarias de transformación pueda beneficiarse de la exención del 108 de la LMV, porque según el artículo 8 del Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, que las regula, los resguardos nominativos que materializan la parte alicuota del capital de su propiedad «no tendrán el carácter de Títulos Valores, y su transmisión no otorgará la condición de socio al adquirente...». Señala además la segunda sentencia que «para que los valores queden comprendidos en el marco de la ley es preciso que sean negociables y, estén agrupados en emisiones. Las participaciones que aquí se consideran, ni están agrupadas en series, ni son negociables en el sentido de la ley...».

¹⁷ Afirmaba la Contestación de la DGT de 25 de mayo de 2001 [núm. 0999-01 (NFC012573)] que «A efectos de la exención, este Centro Directivo ya ha señalado en Consultas de 27 febrero de 2001 o de 16 de abril de 2001 que *debe entenderse por valores los títulos de participación social que atribuyen a su titular la condición de socio de sociedades mercantiles*, tales como acciones de sociedades anónimas o participaciones en sociedades limitadas, u otros títulos cuya consideración de valor ha sido expresamente señalada en la ley, como es el caso de participaciones en Fondos de Inversión –art. 20 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva–, y en general títulos representativos del capital social de entidades que ostentan la condición de sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades. La transmisión que los socios hacen de los títulos representativos del capital exige distinguir dos supuestos: A) *Entidades cuya tributación se realiza a través del mecanismo de atribución de rentas, es decir, comunidades de bienes, herencias yacentes, sociedades civiles y otros entes sin personalidad que constituyen una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición. La transmisión que un socio de cualquiera de estas entidades jurídicas hace de su participación social está sujeta y no exenta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas*, con el efecto añadido de la inaplicación del artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, dado que este exige que la transmisión estuviere exenta de tributación indirecta. [...] B) *Entidades que ostentan la condición de sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades*, en las condiciones señaladas en el artículo 7 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, entre las cuales se encuentran las sociedades agrarias de transformación. La transmisión que el socio de estas entidades hace de su acción o participación origina el hecho imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas, siendo plenamente aplicable la exención prevista en el artículo 45.1.B.9 del Real Decreto Legislativo 1/1993, y resultando posible la aplicación del mecanismo previsto en el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores». En aplicación de tal criterio ha rechazado que la transmisión de cuotas por parte de condóminos pueda estar exenta [véase la Resolución de la DGT de 28 de septiembre de 2005, V1883-05 (NFC021293)].

¹⁸ Véase la contestación de la DGT de 14 de abril de 2005 [núm. V0625-05 (NFC020692)] que examinaba la cuestión de determinar si la transmisión de las acciones de un club social se beneficiaba de la exención.

En nuestra opinión la interpretación del concepto de valor debe realizarse acudiendo precisamente a la norma que inspiró la incorporación a nuestro ordenamiento de la exención, que no es otra que la Propuesta de Directiva relativa a los impuestos indirectos sobre las transacciones de títulos de 14 de abril de 1987, norma que, con objeto de favorecer las operaciones de adquisición de títulos y de admisión en el mercado de capitales de los títulos negociados o en curso de introducción en una Bolsa de valores y de eliminar obstáculos a los movimientos de capitales, preveía la supresión de los impuestos indirectos sobre las transacciones de títulos, término que, a pesar de no definirse, abarcaba indudablemente los títulos de participación en sociedades, pues así se infería precisamente de su artículo 2, que permitía percibir impuestos sobre las transmisiones de inmuebles como consecuencia de transacciones con títulos de participación en las sociedades, fondos, asociaciones u otras personas jurídicas cuyo patrimonio estuviera total o parcialmente constituido por inmuebles situados en su territorio. El título francés de la propuesta de Directiva es especialmente revelador («Proposition de Directive de Conseil relative aux impôts indirects sur les transactions sur titres»). De ahí que entendamos que la exención debe alcanzar la transmisión de cualquier título representativo del capital de una entidad con personalidad jurídica ¹⁹, y por ende también la transmisión de participaciones en sociedades civiles.

III. LA SUJECCIÓN DE DETERMINADAS TRANSMISIONES DE VALORES AL ITPO. LA ELUSIÓN FISCAL A TRAVÉS DE LA INTERPOSICIÓN DE SOCIEDADES

1. Introducción.

Como hemos indicado anteriormente para evitar el gravamen al que están sometidas las transmisiones onerosas de bienes inmuebles desde antiguo se ha acudido a expedientes que, a través de la interposición de sociedades, conseguían eludir la tributación establecida en el ITPO para las transmisiones inmobiliarias: así, por una parte, en lugar de transmitir directamente el bien, se constituía una sociedad a la que se aportaba el inmueble que se deseaba vender para, posteriormente, transmitir la totalidad de las acciones al adquirente, beneficiándose del tratamiento más favorable dispensado a la cesión de títulos; o bien, se constituía una sociedad en la que el vendedor aportaba el inmueble y el comprador el precio para, acto seguido, disolver la misma adjudicándose el vendedor el precio y el comprador el inmueble.

Es este el supuesto clásico que en las aulas se suele poner como ejemplo de fraude a la ley tributaria, en la medida en que las partes intervinientes consiguen un ahorro fiscal utilizando una vía que no es la que naturalmente hubiera sido empleada para transmitir el inmueble, esto es, empleado

¹⁹ También a esa solución se llega indagando en el antecedente interno del artículo 108 de la LMV. En efecto, el artículo 40 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, indicaba que «la transmisión onerosa de las acciones o participaciones representativas del capital de las Sociedades cuyo activo esté integrado, en más de su 80%, por bienes inmuebles de naturaleza rústica o urbana, siempre que dichas acciones o participaciones excedan del 80% del capital social, se gravará por el número uno de la tarifa del ITP y AJD, como transmisión onerosa de bienes inmuebles».

formas jurídicas (constitución de sociedad y transmisión de acciones) de forma artificiosa. Es de advertir que tal conclusión ha de ser admitida únicamente respecto de aquellos casos en que la sociedad creada realice una mínima actividad económica, pues en ausencia de tal actividad habrá de estimarse que el negocio societario no tendrá causa y, por ende, concluir que no estaremos ante un fraude de ley sino ante una simulación negocial²⁰.

La interposición de sociedades para eludir el gravamen establecido para la transmisión de inmuebles se ha combatido por el legislador contemplando expresamente el negocio fraudulento y sometándolo a imposición (tipificando presupuestos de hecho sustitutivos). Aunque tanto el Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 1959 como el Texto Refundido de 1967 contemplaron una norma para combatir la elusión realizada a través de la constitución y disolución de sociedades, el germen del vigente artículo 108 de la LMV ha de buscarse en el artículo 40 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, que regulaba la transmisión onerosa de acciones o participaciones sociales recibidas por la aportación de bienes inmuebles a sociedades, y la transmisión onerosa de títulos representativos del capital de las sociedades cuyo activo estuviese integrado en más de un 80% por bienes inmuebles. La filosofía del referido precepto impregnó el apartado segundo del artículo 108 de la LMV, a cuyo análisis dedicamos este trabajo.

2. ¿Excepción a la exención o nuevo hecho imponible?

Si con carácter general la transmisión de valores está exenta, determinadas transmisiones de valores de sociedades cuyo patrimonio es fundamentalmente inmobiliario tributan. En principio parece que el apartado segundo del artículo 108 delimita –negativamente– el ámbito de aplicación de la exención («quedan exceptuadas de lo dispuesto en el apartado anterior...»), determinando a qué transmisiones de valores no alcanzará.

Este es el planteamiento que ha servido al Tribunal Supremo, antes de la modificación operada en la regulación del artículo 108 de la LMV por la Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal, para delimitar cuál era la base imponible. Frente a la postura de la Administración tributaria, que entendía que la base imponible estaba constituida por el valor total de los terrenos propiedad de la sociedad cuyas acciones se adquirirían con independencia del tanto por ciento del capital de la sociedad que representa el número de acciones transmitidas, el tribunal estimó, en Sentencia de 30 de abril de 2004 (NFJ017026), que el artículo 108 «lo que hace es eliminar la exención general de la transmisión de acciones y aplicar en consecuencia el ITP –concepto de transmisiones onerosas–, conforme a las normas esenciales de dicho Impuesto»²¹.

Es discutible que ese planteamiento se corresponda con la regulación legal, de la que más bien cabe inferir que en realidad el apartado segundo del artículo 108 de la LMV no constituye una norma

²⁰ Véase DEBOISSY, F., *La simulation en droit fiscal*, Bibliothèque de Droit Privé, LGDJ, 1997.

²¹ Es este un planteamiento generalizado entre la jurisprudencia. Véase, por ejemplo, la Resolución del TEAC de 1 de marzo de 2006 (NFJ023508).

que delimita negativamente la exención de la transmisión de valores sino una norma que determina el hecho imponible del ITP²².

Repárese en primer término qué sucede con las transmisiones de valores realizadas por sociedades mercantiles, y por tanto sujetas al IVA. La concurrencia de los requisitos recogidos en el apartado segundo del artículo 108 de la LMV no determina la inaplicación de la exención y su gravamen por el IVA²³. El sujeto pasivo no es la sociedad que transmite los valores, sino el adquirente de los mismos. La operación sigue estando exenta en el IVA, por lo que difícilmente puede sostenerse que tal apartado precise el ámbito de aplicación de la exención. Antes bien, no puede sino entenderse que tal apartado delimita el ámbito de aplicación del Impuesto sobre Transmisiones: las transmisiones de valores de sociedades, cuyo patrimonio sea predominantemente inmobiliario, sean realizadas por particulares o por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad, estarán sujetas al ITPO, siendo sujeto pasivo el adquirente.

A la misma conclusión se llega si se examinan otras consecuencias que derivan de la aplicación del apartado segundo. La concurrencia de los requisitos de la norma no determina la inaplicación de la exención a la adquisición de valores realizada, pues la consecuencia prevista no es el gravamen de los valores adquiridos, sino de la parte proporcional *del valor de los inmuebles* que corresponda *al porcentaje total de participación que pase a tener en el momento de la obtención del control*. Por un lado, la base imponible se calcula por referencia no a los valores adquiridos, sino a los que poseyera el socio en el momento de obtener control. Y por otro, no se grava el valor de los referidos títulos, sino el de aquella porción de los bienes inmuebles que proporcionalmente corresponda al porcentaje de participación que el adquirente pase a tener en el momento de la obtención del control²⁴. Si la base imponible cuantifica el hecho imponible, parece claro que las reglas del apartado tercero del artículo 108 contribuyen a precisar el hecho imponible y no el ámbito de aplicación de la exención.

Por otro lado, se someten a gravamen actos que de por sí no estarían sujetos al ITPO, como la adquisición de valores en mercados primarios como consecuencia del ejercicio de derechos de suscripción preferente o de conversión de obligaciones en acciones, así como la transmisión de valores a la propia sociedad tenedora para su posterior amortización, siendo sujeto pasivo el accionista que obtenga el control de la entidad. Tales operaciones no estarían sujetas al referido tributo, lo que pone de relieve de nuevo que no estamos ante una excepción a la exención.

²² Así lo han advertido, con acierto, PÉREZ FADÓN, «Análisis de la nueva regulación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores», *Revista Tributaria Oficinas Liquidadoras*, n.º 2/2007, págs. 4 y 6, y BAS SORIA, «El artículo 108 de la LMV...», *ob. cit.*, págs. 17 y 18.

²³ Véase la Resolución del TEAC de 25 de julio de 1999. Ello ha sido criticado por VARONA ALABERN por no ser coherente con el fundamento del precepto. Entiende este autor que «si lo que se perseguía era evitar que verdaderas transmisiones de inmuebles quedasen exentas por beneficiarse fraudulentamente del beneficio fiscal de la transmisión de acciones (exentas en ambos impuestos), se debía respetar la naturaleza de la operación inmobiliaria, esto es, si estaba sujeta al IVA, dejar que como tal tributara por este impuesto y no atraer siempre y en todo caso la operación al ITPO, ya que este impuesto no es deducible y produce una distorsión en el ciclo económico». «Comentario al nuevo artículo 7.5 del nuevo Texto Refundido del ITP y AJD: ámbito de aplicación del ITPO y del IVA», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 26, pág. 84.

²⁴ Si se adquiere un 3%, cuando ya se poseía el 49%, no se grava la adquisición del 3% adquirido, sino la parte proporcional del valor de los inmuebles que corresponda al porcentaje total que pase a tener en el momento de adquirir el control, esto es, el 52% del valor de los inmuebles.

IV. LAS ADQUISICIONES ORIGINARIAS O DERIVATIVAS DE VALORES DE SOCIEDADES CUYO ACTIVO ESTÁ CONSTITUIDO AL MENOS EN UN 50% POR BIENES INMUEBLES O EN CUYO ACTIVO SE INCLUYAN VALORES DE SOCIEDADES CUYO ACTIVO ESTÉ CONSTITUIDO AL MENOS EN UN 50% POR BIENES INMUEBLES

1. Operaciones a las que alcanza.

1.1. La adquisición «onerosa» de valores en mercados secundarios.

1.1.1. Consideraciones generales.

En primer término se gravan por el ITPO las transmisiones realizadas en el mercado secundario –esto es, toda transmisión realizada después de la emisión del valor– de valores o participaciones que «representen partes alícuotas del capital social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones y otras entidades cuyo activo esté constituido al menos en un 50% por inmuebles situados en territorio nacional, o en cuyo activo se incluyan valores que le permitan ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50% por inmuebles radicados en España, siempre que, como resultado de dicha transmisión o adquisición, el adquirente obtenga una posición tal que le permita ejercer el control sobre esas entidades o, una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación en ellas».

Hay que entender, aunque el artículo 108 no lo precise, que la sujeción afecta las transmisiones *inter vivos* y *onerosas*, que son aquellas que grava el ITPO²⁵. Aunque pueda parecer obvio, es necesario detenerse en precisarlo pues el apartado 3.º del artículo 108 podría inducir a confusión sobre este extremo, en la medida en que, al regular la base imponible, determina que esta estará constituida por la parte proporcional sobre el valor real de la totalidad de las partidas del activo que 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 que aumente la cuota de participación». La referencia a la adquisición lucrativa del control debe contextualizarse adecuadamente: las transmisiones de valores que otorguen al adquirente el control de una entidad únicamente quedarán gravadas por el ITPO cuando la operación que permita al adquirente obtener el control de la sociedad sea onerosa; ahora bien, adquirido dicho control, onerosa o lucrativamente, cualquier aumento de la participación derivado de una operación onerosa tributará por el ITPO. No tendría sentido ni justificación que las transmisiones lucrativas fueran doblemente gravadas, aunque

²⁵ El artículo 40 de la Ley 50/1977, origen del 108 de la LMV, exigía expresamente que la transmisión fuera onerosa. Por lo demás el artículo 24 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, al concretar el alcance de la cesión y los puntos de conexión en el ISD, advierte expresamente que «tendrán la consideración de donaciones de bienes inmuebles las transmisiones a título gratuito de los valores a que se refiere el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio».

luego veremos, al examinar las reglas de determinación de la base imponible, que la regulación legal podría producir, de no ser adecuadamente tamizada, casos de doble imposición.

Es cierto que esta interpretación permitiría eludir la sujeción al ITPO planificando la operación de forma que se adquiriera onerosamente el 50% y un 1% lucrativamente. La forma de combatir tales prácticas no puede consistir sin embargo en gravar doblemente una misma adquisición²⁶, sino en utilizar las técnicas que el ordenamiento pone en manos de la Administración tributaria para combatir maniobras elusivas de los contribuyentes. Parece claro que si en el mismo documento se transmite por precio el 50% y se dona el 1% estaremos ante una simulación²⁷. Si, en cambio, ambas transmisiones se distancian en el tiempo habría que acudir en su caso a poner en marcha el procedimiento para luchar contra el fraude de ley (el «conflicto en la aplicación de la norma tributaria»). En todo caso, nada hubiera impedido al legislador configurar el precepto de forma que, en aquellos casos en que, habiéndose adquirido las participaciones en diferentes momentos y obteniéndose el control de la entidad a través de una operación gratuita, se hubiese liquidado esta última por el ISD y las anteriores por el ITPO, máxime cuando ha previsto que, una vez adquirido el control onerosa o lucrativamente los aumentos en el porcentaje de participación se someterán a tributación. De esa forma se cerraría la puerta abierta al fraude que deja la redacción actual.

No es necesario que los valores transmitidos lo sean de una entidad domiciliada en España o que tenga en nuestro país su sede de dirección efectiva. No se aplican en este caso en nuestra opinión los criterios generales de aplicación territorial del ITP y AJD (art. 6 del TR ITP y AJD), que conducirían a rechazar el gravamen de la transmisión de valores de una entidad extranjera cuyo activo estuviera íntegramente formado por bienes inmuebles situados en España. Esos criterios valdrían para determinar la sujeción de una transmisión de valores ordinaria, pero no de la transmisión de valores de una entidad con un patrimonio predominantemente inmobiliario situado en nuestro país, para la cual el legislador ha diseñado un régimen especial, que pasa por sujetar al ITPO las transmisiones de valores de sociedades, españolas o extranjeras, en cuyo activo figuren mayoritariamente bienes inmuebles situados en España²⁸. Evidentemente si se pretende combatir la elusión impositiva inmobiliaria que se podría alcanzar a través de la interposición de sociedades, la norma diseñada habrá de atender al ámbito de aplicación de la norma que se pretende eludir. Y de acuerdo con el ITP y AJD la transmisión de inmuebles se somete a gravamen en España cuando los mismos están situados en territorio español²⁹.

²⁶ Piénsese que se adquiere un 51% gratuitamente. ¿Acaso cabría imaginar someter la misma adquisición al ISD y al ITPO?

²⁷ Aunque pudiera estimarse que estamos ante un problema de calificación (lo que las partes consideran que es una transmisión onerosa del 50% y una donación del 1% es en realidad una enajenación del 51%) creemos que no hay tal, pues las partes intervinientes no califican erróneamente el negocio que realizan, sino que distinguen dos negocios distintos.

²⁸ De acuerdo con ello si un ciudadano inglés es socio único de una entidad constituida en el Reino Unido y con domicilio social en el mismo en cuyo activo figuran únicamente inmuebles situados en las Islas Canarias, la transmisión de las acciones de la sociedad quedará sujeta, siempre que se cumplan los demás requisitos establecidos en la ley, al ITPO. Y todo ello a pesar de que los valores no puedan ejercitarse o hayan de cumplirse en territorio español, y de que el adquirente no resida en España.

²⁹ La doctrina no ha dudado en estimar que es indiferente que la sociedad tenedora de los inmuebles en España sea o no residente. Así, por ejemplo, POZUELO ANTONI, F., «Modificación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores por la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n.º 286 (2007), pág. 46. BAS SORIA, J., «El artículo 108 de la LMV...», ob. cit., pág. 19.

Así se infiere indudablemente del Reglamento del ITP y AJD, que precisa en su artículo 8.2 que «no se considerarán situados en territorio español los títulos representativos de partes alicuotas de capital social o patrimonio de sociedades y entidades residentes en el extranjero, aunque se encuentren depositados en establecimientos o locales situados en territorio español, *salvo cuando representen partes alicuotas de capital social o patrimonio de las sociedades, fondos, asociaciones y demás entidades a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 17 de este Reglamento*», precepto que regula los supuestos en que la transmisión de valores tributa.

1.1.2. La transmisión efectuada en el marco de una operación societaria.

Es posible que la transmisión de las acciones o participaciones de una sociedad cuyo activo se encuentra integrado fundamentalmente por inmuebles situados en territorio español se realice en el marco de una operación societaria sujeta al Impuesto sobre Operaciones Societarias (IOS). En tal caso la sociedad adquirente no quedará sujeta al ITPO por los valores adquiridos, a la vista de la incompatibilidad establecida en el artículo 1.2 del TR ITP y AJD: la mayor especificidad del IOS determina que la aportación de valores de sociedades con un activo predominantemente inmobiliario no determine para la sociedad adquirente más que el devengo del IOS (pudiendo incluso quedar exenta si se beneficia del régimen fiscal especial relativo al canje de valores o a la fusión o escisión)³⁰. Téngase en cuenta que esa sería la conclusión si se aportaran directamente los inmuebles integrantes del activo de la entidad.

No obstante, hay que tener presente que una cosa es el gravamen de la adquisición realizada por la entidad receptora, que como hemos visto corresponde al IOS, y otra el de la adquisición originaria en un mercado primario de valores de una entidad con un patrimonio predominantemente inmobiliario, hecho imponible distinto, en la medida en que no se grava a la sociedad que aumenta su capital sino al socio que adquiere o aumenta su posición de control. Tras la reforma del artículo 108 de la LMV por la Ley 36/2006, de medidas para la prevención del fraude fiscal, se sujetan las adquisiciones en un mercado primario como consecuencia del ejercicio de los derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones o «de cualquier otra forma», por lo que en estos casos se girarán dos liquidaciones: a la sociedad, por la operación societaria de constitución o aumento del capital; y al socio, con fundamento en el 108.2 de la LMV, por la adquisición o aumento de su posición de control³¹.

1.2. La adquisición en mercados primarios.

1.2.1. Consideraciones generales.

La Ley 36/2006, de medidas para la prevención del fraude fiscal, ha ampliado considerablemente el ámbito de las transmisiones de valores gravadas por el ITPO, pues hasta su entrada en vigor las adqui-

³⁰ Véase la contestación de la DGT de 24 de marzo de 2008 [V0584-08 (NFC028916)]. En el mismo sentido se han pronunciado las contestaciones de la DGT de 20 de febrero de 1998 (n.º 0276-98), 23 de mayo de 2000 [n.º 1182-00 (NFC010953)] o de 17 de abril de 2007 [V0821-07 (NFC025100)], así como las Resoluciones del TEAC de 19 de julio de 2000 (NFJ009520), 24 de octubre de 2001 (JT 2002, 815), y de 20 de junio de 2001 (NFJ014803).

³¹ Véase la contestación de la DGT de 24 de marzo de 2008 [V0584-08 (NFC028916)].

siciones en mercados primarios de valores de sociedades que permitieran ejercer el control de una entidad integrada fundamentalmente por bienes inmuebles únicamente tributaban por el ITPO cuando fueran obtenidas como consecuencia del ejercicio de derechos de suscripción preferente o conversión de obligaciones en acciones ³². El vigente artículo 108.2 de la LMV sujeta la adquisición de valores en mercados primarios como consecuencia del ejercicio de los derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones «o mediante cualquier otra forma», lo que introduce –al menos así se infiere *prima facie*– un cambio trascendental en el ámbito de aplicación de la disposición: es indiferente el título que haya legitimado al socio para adquirir los valores en un mercado primario, de forma que cualquier adquisición que permita obtener el control de una entidad con patrimonio predominantemente inmobiliario quedará sujeta, sea consecuencia del ejercicio de derechos de suscripción o no ³³.

La modificación operada es en cierta medida lógica, pues si se quiere someter a gravamen la adquisición de valores de entidades con patrimonio eminentemente inmobiliario no tiene sentido que la medida no alcance a otras operaciones con las que se pueden conseguir resultados similares. Ello permitirá incluir en el ámbito del presupuesto de hecho sustitutivo operaciones que hasta entonces quedaban al margen de la misma, como la adquisición de paquetes de control, por ejemplo, con motivo de operaciones de ampliación de capital en las que se excluye el derecho de suscripción preferente –*ex art. 159 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA)* por ejemplo–. Con la redacción anterior la adquisición del control de una entidad como resultado de una ampliación de capital que no tuviera su origen en el ejercicio de los derechos de suscripción preferente o de conversión de obligaciones en acciones no tributaba, por lo que, en lugar de transmitir las acciones –transmisión que caería dentro del ámbito de sujeción del art. 108.2– podía realizarse una ampliación de capital en metálico que diera entrada al nuevo socio y una posterior reducción que permitiera la salida del antiguo.

Lo cierto es que tal desmesurada extensión del ámbito de aplicación no tiene lógica en algunos supuestos. ¿Quiere el legislador gravar por el ITPO la adquisición por el socio único de las acciones de una sociedad de nueva constitución a la que el único activo aportado es un inmueble, que por tanto ya era propiedad del socio ³⁴, o la aportación de unas acciones de una sociedad inmobiliaria al constituirse una entidad ³⁵? ¿Y la escisión total de una sociedad con transmisión de su patrimonio a dos sociedades de nueva creación, recibiendo el accionista mayoritario en la escindida acciones o participaciones de la sociedad o sociedades beneficiarias en contraprestación a esta aportación que le siguen permitiendo controlar las sociedades de nueva creación? De ser afirmativa la respuesta se

³² Sobre este extremo véase la contestación de la DGT de 18 de junio de 2003 [n.º 0829-03 (NFC017966)].

³³ En esta línea afirma BAS SORIA que el legislador quiere subrayar el carácter cautelar de esta norma, anteponiendo el resultado objetivo a la forma del negocio jurídico que haya dado lugar al efecto proscrito por la norma, pareciendo indicar el legislador que «siempre que se produzca el resultado de obtención de control de una entidad de las contempladas en la norma, debe producirse la tributación en TPO». «El artículo 108 de la LMV...», *ob. cit.*, pág. 18.

³⁴ O imagínese que el socio dispone del 60% y se realiza una ampliación de capital a la que solo él acude aportando una nave industrial.

³⁵ La DGT [contestación de 17 de abril de 2007, V0821/2007 (NFC025100)] ha tenido ocasión de responder a esta cuestión en un supuesto en que los dos socios (dos entidades) aportaban cada uno a una sociedad de nueva constitución el 25,5% de las acciones de una sociedad con patrimonio predominantemente inmobiliario, adquiriendo cada uno el 50% del capital de la entidad. De acuerdo con el centro directivo «La constitución de la sociedad *holding* no supone la adquisición del control de la sociedad R por parte de ninguno de los dos aportantes de acciones de dicha sociedad a la sociedad *holding*, por lo que dicha constitución no estará sujeta...».

estaría gravando la adquisición de un control sobre un patrimonio inmobiliario que ya se tenía. O finalmente, piénsese en la fusión por creación de una nueva sociedad que pasa a controlar el mismo socio que controlaba las que se extinguen.

Difícilmente puede admitirse que los referidos supuestos motiven la liquidación que nos ocupa, pues no demuestra capacidad económica quien ya es titular de la riqueza que se quiere someter a imposición.

Ello ha llevado a PÉREZ-FADÓN a estimar, en la medida en que el artículo 108 responde a un criterio de adquisición de control de bienes o derechos de una entidad, para lo cual es necesario que no se tuviera antes de la operación de que se trate, que «si el adquirente de los valores ya controlaba el bien o las participaciones de la entidad, no es posible que se haya adquirido el control», de manera que la constitución de una entidad con aportación a la misma de un inmueble por el socio único no debiera motivar la liquidación por el tributo»³⁶. Se trata sin duda de una inferencia lógica, pero a la que hace falta encontrar soporte.

A nuestro modo de ver es necesario acotar el ámbito de la modificación normativa introducida por la Ley de prevención del fraude fiscal, mucho más limitada de lo que una primera lectura sugiere. El legislador no ha querido –entendemos– extender el artículo 108 de la LMV a las adquisiciones originarias de valores de sociedades de nueva constitución, en las que los socios aportantes ya tienen el control de los inmuebles que transmiten, sino ampliar el ámbito de las operaciones gravadas antes de la modificación operada en el artículo 108 de la LMV, que no eran sino las adquisiciones originarias con ocasión de ampliaciones de capital. Antes de la modificación se sujetaban las adquisiciones en mercados primarios «como consecuencia del ejercicio de derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones», entendiendo que el control de una sociedad con patrimonio predominantemente inmobiliario por quien no lo tenía solo se podía obtener adquiriendo derivativamente sus acciones o en un mercado primario en ejecución de los referidos derechos de suscripción o de conversión. En un aumento de capital son los socios quienes tienen derecho a suscribir los títulos que se emiten³⁷, por lo que la adquisición del control por un tercero requiere que estos le cedan sus derechos de suscripción. Lo cierto es, sin embargo, que la LSA permite excluir el derecho de suscripción preferente (art. 159), pudiendo entrar en la entidad un tercero por una vía distinta de las referidas. Esa es, entendemos, la vía que ha querido tapar el legislador, de manera que la referencia a la adquisición de los valores en un mercado primario mediante «cualquier otra forma» debe entenderse limitada por referencia a la operación en la que se enmarcan las operaciones de adquisición originaria hasta entonces gravadas: las adquisiciones consecuencia del ejercicio de los derechos de suscripción preferente o de conversión de obligaciones en acciones *en el marco de una operación de aumento de capital*. Si no fuera esta la conclusión, no se entendería por qué el legislador no ha sujetado lisa y llanamente las adquisiciones en los mercados primarios, eliminando la coetilla referida. El mantenimiento de la misma tiene indudablemente que tener el sentido referido. Aunque el tenor literal del precepto pueda dar pie a otra lectura, a esta interpretación se llega, insistimos, analizando las vías de fraude que se han querido atajar e interpretando teleológicamente el precepto.

³⁶ PÉREZ-FADÓN, J.J., «Análisis de la nueva regulación...», ob. cit., págs. 8 y 9.

³⁷ Téngase en cuenta que la operación de aumento de capital no determinará la especial sujeción del artículo 108 de la LMV si los socios mantienen el mismo porcentaje de participación en el capital.

De acuerdo con ello no resultará aplicable en casos de constitución de sociedades, por las razones referidas, y tampoco en operaciones de fusión por absorción ³⁸ de otra sociedad o de parte del patrimonio escindido de otra sociedad a pesar de que tal operación implica un aumento de capital, pues la propia norma mercantil excluye el derecho de suscripción preferente (art. 159.4 de la LSA).

La DGT ha llegado a una conclusión similar por otro camino: estimando que la aplicación del precepto exige que el activo de la sociedad antes de la ampliación de capital esté compuesto principalmente por bienes inmuebles ³⁹. De acuerdo con ese proceder, una sociedad de nueva constitución no tendría un activo eminentemente inmobiliario con carácter previo, luego la operación no estaría sujeta.

El razonamiento de la Administración lleva, sin embargo, a consecuencias difícilmente admisibles en los casos de fusión, pues la forma de estructurarla –por absorción de una entidad o creación de una nueva– podría determinar diferencias en la tributación de la operación alcanzando, sin embargo, los mismos efectos. Supóngase que una entidad con un activo eminentemente inmobiliario (ASI), valorado en 100, quiere fusionarse con BSI, propiedad de un solo socio, también con la composición patrimonial referida por el artículo 108 de la LMV, y cuyo activo se valora en 120. Si la fusión se produce por creación de una nueva sociedad, con extinción de las fusionadas y transmisión en bloque de su patrimonio a la nueva, la operación no tributaría, en la medida en que la sociedad de nueva creación no tenía *ex ante*, según el razonamiento de la Administración, un patrimonio eminentemente inmobiliario. Y en cambio sí tributaría si se produjera por absorción de BSI por ASI ⁴⁰, sociedad que ampliaría su capital en 120 entregando las acciones correspondientes al único socio de BSI, que adquiriría el control de ASI (120 acciones de las 220 existentes). Siendo los efectos alcanzados con ambos procedimientos los mismos, parece difícil admitir las diferencias de tributación referidas.

1.2.2. ¿Es compatible la liquidación de la adquisición de valores en un mercado primario por ITPO con la liquidación de la operación societaria por el IOS?

Otra cuestión que suscita el gravamen por el ITPO de las adquisiciones de valores en mercados primarios es la de precisar si tal liquidación es compatible con la que derive de la operación societaria en cuyo marco se emiten los valores, habida cuenta de que el artículo 1.2 del TR ITP y AJD establece que «en ningún caso, un mismo acto podrá ser liquidado por el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas y por el de operaciones societarias».

³⁸ No es de esta opinión GIL DEL CAMPO, quien estima que la norma quiere dar cabida a situaciones excluidas en la legislación anterior «como la adquisición de valores a través de operaciones de fusión por absorción o de ampliaciones de capital a las cuales un contribuyente acude aportando acciones de otra entidad cuyo activo está constituido mayoritariamente por inmuebles», «Novedades en el Proyecto de Ley de Medidas de Prevención del Fraude Fiscal», *Carta Tributaria*, n.º 14/2006, pág. 17.

³⁹ En el caso examinado por la contestación de la DGT de 24 de marzo de 2008 [V0584-08 (NFC028916)] una sociedad cuyo único activo era de 4.000 € en metálico realizaba una operación de canje de valores, conforme a la cual realizaba una ampliación de capital suscrita por su socio único quien entregaba a cambio el 98% del capital de una sociedad cuyo activo era eminentemente inmobiliario.

⁴⁰ Supóngase que fuera BSI quien absorbiera a ASI. En tal caso la adquisición del control de ASI no tributaría, según la contestación de la DGT de 18 de marzo de 2008 [V0569-08 (NFC028817)] porque «se realiza en una operación de fusión –y, por tanto, sujeta a la modalidad de operaciones societarias– efectuada mediante la adquisición de valores en el mercado secundario y no en los primarios».

La respuesta ha de ser afirmativa⁴¹, pues propiamente se gravan dos adquisiciones diferentes –al igual que en las permutas–, como lo prueba el diferente sujeto pasivo de ambas. El IOS grava una adquisición patrimonial a favor de la sociedad –que será por ello contribuyente– con motivo de una constitución social o ampliación de capital. El artículo 108.2 de la LMV grava la adquisición de valores de determinadas sociedades por parte del socio aportante, que será sujeto pasivo del ITPO.

Es más que discutible en todo caso que la liquidación por el ITPO sea compatible con la normativa comunitaria reguladora de las concentraciones de capitales, que impide someter a ninguna forma de imposición indirecta la emisión de acciones o participaciones (véase el art. 5 de la Directiva 2008/7/CE y la STJCE de 15 de julio de 2004, Asunto C-415/02).

1.3. La transmisión de valores a la sociedad emitente para su amortización tras la cual un socio adquiere una posición de control.

Es posible que el control de una sociedad cuyo activo esté constituido fundamentalmente por bienes inmuebles se adquiera sin necesidad de adquirir un mayor porcentaje de títulos, lo que podrá suceder cuando se amorticen todos o parte de los títulos de algunos socios. Una amortización de parte del capital que no afecte por igual a todos los socios permitirá un aumento en el porcentaje de participación de algunos, aumento que en la medida en que determine la adquisición del control de la sociedad pretende someterse también a gravamen. Esa es la filosofía que está detrás de una de las modificaciones operadas en el artículo 108 de la LMV por la Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal: «en los casos de transmisión de valores a la propia sociedad tenedora de los inmuebles para su posterior amortización por ella, se entenderá a efectos fiscales que tiene lugar el hecho imponible definido en esta letra a). En este caso será sujeto pasivo el accionista que, como consecuencia de dichas operaciones, obtenga el control de la sociedad, en los términos antes indicados»⁴².

Aunque la *ratio* de la regla referida está meridianamente clara, no lo está en cambio su ámbito de aplicación. La ley la restringe a los «casos de transmisión de valores a la propia sociedad tenedora de los inmuebles para su posterior amortización». ¿Alcanza a las adquisiciones de acciones propias efectuadas extramuros de una operación de reducción de capital? Esto es, ¿se extiende a la adquisición derivativa de acciones propias realizada al margen de una reducción de capital, pero que finalmente son amortizadas? Y, ¿debe interpretarse el término «transmisión» en sentido amplio, de forma que incluya aquellos casos de amortización que no vienen precedidos de una previa transmisión de los títulos, como sucede en los de separación de socios o de reducción de capital por amortización?

⁴¹ Así lo ha estimado también PÉREZ-FADÓN, J.J., «Análisis de la nueva regulación...», ob. cit., pág. 8.

⁴² Supóngase una sociedad con patrimonio inmobiliario propiedad de dos socios, cada uno con un 50% del capital. Uno de ellos quiere desligarse de la sociedad, habiendo pactado la venta de sus acciones al otro, operación que desencadenaría la aplicación del artículo 108.2 de la LMV y la tributación correspondiente. Antes de la reforma operada en el artículo 108.2 de la LMV por la Ley de prevención del fraude fiscal era posible eludir el referido gravamen enajenando las acciones a la entidad emitente que procedería a su amortización, lo que permitiría al socio único controlar la entidad sin haber tenido que tributar.

La primera pregunta no tiene fácil respuesta. Parece claro que si la regla no se aplicara a las transmisiones efectuadas al margen de una operación de reducción de capital, y por tanto en las que el destino de los valores adquiridos por la sociedad no está previamente fijado, se estaría abriendo una puerta al mismo fraude que se ha tratado de combatir. Bastaría adquirir derivativamente acciones propias sin referir la finalidad de amortizarlas, incluso contraviniendo lo dispuesto en las normas mercantiles, para eludir la previsión legal.

Pero imagínese el escenario contrario: ¿habría de gravarse la adquisición de acciones propias cuyo destino, tras varios meses o años, no es el de ser amortizadas sino colocarse entre los propios socios o terceros? ¿Y la de acciones propias que son amortizadas pasado más de un año desde su adquisición?

En nuestra opinión la solución a esta cuestión deriva de las reglas relativas al devengo. Dado que el impuesto nace con la transmisión de las acciones y no en el momento de procederse a la amortización, entendemos que la previsión legal no afecta a la transmisión de los títulos al margen de una operación de reducción de capital. Los títulos no se transmiten, como exige la ley, para su posterior amortización por la sociedad, aunque ese sea su destino finalmente. El posterior acuerdo de amortización de las acciones no permite entender que las acciones se transmitieron para ser amortizadas.

Piénsese que una sociedad anónima adquiera de forma derivativa acciones propias que representen un 20% de su capital, en clara vulneración de lo dispuesto en el artículo 75 de la LSA, que limita al 10% dicha posibilidad. Tales acciones, adquiridas en contravención de la norma mercantil, deben ser enajenadas en el plazo de un año a contar desde la adquisición, o, a falta de tal enajenación, amortizarse con la consiguiente reducción de capital. El acuerdo de amortización es en todo caso posterior a la adquisición, sin que la mera adquisición de un porcentaje mayor que el autorizado por la ley permita entender que se adquieren para ser amortizadas: cabe en efecto que sean enajenadas⁴³.

⁴³ No compartimos, por ello, las afirmaciones de PÉREZ-FADÓN cuando indica que «si no se establece expresamente en el acuerdo de adquisición de participaciones propias su finalidad, ni puede inferirse del mismo cuál sea la misma, [...] es dudoso cuándo se devengará el tributo, pudiéndose, en función de cualquier circunstancia del acuerdo, entenderse devengado este impuesto, sin perjuicio de que por comunicación del interesado –en este caso la propia sociedad y el partícipe– pueda expresar que no es esa su finalidad, aunque en caso de incumplimiento posterior de los requisitos establecidos para dicha adquisición y tenencia de participaciones que diera lugar a su amortización se exigiera en dicho momento el gravamen», añadiendo que «en los supuestos en que expresamente se acuerde la adquisición de participaciones para otros fines, distintos a su amortización posterior, no se devengará este impuesto, sin perjuicio de que, como en el caso anterior, si se amortizan posteriormente, con la adquisición del control por un accionista, se exija el tributo» en «Análisis...», ob. cit., pág. 14. También en contra de la opinión que reflejamos en el texto se ha manifestado POZUELO ANTONI, quien estima que «a pesar de esa redacción, que aparenta establecer una intencionalidad determinada en la transmisión de acciones, el supuesto no puede quedar limitado, so pena de evidente contradicción con su sentido, a los casos en los que la adquisición de acciones propias por parte de la entidad se haga con la finalidad o predeterminada intención de amortizarlas. Es verdad que ese es uno de los casos que, como supuesto de libre adquisición, recoge, para las sociedades anónimas, el artículo 77 de su ley reguladora. Pero no es menos cierto que, tanto el artículo 76, para los supuestos en que se hayan infringido los requisitos de adquisición de acciones propias, como el artículo 78, para el caso de acciones adquiridas no enajenadas en un plazo de tres años, fijan la amortización de las acciones como alternativa ineludible. De este modo, de exigir para aplicar la norma fiscal una intención de reducción del capital desde el momento de adquisición de las acciones, se estarían obviando otros supuestos de adquisición derivativa de acciones propias (los otros tres del art. 77), además de dar mejor trato fiscal (por hacer inviable este art. 108) a quien adquiere acciones sin la declarada intención de amortizarlas pero se ve impelido a ello como respuesta a su infracción mercantil (arts. 76 y 78.2). En este contexto –concluye– la obligada amortización de acciones propias por su falta de previa transmisión en el plazo requerido, debería entenderse incluido en el supuesto de la norma fiscal». «Modificación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores...», ob. cit., pág. 68.

Somos conscientes de que con ello se abre una puerta al fraude, pero difícilmente puede salvarla el intérprete de la ley. La única vía para combatirla será instar el expediente de fraude de ley –en el supuesto de que se admita el recurso a tal cláusula general cuando el propio legislador ha tipificado un presupuesto de hecho sustitutivo– cuando la amortización ulterior de las acciones denote claramente la intención elusiva, o la modificación de la norma, estableciendo por ejemplo una liquidación cautelar en aquellos casos en que la amortización de las acciones propias adquiridas pudiera determinar el gravamen de uno de los socios, a semejanza de la que se establece en el ITP y AJD respecto de la adjudicación de bienes para pago de deudas. O incluso que se refiera el devengo a la amortización de los títulos.

No es esa, empero, la única fórmula para burlar la referida regla. Como es sabido, la reducción de capital por amortización de acciones se puede realizar de dos formas: cabe que la sociedad adquiera en primer término las acciones y una vez en su poder, sean amortizadas –supuesto contemplado en el art. 170 de la LSA al que alcanzaría indudablemente la regla del art. 108 de la LMV–, o bien que se lleve a cabo la amortización de acciones sin que se proceda a la previa transferencia de títulos a la sociedad, limitándose esta a compensar a sus propietarios, por vía de reembolso, una cantidad igual al importe nominal –más la parte proporcional de reservas– de los títulos que quedan con ello anulados –*vid.* art. 164.3 de la LSA–⁴⁴. Tampoco esta vía quedaría cubierta, en la medida en que no hay transmisión alguna de títulos a la sociedad.

En aquellos casos en que la regla sea aplicable afectará tanto a aquellos casos en que como consecuencia de la amortización de los títulos uno de los socios adquiera el control de la entidad como a aquellos otros en que aumente su porcentaje de participación en la misma. Aunque el precepto considera sujeto pasivo únicamente al «accionista que, como consecuencia de dichas operaciones, obtenga el control de la sociedad», parece evidente que no solo se grava la obtención del control sino también su aumento, pues la equiparación de este supuesto con el general se realiza en toda su extensión⁴⁵.

2. La composición del activo de la sociedad cuyo control se adquiere o aumenta. Reglas de cómputo.

2.1. Introducción.

El artículo 108 ha exigido tradicionalmente, para someter a gravamen las transmisiones o adquisiciones de valores a que alude, que el activo de las sociedades cuyos valores se transmiten o adquieren esté constituido al menos en un 50% por inmuebles situados en territorio español, lo que resulta lógico pues si se trata de evitar la elusión del Impuesto sobre Transmisiones a través de la

⁴⁴ PÉREZ DE LA CRUZ, A., *La reducción del capital en Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1973, pág. 133.

⁴⁵ Para considerar quién es sujeto pasivo en el caso de ampliación habrá que recurrir a la analogía, en este ámbito no prohibida por la LGT.

interposición de sociedades habrá que adaptar el ámbito del artículo 108 de la LMV al ámbito territorial de aplicación del ITPO, impuesto que no grava las transmisiones patrimoniales de bienes y derechos de naturaleza inmobiliaria sitos en territorio extranjero.

Pudiera resultar que en el activo societario se encuentren acciones de sociedades cuyo activo esté integrado en más de un 50% por inmuebles. Con la redacción anterior a la modificación operada por la Ley de prevención del fraude fiscal no era posible entender que las acciones referidas debían tenerse por inmuebles, lo que permitía burlar la norma aportando las acciones de la sociedad cuyo activo estaba integrado en más de un 50% por inmuebles a una sociedad de nueva creación, y transmitiendo a continuación las acciones de esta última. La Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, ha equiparado la adquisición directa de valores de una entidad con patrimonio predominantemente inmobiliario con su adquisición indirecta a través de sociedades interpuestas, en la medida en que también somete a gravamen la transmisión de valores de sociedades «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», esto es, de sociedades que tengan filiales con patrimonio predominantemente inmobiliario. Se trata con ello de impedir que se pueda evitar la aplicación del artículo 108 de la LMV interponiendo sociedades para evitar que la composición del activo esté integrada en más de un 50% por inmuebles ⁴⁶. Se somete a gravamen, por tanto, no solo a las transmisiones de acciones de sociedades cuyo activo esté constituido al menos en un 50% por inmuebles situados en territorio español, sino también a las transmisiones de acciones de sociedades en cuyo activo se incluyan valores que permitan ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50% por inmuebles radicados en España ⁴⁷.

Con todo, no queda claro si la norma afecta no ya a la adquisición de matrices con filiales de carácter marcadamente inmobiliario, sino a la adquisición de matrices cuyas filiales controlan entidades cuyo activo está integrado al menos en un 50% por inmuebles radicados en España. Dado que literalmente exige que en el activo de la sociedad cuyo control se adquiere «se incluyan valores que le permitan ejercer el control en otra entidad» cuyo activo tenga la composición referida, será relevante para responder a tal cuestión precisar si, conforme a la LMV, los valores que figuran en el activo de la matriz permiten ejercer el control de la entidad inmobiliaria de tercer nivel, lo que, en el caso de sociedades mercantiles, ha de recibir una respuesta afirmativa pues se computan también las participaciones indirectas.

La nueva redacción no precisa con nitidez, sin embargo, su ámbito de aplicación. No queda claro en efecto si los dos supuestos mencionados son independientes o se complementan, esto es, si

⁴⁶ Supóngase que una entidad A, cuyo activo tiene un valor de 100, dispone de dos inmuebles valorados en 45 y 15, entrando por ello de lleno en el ámbito de aplicación del artículo 108.2. Para evitar que la adquisición de su control por un sujeto determinara el gravamen por el ITPO por tener su activo integrado al menos en un 50% por inmuebles situados en territorio español, bastaba con aportar el inmueble valorado en 15 a una entidad de nueva creación (operación que devengaría el IOS). Tras la referida operación el importe de los inmuebles situados en territorio español no alcanzaba el 50% del valor del activo de A. Con la modificación operada por la Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal la adquisición de los títulos de A devengaría el ITPO, si bien únicamente respecto de las acciones de la sociedad de nueva creación.

⁴⁷ Con ello, señalaba la memoria que acompañó al proyecto de ley, se «introduce la equiparación de la adquisición directa de valores de la sociedad tenedora de inmuebles con su adquisición indirecta a través de la adquisición de sociedades interpuestas, gravando de la misma forma ambos supuestos».

la especial sujeción que establece se produce cuando el activo societario está constituido en más de un 50% por inmuebles, debiendo computarse por tales tanto los inmuebles como las participaciones en sociedades cuyo activo esté constituido al menos en un 50% por inmuebles radicados en España o, en cambio, tal adición no es posible, desencadenándose la aplicación de la norma tanto cuando se adquieran valores de sociedades cuyo activo esté constituido al menos en un 50% por inmuebles, como cuando se adquiriera el control de sociedades 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, independientemente, en este último caso, de la importancia de tales valores en el activo de la entidad cuyo control se adquiere y de que la composición del activo no sea predominantemente inmobiliario ⁴⁸.

La redacción legal da pie ciertamente a defender esta segunda solución ⁴⁹, pues sujeta a gravamen la adquisición del control o su aumento de sociedades cuyo activo tenga la composición inmobiliaria referida «o» en cuyo activo se incluyan valores de sociedades eminentemente inmobiliarias. Se plantea de forma disyuntiva la proposición, planteamiento que parece reforzado por la ausencia en el marco de las reglas de cómputo establecidas para calcular si el 50% del activo está constituido por inmuebles de una norma que exija la adición de los inmuebles al de los valores de sociedades con la composición patrimonial referida.

Un argumento más propende a entender que tal es la solución que deriva de la norma: en caso de que fuera procedente la adición, y el valor de los inmuebles debiera sumarse al de los valores de sociedades cuyo activo estuviera integrado al menos en un 50% por inmuebles radicados en España, únicamente resultaría lógico computar como inmueble el valor íntegro de los mismos cuando el activo de la entidad estuviera constituido únicamente por inmuebles. En caso contrario solo se debería computar como inmueble la parte proporcional del valor de las acciones o participaciones. Tal previsión no existe, lo que *sensu contrario* permite estimar que estamos ante dos supuestos de hecho independientes. Tal postura ha sido acogida por la propia DGT ⁵⁰.

⁴⁸ De acuerdo con ello, si en el activo de la sociedad A, valorado en 100, figurara un inmueble valorado en 45, y acciones de B valoradas en 10, resultando que su activo está constituido al 100% por un inmueble ubicado en España, la transmisión de las acciones de la entidad A determinaría el gravamen por el ITPO, aunque para determinar la base imponible solo se tendrían en cuenta –de acuerdo con el art. 108.3 a).2.º párrafo– los inmuebles de B.

⁴⁹ Así lo ha entendido la doctrina de forma generalizada. Señala PÉREZ-FADÓN que «inmuebles y valores deben computarse separadamente a estos efectos (a los efectos de determinar que el activo esté integrado en un 50% por bienes inmuebles), sin que puedan sumarse, por ejemplo, si una entidad tiene su activo formado por un 40% de inmuebles y un 51% por acciones que representan el 40% de una sociedad cuyo activo está conformado, exclusivamente, por inmuebles, por ninguno de ambos límites se considerará como entidad inmobiliaria a los efectos del artículo 108 de la LMV», «Análisis de la nueva regulación...», ob. cit., pág. 10. EREÑO afirma igualmente que en estos casos «no se exige que en el activo de la sociedad de primer grado predominen esos valores, sino simplemente que consten en el mismo, por pequeño que sea su importe», «Novedades en el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores», *Forum Fiscal de Guipúzcoa*, mes 8, 2007. En la misma línea POZUELO ANTONI estima que «en la suma de bienes y derechos no se consideran inmuebles las acciones que permiten controlar sociedades que tengan como principal activo el inmobiliario. O dicho de otro modo, aunque este requisito de la composición del activo gira sobre dos elementos (inmuebles y acciones), su cómputo ha de hacerse de manera independiente, de modo tal que al valor de los inmuebles no se le suma el valor de ese tipo de acciones», «Modificación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores...», ob. cit., pág. 46. También de esta opinión es BONASTRE CAPELL, «Comentarios a la redacción del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores por la Ley 35/2006, de medidas para la prevención del fraude fiscal», *Fiscal mes a mes*, n.º 125 (2007), pág. 8.

⁵⁰ Contestación de 19 de junio de 2007 [V1308-07 (NFC029157)].

No es sin embargo esa la solución que mejor se acomoda a la filosofía del precepto. Si se pretende someter a gravamen la adquisición de acciones de sociedades cuyo patrimonio sea predominantemente inmobiliario, no tiene sentido sujetar la transmisión de acciones por el mero hecho de que en el activo de la sociedad figuren valores que permitan ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50% por inmuebles, cuando tal participación represente un pequeño porcentaje del activo de la primera. Supóngase que en el activo de una entidad, cuyo control adquiere una persona física, no hay ningún inmueble, y el 5% del mismo son valores de una entidad con patrimonio predominantemente inmobiliario. ¿Tiene sentido que tal operación tribute por el ITPO, como exige la norma? Advuértase además que la operación no estaría sujeta si la sociedad poseyera directamente los inmuebles.

El absurdo de la norma se acrecienta si se advierte que la configuración de la misma permite lograr precisamente lo que se ha tratado de evitar: que la interposición de sociedades permita eludir la aplicación del artículo 108 de la LMV. Piénsese en una entidad en la que el 60% de su activo está integrado por bienes inmuebles ubicados en territorio español, y cuya adquisición por tanto originaría el gravamen correspondiente. Basta, a tenor de lo que establece el artículo 108, con aportar parte de ese activo inmobiliario a una sociedad de nueva creación o ya existente para evitar que el activo esté integrado en más de un 50% por bienes inmuebles y su adquisición haga tributar por la totalidad de los mismos. Distribuyendo parte de los inmuebles de una entidad con un activo formado en un 50% por bienes inmuebles en filiales (ya existentes o de nueva constitución) se evita parcialmente el gravamen que de otra forma debería afrontar el adquirente. Con todo la referida operación devengaría dos impuestos distintos: la constitución quedaría sujeta por el IOS, y la adquisición por la persona física de las acciones de la entidad, en cuyo activo figuran los valores que permiten controlar una sociedad con patrimonio predominantemente inmobiliario, determinaría también el gravamen por el ITPO, pero únicamente respecto de los inmuebles que figuren en el activo de la entidad de segundo nivel.

En nuestra opinión en lugar de establecerse dos hechos imponderables diferentes la norma debería haber computado como inmuebles las participaciones en sociedades con patrimonio predominantemente inmobiliario ⁵¹.

2.2. Concepto de inmueble.

El concepto de inmueble debe determinarse, por mor de lo dispuesto en el artículo 3 del ITP y AJD ⁵², de acuerdo con lo que dispone el Código Civil, que delimita en sus artículos 334 y siguientes qué bienes tienen naturaleza de inmuebles, con la matización incorporada por el apartado segundo del artículo 3 del ITP y AJD según el cual «se considerarán bienes inmuebles, a efectos del impuesto, las instalaciones de cualquier clase establecidas con carácter permanente, siquiera por la forma de su construcción sean transportables, y aun cuando el terreno sobre el que se hallen situadas no pertenezca al dueño de los (¡las!) mismos» ⁵³.

⁵¹ Así lo ha sugerido también BONASTRE CAPELL, «Comentarios a la redacción del artículo 108...», ob. cit., pág. 8.

⁵² Sobre el concepto de inmueble en el ITP y AJD véase MUÑOZ DEL CASTILLO, J.L., en AAVV, *Comentarios al ITP y AJD*, Thomson&Civitas, 2004, págs. 52 y ss.

⁵³ MUÑOZ DEL CASTILLO ha indicado atinadamente que es esta una disposición tradicionalmente reglamentaria que sin cobertura legal se incorporó al Texto Refundido del Impuesto de 1967, por lo que debe estimarse inconstitucional por vulnerar el

Hay que tener presente que el apartado 5 del artículo 334 convierte en inmuebles determinados muebles por el destino que han recibido, al señalar que son bienes inmuebles las «máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma»⁵⁴.

De acuerdo con lo indicado debe rechazarse el criterio recogido por la Resolución del TEAC de 15 de julio de 2004, que, a la hora de decidir si la transmisión de acciones de un parque de atracciones debía tributar de acuerdo con el artículo 108.2 de la LMV, estando constituido el activo de la entidad mayoritariamente por inmuebles por destino (las atracciones), se remitió al IVA, cuyo artículo 5 excluye del concepto de edificación los inmuebles por destino. Por más que la intención del tribunal fuera eximir de tributación una operación cuyo objeto no eran los inmuebles sino el negocio de ocio que en ellos se desarrollaba y por ende no buscaba eludir la imposición sobre el tráfico patrimonial, su interpretación carecía de fundamento legal⁵⁵.

La DGT se ha pronunciado sobre la consideración como inmuebles de los poseídos en *leasing*, estimando que solo deben computarse como bienes inmuebles cuando hay un compromiso firme de ejercicio de la opción de compra o se haya garantizado de alguna forma su ejercicio⁵⁶. A nuestro modo de ver la propiedad de los inmuebles no viene determinada por normas contables sino civiles, que no permiten entender que se sea propietario por más que se tenga una opción de compra, haya un compromiso firme de ejercer la opción o se haya garantizado su ejercicio, de la misma forma que no cabe considerar propietario al que ha suscrito un contrato de compraventa que no ha venido acompañado de *traditio* o al que compra difiriéndose la entrega del inmueble a un momento posterior⁵⁷.

2.3. El cómputo de los inmuebles por su valor real.

Con anterioridad a la modificación operada por la Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal, la ley no precisaba si la valoración tanto de los inmuebles como del resto de activos societarios había de efectuarse por referencia al valor resultante del balance o atendiendo al valor de mercado en el momento de realizarse la transmisión. La primera opción tenía la ventaja de facilitar la valoración de los activos societarios, introduciendo seguridad jurídica en la aplicación de la

principio de reserva de ley. También el Reglamento, sin cobertura legal, en su artículo 3, determina que «se considerarán bienes inmuebles los buques destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa».

⁵⁴ Según la contestación de la DGT de 26 de septiembre de 2007 [V2034/2007 (NFC027580)] una concesión administrativa que recaiga sobre la construcción y explotación de un aparcamiento público para vehículos tiene la calificación de bien inmueble a efectos de lo previsto en el artículo 108.2 a) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, a la vista del artículo 334.10 del Código Civil conforme al cual las concesiones administrativas de obras públicas o que comporten la posibilidad de efectuar obras públicas tienen la calificación de bien inmueble. También una concesión administrativa de ejecución de obra pública y conservación y mantenimiento y explotación de las instalaciones del parque recreativo situadas sobre un terreno municipal [contestación de 19 de junio de 2007, V1308-07 (NFC029157)].

⁵⁵ De esta opinión es también BAS SORIA, J., «El artículo 108 de la LMV...», ob. cit., pág. 20.

⁵⁶ DGT de 10 de mayo de 1994 (NFC002023), apoyándose en una Resolución del ICAC de 21 de enero de 1992. También así lo estima LÓPEZ FAJARDO, M., «Consideraciones tributarias sobre el artículo 108...», ob. cit., pág. 31.

⁵⁷ De esta opinión es igualmente POZUELO ANTONI, F., «Modificación del artículo 108...», ob. cit., pág. 48.

norma⁵⁸. Sin embargo, obviaba que los valores contables pueden hallarse alejados de los reales, lo que podía conducir, de aplicarse la referida solución, a abrir una puerta al fraude que se pretende combatir. El precepto, al exigir que el activo estuviera constituido al menos en un 50% por inmuebles situados en territorio nacional, parecía decantarse por la segunda alternativa, lo que permitía la facultad administrativa de comprobar valores. Tanto la Administración⁵⁹ como el TEAC⁶⁰ se decantaron expresamente por acudir a valores de mercado a efectos de computar el referido porcentaje, opción que ha sido recogida expresamente por la Ley 36/2006 que precisa que para realizar el cómputo del activo, los valores netos contables de todos los bienes se sustituirán por sus respectivos valores reales determinados a la fecha en que tenga lugar la transmisión o adquisición.

La sustitución debe alcanzar a todos los valores del activo, y no solo a los inmuebles, pues de lo contrario se produciría una injustificable lesión del principio de igualdad, así como a los derechos, aunque la ley no los mencione.

Se ha cuestionado en alguna ocasión si debía tenerse en cuenta a la hora de realizar la valoración el *fondo de comercio u otros activos intangibles no contabilizados*. El TEAC ha dado a esta cuestión una respuesta negativa, precisamente por su no contabilización⁶¹, solución que parece ser refrendada por la primera regla establecida para computar si el 50% del activo está constituido por inmuebles, que ordena sustituir por los valores reales «los valores netos contables», de donde parece inferirse que a falta de contabilización no cabe la sustitución⁶². Esta solución no deja de ser injusta, pues ciertamente tales elementos son relevantes para el adquirente a la hora de aceptar el precio de los valores que compra. En nuestra opinión la consagración expresa por parte del legislador de la necesidad de acudir al valor de mercado de los bienes debe llevar a estimar que también deben valorarse el fondo de comercio u otros activos no contabilizados. No tiene sentido sujetar a gravamen la adquisición del control de una sociedad que gestiona una estación de servicio en la que el valor de la concesión para distribuir combustible es superior al del terreno y la instalación⁶³, especialmente cuando la comparación entre el precio pagado por las acciones y el valor de los activos «revela» el valor de los activos no contabilizados. Como se ha señalado acertadamente, si se quiere huir de los valores contables se debe hacer con todas sus consecuencias permitiendo que también se tengan en cuenta en la valoración aquellos bienes o derechos no recogidos en contabilidad⁶⁴.

⁵⁸ Esta solución fue adoptada por la Orden de 14 de enero de 1978 que, en desarrollo del artículo 40 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, ordenó que a efectos de la determinación del porcentaje del valor de los bienes inmuebles se tendrían en cuenta «los que figuraran en el último balance ordinario aprobado de la sociedad».

⁵⁹ Véanse las contestaciones de la DGT de 19 de febrero de 1997, 20 de febrero de 1998 [n.º 0275-98 (NFC012043)] y 22 de diciembre de 2004 (V0460-04).

⁶⁰ Véanse las Resoluciones de 9 de mayo de 2001, de 28 de julio de 2004 (NFJ011065)] y 16 de febrero de 2005 [núm. 00/2332/2004 (NFJ019577)].

⁶¹ Véanse las Resoluciones de 25 de junio de 1999 (NFJ007891), en la que el recurrente solicitaba que se valorara una concesión de venta y suministro de carburante, y la de 16 de febrero de 2005 [núm. 00/2332/2004 (NFJ019577)].

⁶² Así lo estiman PÉREZ-FADÓN, «Análisis...», ob. cit., pág. 10; EREÑO, «Novedades...», ob. cit., pág. 26; POZUELO ANTONI, «Modificación del artículo 108...», ob. cit., pág. 48; y BAS SORIA, J., «El artículo 108 de la LMV...», ob. cit., pág. 21.

⁶³ Véase ALONSO GONZÁLEZ, L.M., «La cláusula antielusión del artículo 108 de la LMV y las sociedades concesionarias de aparcamientos subterráneos municipales», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n.º 266 (2005).

⁶⁴ BONASTRE CAPELL, «Comentarios a la redacción del artículo 108...», ob. cit., pág. 9.

2.4. La exclusión de los inmuebles de sociedades de construcción o promoción inmobiliaria.

A los efectos del cómputo del 50% del activo constituido por inmuebles, no se tendrán 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 [regla 2.^a del art. 108.2 a) de la LMV], lo que supone que no se computarán en el numerador de la fracción, aunque sí en el denominador. La exclusión se justifica por el hecho de que tales inmuebles están precisamente destinados a venderse.

La Administración ha señalado que de no realizarse el referido objeto con exclusividad no procederá la exclusión de los inmuebles⁶⁵, por lo que cualquier actividad añadida –lo que suele ser frecuente– obligaría a computar todos los inmuebles integrantes del activo⁶⁶. Cabe cuestionar si la exclusividad que se exige al objeto de la entidad alude al que recogen los estatutos⁶⁷ o también al que dimana del tráfico de la sociedad, dado que, como es sabido, los actos no comprendidos en el objeto social también son válidos, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudieran haber incurrido los administradores.

Únicamente se excluyen los bienes que formen parte del activo circulante, de manera que la medida no alcanzará a la sede de la entidad, ni en principio a los inmuebles que hubieran sido adquiridos como inversión⁶⁸. Tampoco a los terrenos y solares.

2.5. La exclusión de la financiación ajena a corto plazo.

La Ley de prevención del fraude fiscal ha incorporado una regla destinada a soslayar manipulaciones interesadas en la composición del activo. Para minorar la importancia porcentual de los inmuebles respecto del activo social y eludir la consideración de la entidad como eminentemente inmobiliaria, los gestores societarios podrían aumentar el activo solicitando un préstamo en la cuantía necesaria para evitar que el valor de los inmuebles respecto del activo fuera superior al 50% (que incluso podrían otorgar los propios socios), préstamo que sería amortizado tras la transmisión de los títulos⁶⁹. El artículo 108 de la LMV trata de salir al paso de tales maniobras estableciendo que el activo total a computar se minorará en el importe de la financiación ajena con vencimiento igual o

⁶⁵ Véase la contestación de la DGT de 15 de marzo de 2007 [V0553-07 (NFC029229)]. También así lo han entendido doctrina (LÓPEZ ALDEA, A., «Criterios de aplicación del artículo 108...», ob. cit., pág. 77. PÉREZ-FADÓN, «Análisis...», ob. cit., pág. 10. LÓPEZ FAJARDO, M., «Consideraciones tributarias sobre el artículo 108...», ob. cit., pág. 33) y jurisprudencia [STSJ de Cantabria de 31 de enero de 2006 (NFJ022386)].

⁶⁶ Por ejemplo la Resolución del TEAC de 26 de mayo de 2004 [n.º 00/73/2004 (NFJ017350)] examina un supuesto en que la sociedad en cuestión tenía por objeto no solo la promoción y construcción de inmuebles sino su explotación en régimen de arrendamiento.

⁶⁷ Así lo estima BAS SORIA, para quien «aun con este objeto social exclusivo las sociedades podrán dedicarse a toda una serie de actividades diversas, como puede ser la compraventa de inmuebles, e inclusive declarar tales actividades habituales en sus declaraciones fiscales, sin miedo por ello a perder este beneficio». «El artículo 108 de la LMV...», ob. cit., pág. 23.

⁶⁸ PÉREZ-FADÓN, «Análisis...», ob. cit., pág. 11.

⁶⁹ Véanse por ejemplo los antecedentes de hecho examinados por la Resolución del TEAC de 28 de julio de 2004 [núm. 00/3975/2003 (NFJ019016)].

inferior a 12 meses, siempre que se hubiera obtenido en los 12 meses anteriores a la fecha en que se produzca la transmisión de los valores ⁷⁰.

Esta nueva regla puede abocar a resultados injustos en la medida en que el dinero del préstamo haya sido utilizado por la sociedad para adquirir algún bien inmueble. En tal caso, si bien por mandato legal el valor del activo se minorará en el importe del préstamo, no sucederá lo mismo con el valor de los inmuebles que compongan el activo en el momento de la transmisión de los valores. Lo lógico hubiera sido no computar tampoco los bienes adquiridos con los fondos obtenidos en préstamo ⁷¹.

La eficacia de la previsión establecida por el legislador es sin embargo limitada, en la medida en que la referida regla podría burlarse incidiendo no en la financiación ajena sino en la propia: bastaría aumentar el capital social en la medida necesaria para cambiar la composición del activo para evitar la sujeción al ITPO ⁷², aunque tal operación devengaría el IOS.

2.6. Fecha de cómputo del activo e inventario.

El cómputo deberá realizarse «en la fecha en que tenga lugar la transmisión o adquisición de los valores o participaciones ⁷³, 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 esta».

La obligación de formar inventario y facilitarlo a la Administración plantea diversos problemas. En primer término, no queda claro si afecta a cualquier transmisión de valores o su ámbito es más restringido, y, en este último caso, cuál sea. Parece evidente que debe descartarse su exigencia generalizada a cualquier enajenación, pues en tal caso se hubiera incorporado tal obligación en el apartado primero del artículo 108 de la LMV. Téngase en cuenta que semejante exigencia sería absurda e impracticable: no puede entenderse que afecta a quien adquiere unas acciones en bolsa sin ningún control sobre la entidad cuyos títulos adquiere. Precisamente esta reflexión debe orientar sobre el ámbito de la obligación de formar inventario: parece que deberá afectar a aquellos que adquieran valores cumpliendo

⁷⁰ Evidentemente hay que entender que para que proceda su minoración del activo será necesario que el préstamo no se haya amortizado en la fecha de transmisión de los valores.

⁷¹ Imagínese que una entidad con un activo valorado en 100, en el que se integra un inmueble cuyo valor real asciende a 40, solicita un préstamo a corto plazo de 30, adquiriendo un inmueble valorado en 20. En el momento de transmitir el capital (supongamos que se transmite el 100%), el activo societario ascenderá a 130, del que habrá que retirar el importe del préstamo (30). El valor de los inmuebles ascenderá a 60. De acuerdo con las reglas del artículo 108, la transmisión de los títulos quedará sujeta al ITPO (valor del activo a computar = 100; valor de los inmuebles = 60). Y, sin embargo, claramente se puede apreciar ni antes de solicitar el préstamo ni en el momento de transmitir las acciones la entidad tenía un patrimonio eminentemente inmobiliario.

⁷² Supóngase que uno o varios socios quieren transmitir a un tercero todo el capital de una sociedad que gestiona un hotel, y por tanto cuyo activo está compuesto fundamentalmente por bienes inmuebles, valorándose el hotel en 100. Aumentando el capital en 101 el activo dejaría de estar constituido fundamentalmente por bienes inmuebles. Evidentemente la referida operación devengaría el IOS (1% del aumento del capital). La disponibilidad de la cifra requerida para aumentar el capital no constituiría un problema porque se obtendría recurriendo al préstamo, que es precisamente la operación en la que el legislador ha pensado. Ulteriormente el adquirente podría reducir el capital, devengándose de nuevo el IOS.

⁷³ Se eleva a rango legal el criterio administrativo expresado por la DGT, por ejemplo, en contestación vinculante de 22 de diciembre de 2004 (V0460-04). Evidentemente esta regla ya se infería de los criterios generales del devengo.

todos los requisitos exigidos por el 108.2 para que la operación esté sujeta al ITPO, salvo el de la composición del activo, que es precisamente el que se pretende acreditar con el inventario. Esto es, deberán formar inventario quienes, como consecuencia de una transmisión o adquisición, adquieran el control de una entidad, independientemente de la composición de su activo, pues precisamente el inventario permitirá a la Administración comprobar si el activo está o no integrado fundamentalmente por inmuebles situados en España o en él se encuentran valores de sociedades eminentemente inmobiliarias.

Tampoco precisa la norma si el inventario debe describir meramente los bienes integrantes del activo o también recoger su valoración contable. Esta segunda opción parece más adecuada atendiendo a la finalidad de la norma, pudiendo sustentarse en el dato de que cataloga «el activo» y no meramente los bienes propiedad de la entidad.

Según el precepto el obligado a proporcionar el inventario es el propio sujeto pasivo, no la sociedad cuyas acciones se transmiten, lo que puede ser problemático pues es el administrador de la entidad cuyos valores se adquieren o transmiten quien tiene en su poder tal información. Aunque se ha señalado que dado que tras la adquisición de los valores el socio posee el control de la entidad, por lo que no ha de tener problemas para conocer y elaborar el inventario, es esta una afirmación que no ha de ajustarse en todo caso a la realidad. Piénsese por ejemplo en el siguiente supuesto: sea una entidad propietaria del 30% de B, que a su vez posee el 60% de SI (sociedad con un patrimonio eminentemente inmobiliario), que adquiere el 40% restante de SI de un tercero. Por más que, conforme al criterio de la Administración, posea el control de SI, sumando su participación directa a la indirecta (40% directa más 18% indirecta), desde luego no cabe estimar que tenga el control jurídico de la misma: ni tiene una participación directa mayoritaria en su capital, ni controla a la entidad participada que tiene el 60% restante. Dificilmente puede en tal situación inventariar el activo. Como ha señalado BAS SORIA el adquirente, por su mera condición de socio, no tiene la facultad de conocer la composición del activo de la sociedad en el momento de la operación y además no puede, por el mero hecho de ir a realizar una transmisión, obligar a que los administradores, responsables de la formación de la contabilidad, formulen un inventario ⁷⁴.

Se ha señalado, por otro lado, que el incumplimiento de la obligación de formar inventario no llevará aparejada la imposición de sanción alguna, ante la ausencia de una norma que tipifique la infracción ⁷⁵. Siendo cierta tal afirmación, no lo es menos que sí se tipifica como infracción la desatención de requerimientos de la Administración (art. 203 de la LGT). Lo que de ningún modo puede admitirse es que el incumplimiento de la obligación determine el gravamen: es a la Administración a quien compete probar que se ha producido el hecho imponible, colabore o no el contribuyente en su verificación.

El inventario, que por cierto no ha de ser presentado a la Administración sino cuando esta lo requiera, y no con la autoliquidación, debe elaborarse en la fecha de la transmisión. Evidentemente, en aquellos casos en que el contribuyente haya adquirido sus acciones en diferentes fechas, la fecha a la que ha de atenderse para valorar el activo es aquella en la que se adquiera la participación que le haya permitido adquirir una posición de control, o un aumento en la cuota de participación en la entidad.

⁷⁴ BAS SORIA, J., «El artículo 108 de la LMV...», ob. cit., pág. 25.

⁷⁵ Véase nota anterior.

3. La adquisición del control.

3.1. En caso de entidades.

3.1.1. Introducción.

La aplicación del supuesto de hecho sustitutivo se produce cuando la adquisición permite obtener una posición de control, o una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación. Se trata esta de una novedad introducida por la Ley 36/2006, de medidas para la prevención del fraude fiscal, pues anteriormente si la posición de control ya se poseía, según la Administración, la adquisición de un mayor porcentaje de capital en la entidad no desencadenaba la aplicación de la norma, «pues ya ha tributado por la adquisición de todos los bienes inmuebles incluidos en el activo de la sociedad participada y se produciría una doble imposición»⁷⁶. La modificación operada es coherente con la nueva regulación de la base imponible.

No es necesario que se adquiera la totalidad de los valores de la sociedad en cuestión o el 51% del capital, sino que basta que la adquisición de los títulos permita al adquirente obtener «una posición tal que le permita ejercer el control sobre esas entidades o, una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación en ellas». De ahí que la transmisión de un pequeño paquete de acciones pueda desencadenar la aplicación de la norma, si ya se disponía de un cierto porcentaje de participación en el capital.

3.1.2. El cómputo de las participaciones pertenecientes al grupo de sociedades.

Para determinar si se posee el control de la entidad adquirida se tendrán en cuenta también las participaciones indirectas⁷⁷, así como, tras la modificación operada por la Ley de prevención del fraude fiscal, los valores de las demás entidades pertenecientes al mismo grupo de sociedades, lo que permitirá gravar la adquisición de valores cuando el grupo adquiera el control independientemente de que tal control no lo tenga la adquirente de los valores⁷⁸. Con anterioridad a la modificación normativa solo

⁷⁶ Contestación de la DGT de 18 de junio de 2003 [n.º 0829-03 (NFC017966)]. Por otro lado, en el supuesto examinado por la contestación de la DGT de 17 de julio de 1996 una sociedad de mera tenencia era participada por cuatro sociedades a partes iguales, todas ellas propiedad de una persona física que, por tanto, poseía el control indirecto de la sociedad de mera tenencia. El centro directivo consideró que la venta de las acciones en la sociedad de mera tenencia por tres de las sociedades a la cuarta originaba el devengo del ITPO.

⁷⁷ Véase la Resolución del TEAC de 31 de mayo de 1995 y la STS de 21 de enero de 2003 (NEJ014784).

⁷⁸ La definición de tal concepto exige acudir al artículo 42 del Código de Comercio, según el cual «existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto. b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto. d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta

la adquisición directa de una participación que permitiera a la adquirente, sumada a las participaciones indirectas que eventualmente pudiera poseer con carácter previo, obtener el control de una entidad con la composición patrimonial requerida por el artículo 108 de la LMV, determinaba la sujeción de la adquisición al ITPO. Si el control se obtenía por medio de una adquisición indirecta, esto es, por medio de la adquisición por una filial, la operación no estaba sujeta, pues la filial no adquiriría el control de la sociedad de carácter inmobiliario, y la matriz no adquiriría valor alguno (aunque sí el control, sumando su participación directa con la indirecta), lo que abría una puerta al fraude⁷⁹. La modificación operada por la Ley 36/2006 permite, para determinar si se tiene el control de la sociedad cuyos valores se adquieren, computar los de todas las entidades del grupo, por lo que la adquisición por una filial de valores que no le permitan a ella controlar a la sociedad inmobiliaria, pero sí al grupo, también estará sujeta, siendo sujeto pasivo la adquirente.

De ahí que, si una matriz posee el 40% del capital de una entidad con patrimonio eminentemente inmobiliario, la adquisición de un 20% adicional por la filial determinará la sujeción al ITPO. Como se advertirá con esta medida en no pocos casos la entidad adquirente de los valores tendrá que tributar a pesar de no poseer el control directo (ni indirecto) de la sociedad cuyos valores adquiere.

La referida previsión obliga a reflexionar sobre el tratamiento tributario de las *transmisiones intragrupo*. En principio parecería que, dado que para determinar si se adquiere o se aumenta el control de una entidad con patrimonio eminentemente inmobiliario se tienen en cuenta como participación del adquirente los valores de las demás entidades pertenecientes al mismo grupo de sociedades, la transmisión de los valores de una a otra entidad del grupo no determina un aumento en el porcentaje de participación, por lo que las reorganizaciones intragrupo no originarían tributación alguna⁸⁰.

circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por esta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado. A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona».

⁷⁹ El TEAC estimó no obstante, en Resolución de 5 de marzo de 2003 (NFJ014349), confirmada por la STSJ de Cataluña de 18 de enero de 2007 (NFJ027343), tras analizar un supuesto en que dos filiales habían adquirido respectivamente el 49,9% de una entidad con activo eminentemente inmobiliario, que a pesar de no concurrir formalmente en la matriz la condición de adquirente la operación estaba sujeta al ITPO por tratarse de un negocio simulado (puesta de bienes a nombre de otro).

⁸⁰ Con la normativa vigente la DGT, en contestación de 22 de noviembre de 2007 [V2477-07 (NFC027854)] ha afirmado que «la adquisición por una sociedad holandesa a una sociedad francesa –que también es propietaria del 100% de la adquirente– del 100% de una sociedad cuyo activo está constituido por un inmueble sito en España, estará exenta del IVA y del ITP y AJD, según dispone el apartado 1 del artículo 108 de la LMV, ya que no se cumplen los requisitos de la excepción regulada en el apartado 2 del citado artículo 108, pues, al computar también como participación del adquirente los valores de las demás entidades del mismo grupo de sociedades, resulta que con esta operación ni se obtiene ni aumenta el control». En la misma línea la contestación de 18 de marzo de 2008 (V0569-08) señala que «el inciso final del párrafo séptimo del artículo 108.2 a) determina que, a efectos de la existencia y aumento del control, se computarán también como participación del adquirente los valores de las demás entidades pertenecientes al mismo grupo de sociedades. En este caso, el Grupo S ya tiene el 100% del capital social de P1, por lo que el control no puede aumentar, pues ya es total antes de la operación».

En los casos de fusión de sociedad íntegramente participada (fusión impropia) que fuese titular de valores de una entidad eminentemente inmobiliaria no concurrirá el requisito de aumentarse el control: ya era titular del mismo a través de la sociedad absorbida. Véase la contestación de la DGT de 18 de marzo de 2008 [V0569-08 (NFC028817)].

Esta postura ya fue aceptada por la Administración tributaria con anterioridad a la modificación operada por la Ley de prevención del fraude fiscal, si bien respecto de las participaciones indirectas. Señalaba la DGT que la adquisición por una matriz de los valores poseídos por una filial en entidades con patrimonio predominantemente inmobiliario no daba lugar a la adquisición de un control que no tuviera ya, aunque de modo indirecto, a través de sus sociedades filiales⁸¹. De acuerdo con este criterio no tributarían las transmisiones de valores de entidades con patrimonio predominantemente inmobiliario entre filiales de un mismo grupo⁸², ni la absorción de sociedades íntegramente participadas.

La referida conclusión, que no parece pueda discutirse cuando los valores transmitidos estén en posesión de sociedades íntegramente controladas por el grupo, no resulta tan nítida si los valores son poseídos por filiales cuyo capital no pertenece íntegramente a sociedades del grupo. Supóngase que la totalidad de las acciones de una sociedad cuyo activo está formado íntegramente por inmuebles situados en España (SI) son poseídas por una filial (F1) cuyo capital pertenece a la matriz (M) en un 75% y en un 25% a una entidad no perteneciente al grupo (C). ¿Origina la transmisión de las acciones de SI a la matriz un aumento en el control de la entidad? Desde luego, una sociedad del grupo ya poseía el 100% del capital de SI, por lo que se podría dar a esta cuestión una respuesta negativa. Pero también positiva, si consideramos que la matriz antes de la operación tenía una participación indirecta en SI, a través de la filial, del 75%, que se ve incrementada al 100% –y de forma directa– con la transmisión.

Aunque no quepa duda de que el control de la matriz aumenta, parece que de la redacción legal se infiere la primera solución: la participación directa en la sociedad inmobiliaria por sociedades del grupo no varía, por lo que no hay un aumento del control. Esta parece ser la postura de la Administración⁸³.

3.1.3. El control indirecto.

Las participaciones indirectas se calculan multiplicando los sucesivos porcentajes de participación⁸⁴, de manera que si una entidad A tiene el 80% de B, que a su vez posee el 80% de C, A detendrá una participación indirecta en C del 64%.

Si el cálculo de lo que sea una participación indirecta no suscita problema alguno, sí en cambio lo origina precisar *si para que tales participaciones puedan ser tenidas en cuenta es necesario que*

⁸¹ Véase la contestación de 17 de febrero de 2004 [núm. 0306-04 (NFC018909)].

⁸² Supóngase por ejemplo que la entidad A (matriz) posee el 100% del capital de B1 y B2, y cada una de ellas el 30% del capital de C, sociedad con un patrimonio predominantemente inmobiliario. La transmisión del 30% del capital de C por B1 a B2 no tributará por el ITPO, en la medida en que como participación del adquirente (B2) se computan también los valores de las demás sociedades pertenecientes al grupo, y por tanto los de B1, de manera que no puede estimarse que haya un aumento en el control de C.

⁸³ Véase la contestación de 18 de marzo de 2008 [V0569-08 (NFC028817)].

⁸⁴ Véase el artículo 69 de la LIS, dedicado a determinar el grado de dominio indirecto necesario para aplicar el régimen de consolidación fiscal.

se posea el control sobre todas las entidades de la cadena, de manera que todas posean una participación en el capital sobre la siguiente superior al 50%, que permita controlarla jurídicamente, o se computan en todo caso.

Supóngase que A posee el 40% de B, poseedora de un 60% de SI, y que adquiere el 40% de SI a C. La participación indirecta de A sobre SI es del 24%, lo que sumado a su participación directa (40%) parecería otorgar a A el control sobre SI (en total 64%). Sin embargo, A no controla jurídicamente a B, por lo que cabe cuestionarse si la participación de B sobre SI ha de ser tenida en cuenta para entender obtenido el control de SI. En suma, la regulación legal permite cuestionar si las participaciones indirectas se computan siempre o su cómputo exige el control de las entidades a través de las que se participa.

Estamos de nuevo ante una cuestión harto discutible. Si se trata de gravar aquellas operaciones que permiten al adquirente, interponiendo sociedades, controlar un patrimonio inmobiliario, parecería lógico estimar que únicamente deberán tenerse en cuenta aquellas participaciones indirectas «de dominio», esto es, que puedan ser controladas por la entidad poseedora por tener el control directo de la participada, lo que implicaría que todas las sociedades intermedias posean una participación en el capital superior al 50%. No se trata sin más de calcular porcentajes de participación indirecta, sino de determinar cuándo se obtiene el control de una entidad, y si las entidades intermedias no poseen el control de sus participadas difícilmente puede estimarse que las controlan y por ende que la matriz controla a la sociedad tenedora de los inmuebles.

En esta línea estima POZUELO ANTONI que ha de darse primacía a la finalidad del precepto (dando relevancia a alcanzar una posición tal que permita ejercer el control) e interpretar la participación directa o indirecta en el capital social superior al 50% en el sentido de comprobarla sociedad por sociedad y no acumuladamente, añadiendo que «una participación indirecta solo se sumará a la participación directa cuando en cada eslabón de la cadena de entidades la sociedad directamente participe tenga el control de la participada»⁸⁵.

No es esta sin embargo una conclusión que goce de unanimidad doctrinal⁸⁶ ni del favor de la jurisprudencia. En este sentido el TEAC ha considerado que «el artículo 108 de la LMV no atiende a un control o poder de decisión absoluto», lo que implica que cualquier participación indirecta pueda ser tenida en cuenta⁸⁷.

⁸⁵ POZUELO ANTONI, «Modificación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores...», ob. cit., pág. 59.

⁸⁶ Un sector doctrinal ha entendido en efecto que en el cómputo de las participaciones indirectas no se exige el requisito de control de las entidades a través de las que se participa. BAS SORIA, J., «El artículo 108 de la LMV...», ob. cit., pág. 27.

⁸⁷ Por ejemplo, en la Resolución de 5 de marzo de 2003 (NFJ014349), confirmada por la STSJ de Cataluña de 18 de enero de 2007 (NFJ027343), en la que las sociedades Z y W, participadas al 100% y 50% por X, adquirieron cada una el 49% de la sociedad Y, cuyo activo era eminentemente inmobiliario, consideró, pese a las alegaciones de X de que no tenía una posición tal que le permitiera tener el control real o poder de decisión sobre Y, ni directa ni indirectamente pues necesitaba el consenso con otras sociedades o personas físicas, que el control del 108 no atiende a un control o poder de decisión absoluto, poseyendo indirectamente el 75% de Y, sin que la norma haga distinciones en función de la forma de control, ni determine reglas especiales para calcular el porcentaje exigido para que se dé el supuesto de hecho, admitiendo que en el caso X tenía el control sobre Y aunque fuera de forma indirecta.

3.2. En caso de personas físicas.

Hay que advertir que la regla relativa a la toma en consideración de las participaciones directas e indirectas así como las relativas a los grupos de sociedades afectan exclusivamente a las sociedades «mercantiles», *no a las personas físicas ni al resto de sociedades*. De ahí que una persona física pueda burlar la aplicación del apartado segundo del artículo 108 adquiriendo el capital de la sociedad con patrimonio inmobiliario a través de dos sociedades íntegramente participadas por ella, o adquiriendo directamente el 50% del capital y el otro 50% a través de una sociedad íntegramente participada⁸⁸. En ambos casos es meritorio que adquiere el control de la sociedad inmobiliaria, sin que se desencadene el gravamen. Estamos ante una puerta abierta al fraude de tan fácil acceso que desestructura el precepto.

En el lado opuesto y dado que las participaciones poseídas por sociedades controladas por una persona física no se tienen en cuenta a efectos de obtener o aumentar el control de una sociedad con patrimonio predominantemente inmobiliario, la transmisión por la sociedad de la que la persona física es socia a la propia persona física de acciones o participaciones de una sociedad cuyo activo esté integrado fundamentalmente por bienes inmuebles, quedará gravada por el ITPO, a pesar de que indudablemente la persona física, de hecho, ya tenía el control de la referida entidad⁸⁹.

La falta de consideración de las participaciones indirectas en el caso de personas físicas puede dar lugar a casos de doble imposición de la misma riqueza. Supóngase en efecto que una persona física adquiere la totalidad del capital de una entidad (A) cuyo único activo son las acciones de otra sociedad (B), propietaria exclusivamente de un solar. Tras la reforma del artículo 108 por la Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal la adquisición de las acciones de la entidad A estará gravada, por poseer valores de una entidad eminentemente inmobiliaria. Como también lo estará la transmisión por A a su socio persona física de las acciones de B. Se produce un doble gravamen de la misma riqueza que no tiene justificación. Aunque evidentemente la solución es la misma que si en lugar de las acciones de la entidad B en el patrimonio de A figurara el solar. En tal situación tributaría el socio persona física tanto al adquirir el control de A como al adquirir el solar de A con posterioridad.

También desencadena el gravamen la transmisión por una persona física de las acciones de una sociedad unipersonal íntegramente participada por él (con un patrimonio eminentemente inmobiliario) a otra en la que también posee el 100% del capital, sin que en tal supuesto pueda advertirse intención alguna de eludir el impuesto transmisorio interponiendo una sociedad, pues la persona física sigue teniendo sobre el solar el mismo control que tenía antes de la venta, si bien indirectamente

⁸⁸ Si una persona (Javier) quiere adquirir una sociedad (HSA) que gestiona un hotel, y cuyo patrimonio es predominantemente inmobiliario, la adquisición directa del 100% del capital de HSA determinará la sujeción al ITPO. En cambio, la adquisición directa por Javier de un 50% del capital y la adquisición del otro 50% por una sociedad de nueva constitución o ya existente íntegramente participadas por Javier no desencadenará la aplicación del 108.2 de la LMV.

⁸⁹ Así lo ha señalado la DGT al ser consultada por el régimen tributario de la transmisión por una sociedad íntegramente participada por una persona física a esta de las acciones de una sociedad cuyo activo era en un 90% de naturaleza inmobiliaria. En la contestación de 12 de diciembre de 2002 (núm. 1937-02) señala la DGT que «en esta consulta se plantea si puede entenderse que, puesto que el adquirente poseía con anterioridad a la adquisición el control de la adquirida, al ser el propietario al 100% del capital de la transmitente, no obtiene el control de la adquirida, dado que ya lo poseía», afirmando que «cuando una persona física detenta un porcentaje de capital a través de otra sociedad, no puede computarse como participación indirecta en la participada».

a través de la entidad adquirente. Pero como esta última adquiere el control de la entidad inmobiliaria, se verá obligada a tributar de acuerdo con el artículo 108.2 de la LMV⁹⁰.

No se acumulan sin embargo las participaciones poseídas por personas vinculadas por lazos familiares⁹¹, como sucedió en el pasado⁹², lo que abre también una puerta al fraude: la adquisición conjunta por ambos cónyuges del 100% del capital de una entidad cuyo patrimonio esté íntegramente formado por bienes inmuebles sitos en territorio español no desencadenará el gravamen, cuando sí lo estaría la adquisición directa de los inmuebles integrantes del activo⁹³. Aquí la interposición de sociedades permite eludir el impuesto.

3.3. ¿Se debe adquirir el control de la sociedad cuyos valores se adquieren o de la sociedad tenedora de inmuebles?

Antes de la modificación operada en el artículo 108 de la LMV por la Ley 36/2006 resultaba meridianamente claro que la sujeción al ITPO se desencadenaba cuando se lograba el control de la entidad cuyos valores se adquirían. La ampliación del hecho imponible, que no solo abarca la adquisición de valores de sociedades cuyo activo esté integrado fundamentalmente por bienes inmuebles sino también la adquisición de acciones de sociedades en cuyo activo se incluyan valores que permitan ejercer el control de otra entidad cuyo activo esté integrado fundamentalmente por bienes inmuebles, exige cuestionarse, en este último caso, si la posición de control que debe obtener el adquirente para que la operación se someta a gravamen se refiere a la sociedad cuyos valores se adquieren o a la sociedad cuyo activo está compuesto principalmente por bienes inmuebles⁹⁴.

⁹⁰ Véase el supuesto abordado por la Resolución del TEAC de 1 de marzo de 2006 (NFJ023508).

⁹¹ Véase la contestación de la DGT de 9 de octubre de 2002 [n.º 1523-02 (NFC020459)].

⁹² La Orden Ministerial de 14 de enero de 1978, que desarrolló el artículo 40 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, ordenaba acumular a efectos del cómputo de dicho coeficiente, las transmisiones realizadas, siempre dentro del año inmediatamente anterior, en favor del cónyuge y de los hijos menores no emancipados, cuando no se acreditara la previa existencia en el patrimonio de estos de bienes suficientes para realizar las adquisiciones.

⁹³ Las restricciones a la extensión de este trabajo no nos permiten analizar detenidamente otra cuestión de indudable relevancia, como es si la adquisición por un cónyuge en régimen de gananciales de un paquete de control determina el devengo del ITPO por atribuirse a él íntegramente o, en cambio, ha de repartirse entre los cónyuges a partes iguales. La Resolución del TEAC de 26 de mayo de 2004 [n.º 00/73/2004 (NFJ017350)] estimó que los valores poseídos por la sociedad de gananciales han de ser atribuidos por mitad a ambos cónyuges, de manera que mediante este régimen matrimonial no será de aplicación el 108 de la LMV, salvo que parte de las acciones o participaciones en posesión de alguno de los cónyuges sean privativas. No ha sido esta la postura del TSJ de Madrid, que ha otorgado prevalencia a la titularidad formal sobre la ganancialidad de los bienes adquiridos. En Sentencia de 23 de abril de 2004 (NFJ018044) afirma, en un supuesto en que uno de los cónyuges, propietario junto con su cónyuge del 98% del capital de una entidad, adquirió el 2% restante, que las participaciones adquiridas debían considerarse, salvo prueba en contrario, como bienes gananciales, «si bien, a los efectos de su titularidad, es evidente que aparecen a nombre del actor y eso es lo que tiene consecuencias tributarias según lo preceptuado en el artículo 108 de la LMV».

⁹⁴ Supóngase que la sociedad A posee el 30% de SI (sociedad cuyo activo está formado fundamentalmente por bienes inmuebles), y que adquiere el 40% de B, que posee el 60% del capital de SI. Tras la adquisición A tiene una participación económica en SI del 54% (30% de forma directa y 24% de forma indirecta), de manera que –según la Administración– posee su control a efectos del 108.2, pero en cambio no controla a la sociedad B, cuyos valores adquiere. ¿Está sujeta la referida operación al ITPO? En nuestra opinión –por los motivos que reseñamos en el texto– la ley exige que se adquiera el control de la entidad cuyos valores se adquieren (el control de B), por lo que no estaría gravada.

Varios motivos nos inducen a estimar que se debe adquirir el control de la entidad cuyos valores se adquieren, de manera que si la adquisición de los mismos permite lograr el control de la sociedad inmobiliaria pero no de la sociedad cuyos valores se adquieren la operación no estará sujeta. En primer término, resulta relevante que la dicción literal del precepto, en este aspecto, sea la misma que antes de la modificación («... siempre que, como resultado de dicha transmisión o adquisición, el adquirente obtenga una posición tal que le permita ejercer el control sobre esas entidades...»), pues incita a pensar que nada ha cambiado: se sigue exigiendo el mismo control, esto es, el control sobre la entidad cuyos valores se adquieren.

Por otro lado, esa conclusión resulta obvia si se acepta otra a la que ya nos hemos referido previamente: si se entiende que, cuando la norma sujeta la adquisición de valores de entidades en cuyo activo se incluyan valores que le permiten ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50% por bienes inmuebles radicados en España, el control de la entidad inmobiliaria lo debe poseer la sociedad cuyos valores se adquieren, y no la sociedad cuyos valores se encuentran en el activo de la anterior, debe estimarse que cuando la norma exige con carácter general que como resultado de la adquisición el adquirente debe obtener una posición de control se refiere al control sobre la entidad cuyos valores se adquieren, pues el de la sociedad inmobiliaria ya se había exigido previamente. Esto es, si el precepto se estuviera refiriendo el control de la entidad con activo inmobiliario lo exigiría por dos veces en el mismo precepto, lo que no tiene sentido⁹⁵.

4. La cotización de los títulos en un mercado secundario.

Las normas especiales de sujeción establecidas en el apartado segundo del artículo 108 de la LMV no son aplicables 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, indicándose que «para el cómputo del plazo de un año no se tendrán en cuenta aquellos períodos en los que se haya suspendido la negociación de los valores» y añadiéndose que «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 legislador parece estimar que la transparencia y publicidad de las transmisiones de títulos cotizados en bolsas de valores no permiten sospechar que se esté eludiendo el ITP y AJD a través de la interposición de figuras societarias. La doctrina ha insistido en que detrás de la referida previsión subyace una justificada razón, en la medida en que son negocios que gozan de la transparencia necesaria y los activos, incluidos los inmobiliarios, están afectos a actividades económicas⁹⁶. Sin embargo, esta previsión no hace sino poner de relieve que deberían excluirse del ámbito del precepto todas aquellas operaciones de transmisión de títulos de sociedades con un marcado carácter empresarial de las que ningún fraude cabe sospechar. Es más, genera una lesión del principio de igualdad en la contribución al sostenimiento de los gastos públicos difícilmente justificable⁹⁷.

⁹⁵ También POZUELO ANTONI estima que este requisito exige el control de la entidad cuyas acciones se adquieren. «Modificación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores...», ob. cit., págs. 55 y 56.

⁹⁶ Así por ejemplo POZUELO ANTONI, F., «Modificación del artículo 108...», ob. cit., págs. 62 y 63.

⁹⁷ De esta opinión es igualmente BONASTRE CAPELL, «Comentarios a la redacción del artículo 108...», ob. cit., pág. 5.

La desigualdad de trato es llamativa si se comparan las diferencias de tributación que resultan de la adquisición de una entidad *holding* con cotización en bolsa con filiales de carácter inmobiliario o de la adquisición directa de estas últimas. Dada la composición de su activo, la adquisición de las filiales tributaría por el ITPO. Como también lo haría la adquisición de la matriz en la medida en que en su activo figuran participaciones de control de entidades inmobiliarias, de no ser por la previsión del apartado cuarto del artículo 108 que exime de tributación a la adquisición de valores con cotización en bolsa.

La referencia a mercados secundarios oficiales no debe entenderse circunscrita a los mercados nacionales, pues lo contrario introduciría una discriminación contraria al Derecho comunitario⁹⁸.

El plazo de un año desde la admisión a negociación debe ser de cotización efectiva, excluyéndose los períodos en que la cotización del valor esté suspendida. En nuestra opinión, una vez transcurrido el referido plazo la transmisión estará exenta incluso si en el momento de procederse a la misma la cotización está suspendida, pues los valores cuya cotización ha sido suspendida siguen siendo valores admitidos a negociación⁹⁹. La inaplicación de la exención únicamente procederá cuando se produzca la exclusión de la cotización en bolsa.

5. ¿Se aplica la norma también a la transmisión de valores de entidades que desarrollan una contrastada actividad económica?

Si el presupuesto de hecho sustitutivo que hemos examinado tiene como objeto atajar la elusión del ITP y AJD en la transmisión de bienes inmuebles mediante la interposición de figuras societarias, parece que no debería extenderse a aquellas transmisiones de valores en que no se ha buscado tal interposición para eludir la tributación, como acontece en particular cuando se transmiten títulos de entidades que desarrollan una contrastada actividad económica.

El propio TEAC en alguna ocasión ha incorporado a sus razonamientos la necesidad de excluir de gravamen aquellas transmisiones de valores que denotan la transmisión de un negocio en funcionamiento, y no una transmisión encubierta de inmuebles. Es el caso de la Resolución de 15 de julio de 2004 (núm. 00/7054/2003), en la que se dilucidaba si la adquisición de la totalidad del capital de una sociedad que gestionaba un parque acuático, y cuyo principal activo eran las propias instalaciones del parque, debía someterse a tributación. El tribunal, consciente de que, de acuerdo con el concepto de inmueble contemplado por el Código Civil, tales instalaciones tienen la condición de inmuebles por destino, acude al concepto de edificación del IVA que excluye expresamente su calificación como inmuebles, apoyándose además en que se entrega un negocio en funcionamiento cuyo principal activo (los inmuebles e instalaciones para uso del parque, como piscinas, toboganes, bombas de impulsión y filtración del agua, etc.), a la vista del objeto de la explotación, han de ser inmuebles.

⁹⁸ También PÉREZ-FADÓN estima que hay que considerar que se refiere a cualquier tipo de mercado secundario que sea oficial en cualquier país, aunque considera que es difícil admitir como negociados en mercados secundarios oficiales a los que se desarrollen en paraísos fiscales. «Análisis...», ob. cit., pág. 17.

⁹⁹ No lo entiende así PÉREZ-FADÓN, «Análisis...», ob. cit., pág. 17.

Lo cierto es que tales consideraciones no han sido recogidas, al menos con carácter general, por la norma, que grava la transmisión de valores, concurriendo los requisitos pertinentes, tanto de sociedades de mera tenencia como de sociedades en funcionamiento. El propio TEAC, de nuevo y rectificando las observaciones realizadas en la resolución referida en el párrafo precedente, ha insistido en ello: «el hecho de que el objetivo del negocio jurídico celebrado era transmitir un negocio en funcionamiento (el supuesto examinado abordaba la adquisición de acciones de una sociedad propietaria de un hotel) 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 antielusorio, la norma se aplica de forma automática cuando se incurre en el supuesto tipo...» [Resolución de 16 de febrero de 2005, núm. 00/2332/2004 (NFJ019577)].

No obstante, si es cierto que con carácter general también la transmisión de valores de negocios en funcionamiento se somete a gravamen, hay un caso, incorporado por la Ley 36/2006, en que no es así: el relativo a la transmisión de valores de sociedades con cotización en bolsa. Como hemos advertido más arriba se ha insistido en que detrás de la referida previsión subyace una justificada razón, en la medida en que son negocios que gozan de la transparencia necesaria y los activos, incluidos los inmobiliarios, están afectos a actividades económicas. Sin embargo tal excepción no hace sino poner de relieve una desigualdad de trato difícilmente justificable: las sociedades que no cotizan en bolsa también desarrollan actividades económicas y la transmisión de sus valores, sin embargo, tributa, sin que la diferencia de trato –en nuestra opinión– pueda entenderse justificada, pues es posible encontrar fórmulas menos lesivas del principio de igualdad en la contribución al sostenimiento de los gastos públicos que permitan sujetar al ITPO únicamente aquellas transmisiones de valores tras las que subyazca únicamente una transmisión de inmuebles.

Adviértase, en todo caso, que lo que reclamamos no es propiamente que la transmisión de valores no tribute, sino que la norma sea coherente con su finalidad. Si, como parece y denota la exclusión del ámbito de la norma de los valores de sociedades con cotización en bolsa, únicamente se persigue evitar la elusión del ITPO a través de la interposición de sociedades, habrá que diseñar su ámbito de aplicación de manera que únicamente queden sujetos los casos en que tal intención elusiva sea meridiana ¹⁰⁰.

Es cierto que, en caso de que la norma antielusión no se aplicara a la transmisión de acciones o participaciones de sociedades que no fueran de mera tenencia de bienes, esto es, de entidades que desarrollaran una actividad económica, bastaría con vestir la sociedad de una actividad empresarial o profesional para eludir la aplicación de la norma. Sin embargo, resulta desproporcionado combatir tal temor obviando en la configuración de los supuestos gravados cualquier referencia a la actividad de la entidad cuyos valores se transmiten o adquieren y, por tanto, incluyendo en el ámbito de una norma antifraude operaciones que a todas luces no persiguen la transmisión de inmuebles sino de una empresa en funcionamiento. Lo lógico sería precisar el tipo y requisitos exigidos a la actividad empresarial realizada por la entidad para que no fuera de aplicación el gravamen.

¹⁰⁰ La doctrina ha criticado de forma generalizada la extensión del artículo 108 a la transmisión de sociedades en funcionamiento. Señala en este sentido GARCÍA NOVOA que «lo cierto es que, como ha resaltado la doctrina, si su fin último es evitar que se beneficien de la exención en el ITPO las transmisiones de valores de sociedades patrimoniales, cuyo activo está mayoritariamente integrado por inmuebles porque ello supone la transmisión del propio inmueble, en la práctica la cláusula se está aplicando a toda transmisión de participaciones sociales de entidades 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». «El proyecto de Ley de Prevención del Fraude (II)», *Quincena Fiscal*, n.º 10/2006, pág. 24.

V. LA TRANSMISIÓN DE ACCIONES O PARTICIPACIONES RECIBIDAS POR LA APORTACIÓN DE BIENES INMUEBLES A SOCIEDADES

1. Introducción.

El artículo 108 de la LMV somete también a gravamen la transmisión de acciones o participaciones sociales recibidas por las aportaciones de 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»¹⁰¹.

El legislador quiere atajar la elusión del ITPO que se produciría si en lugar de vender un inmueble, el propietario lo aportara a una sociedad de nueva constitución o controlada por quien desea adquirir el inmueble y a continuación le vendiera las acciones¹⁰², operación que, a salvo de lo dispuesto por el artículo 108 de la LMV, únicamente tributaría por el IOS¹⁰³. Tal operación no estaría contemplada por el primer supuesto del apartado segundo del artículo 108 de la LMV en la medida en que el activo de la sociedad receptora no fuera predominantemente inmobiliario.

De la lectura del artículo 108 se infiere que en principio son tres los requisitos exigidos para que se aplique la especial sujeción al ITPO que establece el precepto:

- a) Que los valores enajenados hayan sido recibidos por aportaciones de bienes inmuebles a sociedades.
- b) Que la enajenación se produzca en el plazo de los tres años siguientes a la aportación.
- c) Que los valores enajenados no coticen en un mercado secundario oficial. A este requisito, común al primer supuesto de hecho sustitutivo, ya nos hemos referido anteriormente.

No es necesario, por tanto, que el activo de la entidad sea predominantemente inmobiliario¹⁰⁴, como ocurre en el primer supuesto contemplado. Es más, el precepto se diseña precisamente para

¹⁰¹ Señalaba MARTÍN QUERALT hace ya más de dos décadas que «el ordenamiento tributario ha contemplado con ciertas cautelas las aportaciones no dinerarias al capital de las sociedades, por cuanto mediante las mismas, podían estar encubriéndose auténticos contratos de compraventa, traslativos del dominio de bienes inmuebles, y obviándose, en consecuencia, la aplicación de los tipos de gravamen correspondientes a estos traslados dominicales de inmuebles, que son mucho más gravosos que los previstos para el caso de constitución o ampliación de capital social». «Análisis de las reformas introducidas por la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, en el régimen tributario de las transmisiones de acciones», *REDF*, n.º 15-16 (1977), pág. 840.

¹⁰² Véase SERLOOTEN, P., *Droit fiscal des affaires*, Dalloz, 5.ª ed., 2006, en referencia a la norma francesa, codificada en el artículo 727 del *Code General des Impôts*.

¹⁰³ En lugar de vender un inmueble por 1.000.000, operación que devengaría el ITPO a cargo del adquirente (6 ó 7% de 1.000.000), el propietario lo aportaría a una sociedad íntegramente participada por el interesado en comprar, tributando la entidad por el IOS (1% de 1.000.000), y a continuación vendería las acciones al socio mayoritario.

¹⁰⁴ Es esta una cuestión que no ha suscitado duda en la doctrina. Véase LÓPEZ FAJARDO, M., «Consideraciones tributarias sobre el artículo 108...», ob. cit., pág. 39. BAS SORIA, J., «El artículo 108 de la LMV...», ob. cit., pág. 28.

combatir aquellos casos que no cubre el primer supuesto. Habrá que entender que, cuando la transmisión de valores reúna los requisitos para quedar gravada con arreglo a los dos supuestos regulados por el apartado segundo del artículo 108 de la LMV, será de aplicación el segundo por su mayor especificidad. Esta afirmación tiene una indudable trascendencia en la determinación de la base imponible, que sigue criterios diferentes en ambos supuestos.

Tampoco parece exigirse que el adquirente de los valores posea el control de la sociedad o lo adquiera como resultado de la adquisición. Si, como hemos indicado anteriormente, el supuesto que nos ocupa pretende combatir la elusión del ITPO que se produciría cuando, en lugar de transmitir un inmueble, el propietario lo aportara a una sociedad de nueva constitución o controlada por el interesado en adquirirle vendiendo a continuación las acciones, resultaría lógico que la normativa exigiera, para sujetar la transmisión de los títulos como transmisión de inmuebles, que el adquirente ostentara una posición de control en la entidad receptora del inmueble. No tiene sentido que quien adquiere un 5% del capital en una entidad sin tener participación previa alguna en la misma tribute como si estuviera adquiriendo un bien inmueble, pues no se advierte qué elusión puede traslucir tal operación. El tenor literal de la letra b) del apartado segundo del artículo 108 de la LMV no exige, sin embargo, que el adquirente de los valores posea el control de la sociedad o lo adquiera como resultado de la adquisición ¹⁰⁵. Basta acudir al artículo 40 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, germen del precepto que nos ocupa, para despejar toda duda, pues tal norma regulaba en primer término el supuesto que comentamos, sujetando la transmisión onerosa de acciones o participaciones sociales recibidas por las aportaciones de bienes inmuebles realizadas con ocasión de la constitución de sociedades o la ampliación de su capital social sin exigir una determinada composición del activo, como sí hacía el supuesto regulado en el apartado segundo de dicho precepto.

Finalmente, la transmisión de valores se somete a gravamen incluso si la aportación del inmueble a la sociedad fue gravada por el IVA, lo que no tiene sentido si el inmueble aportado se sujetó por ser un solar edificable o constituir primera entrega de edificación, pues en tal caso no se elude el ITP y AJD. La transmisión directa del mismo al adquirente de los valores hubiera sido gravada de la misma forma que aportándolo a la sociedad, por lo que no se ve motivo para que la transmisión de los títulos poco después de la aportación se grave por el ITPO como transmisión de inmuebles ¹⁰⁶.

2. La enajenación «onerosa» de valores recibidos por la aportación de bienes inmuebles a sociedades.

En primer término la LMV exige que las acciones o participaciones enajenadas se hubieran recibido como consecuencia de la aportación de inmuebles a sociedades *con ocasión de la constitución de la sociedad o la ampliación de su capital social*. La Ley de medidas para la prevención

¹⁰⁵ LÓPEZ FAJARDO, M., «Consideraciones tributarias sobre el artículo 108...», ob. cit., pág. 39. BAS SORIA, J., «El artículo 108 de la LMV...», ob. cit., pág. 28.

¹⁰⁶ Precisamente por ello en Francia no se grava la transmisión de los títulos cuando los valores transmitidos tuvieron como contravalor un bien cuya aportación se gravó por el IVA.

del fraude fiscal ha incorporado la «ampliación de sociedades» al elenco de operaciones en cuyo marco debe efectuarse la aportación inmobiliaria, referencia que debe entenderse realizada al aumento del fondo patrimonial de aquellas sociedades que propiamente no tienen capital social¹⁰⁷, como es el caso de las sociedades civiles. Se trata con todo de una novedad que introduce más confusión que claridad, pues la «ampliación de sociedades» no es un concepto acuñado en el ámbito mercantil, no pareciendo tampoco que tal aclaración fuera necesaria: la modalidad de «Operaciones Societarias» del ITP y AJD, que como es sabido grava desde antaño determinadas operaciones que afectan al desarrollo y estructura de las sociedades, únicamente alude al aumento de capital, sin que en rigor tal mención haya impedido gravar el aumento de los fondos propios de entidades que propiamente no tienen capital social.

Dado que los valores transmitidos han de haber sido recibidos como consecuencia de la aportación de bienes inmuebles, parece que en aquellos casos en que la aportación de estos no dé lugar a la entrega de valores al socio no podrá aplicarse la norma. Esta afirmación, aunque pueda parecer obvia, tiene una indudable relevancia si se piensa en las aportaciones inmobiliarias que efectúen los socios para reponer pérdidas sociales: puesto que la aportación no conlleva la entrega de nuevos valores al socio, la transmisión de los que ya posea no originará el gravamen por el ITPO.

Es preciso que los títulos enajenados se reciban del aportante, de forma que la transmisión efectuada por quien adquirió del aportante estará exenta¹⁰⁸, salvo que incurra en el supuesto de hecho de la primera excepción a la exención.

No precisa la ley *qué títulos se entienden transmitidos cuando el socio no transmita todos los títulos de su cartera*, resultando que algunos de ellos hayan sido obtenidos como resultado de aportaciones de bienes inmuebles y otros como resultado de aportaciones dinerarias. Como es sabido la LIRPF/2006 establece, para resolver tal cuestión en el ámbito del Impuesto sobre la Renta y determinar la plusvalía gravada, el método FIFO (*first in, first out*). No creemos que tal criterio pueda extenderse al ITP y AJD¹⁰⁹, ámbito en el que, a falta de adopción positiva de un criterio diferente, ha de atenderse a la identificación mercantil de los títulos transmitidos¹¹⁰. Por las mismas razones consideramos inaplicable cualquier regla que pondere la antigüedad de los diversos títulos de la cartera del contribuyente¹¹¹. En realidad este problema pone de relieve otro de mucho mayor calado, que es la dificultad de admitir a la luz del principio de igualdad en la contribución al sostenimiento de los gastos públicos que, transmitiéndose el mismo número de acciones, en unos casos el adquirente tenga que tributar por el ITPO y en otros no, en función de que el contravalor de los títulos enajenados fuesen bienes inmuebles u otros activos. Más adelante reflexionamos sobre este problema.

¹⁰⁷ PÉREZ-FADÓN, «Análisis de la nueva regulación...», ob. cit., pag. 15.

¹⁰⁸ MARTÍN MORENO, J.L., *Transmisiones inmobiliarias...*, ob. cit., pág. 351.

¹⁰⁹ No es de esta opinión BAS SORIA, quien estima que ante el silencio del precepto parece la postura más lógica acudir a la regla FIFO establecida en el IRPF. «El artículo 108 de la LMV...», ob. cit., pág. 28.

¹¹⁰ Téngase en cuenta además que el criterio FIFO podría ser perjudicial para los intereses de la Hacienda Pública, pues tomaría como valores transmitidos los más antiguos, lo que podría situar la transmisión realizada fuera del marco del artículo 108 de la LMV.

¹¹¹ Este criterio ha sido propuesto por LÓPEZ FAJARDO, M., «Consideraciones tributarias sobre el artículo 108...», ob. cit., pág. 39.

La regla únicamente se aplica a las aportaciones de inmuebles ¹¹², por lo que la transmisión de acciones recibidas por la aportación de bienes muebles queda extramuros de la excepción ¹¹³.

Resulta necesario detenerse en dos problemas que se presentan en torno a los inmuebles a que se refiere la norma. Por un lado, es preciso examinar si los inmuebles aportados deben estar situados en territorio nacional, como exige el primer supuesto para considerar que el activo de una sociedad es predominantemente inmobiliario, o se está refiriendo a cualquier inmueble independientemente de su ubicación. Aunque el silencio del precepto, unido a la expresa exigencia de tal requisito en el primer supuesto antielusión, podrían llevar a entender que la regla se aplica independientemente de la localización del inmueble, en nuestra opinión no parece que pueda discutirse que los inmuebles aportados deben estar situados en España: la transmisión de inmuebles situados en el extranjero no queda sujeta al ITPO [art. 6.1 a) del TR ITP y AJD], por lo que ninguna elusión de tal tributo puede producirse aportándolos a una entidad y transmitiendo a continuación las acciones. A esta conclusión debe llegarse, por tanto, acudiendo a las reglas que establecen el ámbito de aplicación territorial del impuesto.

Por si quedara alguna duda, la propia Ley 21/2001, de 27 de diciembre, al concretar el alcance de la cesión y los puntos de conexión en el ITP y AJD, advierte expresamente que el rendimiento se atribuirá «en los supuestos previstos en el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, a la comunidad autónoma en la que radiquen los bienes inmuebles integrantes del activo de la entidad cuyos valores se transmiten». Si el inmueble no se encuentra en territorio español no se atribuye a nadie, porque su transmisión no queda gravada.

La segunda cuestión a dilucidar pasa por precisar si también se computan como inmuebles las acciones de sociedades cuyo activo esté integrado al menos en un 50% por inmuebles radicados en España, como sucede respecto del primer supuesto antielusión, y por tanto la transmisión de las acciones recibidas por la aportación a una sociedad de valores de una entidad cuyo activo esté constituido en más de un 50% por bienes inmuebles situados en territorio español también podría subsumirse en este supuesto. Parece que la respuesta a esta cuestión ha de ser, ante el silencio legislativo, negativa. Los únicos cauces para llegar a la solución contraria pasarían por utilizar la analogía o entender que cuando el precepto se refiere a «valores transmitidos» se está refiriendo a los mismos valores a que alude en el primer supuesto antielusión. La primera opción debe descartarse porque la analogía está prohibida para delimitar el hecho gravado (art. 14 de la LGT). La segunda tampoco parece admisible, y no solo porque no se infiere de la lectura del precepto, sino porque implicaría aceptar que el segundo supuesto antielusión únicamente sería aplicable a la transmisión de valores recibidos por aportaciones de inmuebles a sociedades cuyo activo estuviera constituido al menos en un 50% por bienes inmuebles, lo que desde luego no responde a la interpretación que habitualmente se ha hecho del mismo. Ello permitirá burlar la regla antielusión aportando en primer término el inmueble a una sociedad de nueva constitución cuyas acciones se aportan acto seguido a la entidad controlada por el interesado en el inmueble, transmitiéndose entonces las recibidas de esta última entidad ¹¹⁴.

¹¹² En Francia el artículo 727 del *Code General des Impôts* extiende la regla tanto a la aportación de inmuebles como de muebles, gravando la cesión posterior de los títulos en función de la naturaleza del bien aportado, si bien la regla no se aplica a la cesión de acciones o de participaciones de sociedades sujetas al IS.

¹¹³ Se trata de un extremo que fue en su día criticado por MARTÍN QUERALT, «Análisis...», ob. cit., pág. 843.

¹¹⁴ Supóngase que Pedro quiere transmitir un inmueble valorado en 1.000 a Javier, adquisición por la que tendría que pagar el ITPO (6 ó 7% con carácter general). En lugar de venderlo o aportarlo directamente a una sociedad controlada por Javier

Si los inmuebles no fueran la única aportación realizada a la entidad parece que habrá que distinguir las acciones recibidas por la aportación de los inmuebles, cuya transmisión estará gravada, de aquellas entregadas como contrapartida de la aportación en metálico, cuya enajenación estará exenta ¹¹⁵.

Aunque la norma no lo indica expresamente, hay que entender que la excepción únicamente se aplica a las transmisiones onerosas. Las transmisiones lucrativas de acciones recibidas por la aportación de inmuebles a sociedades no eluden la imposición sobre el tráfico patrimonial ¹¹⁶.

Por otro lado, de acuerdo con su configuración actual, la norma es incluso aplicable cuando el adquirente de los valores poseyera el control sobre la entidad transmitente. Sería el caso por ejemplo en que la sociedad transmitente estuviera íntegramente participada por la adquirente ¹¹⁷. Se trata de nuevo de un resultado manifiestamente injusto, especialmente teniendo en cuenta que no hay fraude alguno detrás de la referida operación: la entidad adquirente hubiera podido adquirir el inmueble aportado por la transmitente aprobando una reducción de capital por valor del referido inmueble.

3. El plazo de los tres años. Problemas transitorios.

En segundo lugar, y como requisito temporal, la LMV exige que entre la fecha de la aportación y la transmisión hubiese transcurrido un plazo, tras la modificación operada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, inferior a tres años. La normativa precedente establecía un plazo inferior al año, lo que fue criticado porque la brevedad del plazo convertía a la norma en inoperante.

Las fechas de inicio y final deben determinarse por referencia a los efectos traslativos, de manera que no se tendrán en cuenta, para determinar la fecha de transmisión, eventuales opciones de compra otorgadas a un tercero. De ahí que, en aquellos casos en que, habiéndose diferido el desembolso del capital, los llamados dividendos pasivos se satisfagan aportando inmuebles, la fecha inicial de cómputo del plazo no será la de suscripción de los títulos sino la de aportación del inmueble ¹¹⁸.

Evidentemente el plazo de los tres años se aplica –en principio– incluso a las transmisiones de valores adquiridos bajo la vigencia de la normativa derogada. De ahí que pueda darse el caso

(J SA), lo aporta a una entidad de nueva creación (P SRL), y a continuación, aporta los títulos de esa entidad (P) a la controlada por Javier (J SA). Aunque se devenga en dos ocasiones el IOS (1% del importe del aumento más la prima de emisión, esto es, 1% de 1.000), sigue obteniéndose un considerable ahorro respecto a la venta directa de Pedro a Javier.

¹¹⁵ La Resolución del TEAC de 16 de noviembre de 1999 (JT 2000, 76) entendió aplicable el 108 de la LMV en un supuesto en que se aportaron inmuebles a una sociedad además de una pequeña cantidad en metálico, entendiendo expresamente que la aplicación de la excepción a la exención no requería que los inmuebles fueran la contraprestación única para el desembolso de las acciones recibidas, ya que de otra forma bastaría con efectuar junto con la aportación inmobiliaria una exigua aportación en metálico para eludir la aplicación de la norma.

¹¹⁶ De nuevo hay que indicar que el artículo 40 de la Ley 50/1977, origen del artículo 108 de la LMV, exigía expresamente que la transmisión fuera onerosa.

¹¹⁷ Así lo declara la Resolución del TEAC de 19 de diciembre de 2001 (JT 2002, 568).

¹¹⁸ Véase la STSJ de Navarra de 16 de julio de 2007 (NFJ027649).

de que el período de tenencia de los títulos de un sujeto sea superior a un año en el momento de entrada en vigor del nuevo plazo, lo que hubiera determinado la no sujeción de la transmisión realizada justo antes de ese momento y, sin embargo, su transmisión ulterior se realice dentro del plazo de los tres años.

La DGT se ha pronunciado sobre este problema habiéndole resuelto de forma cuando menos sorprendente. Según la contestación de 14 de mayo de 2007 [V0948-07 (NFC025904)]¹¹⁹ en los casos en los que ya había transcurrido el plazo de un año desde la aportación no dineraria de los bienes inmuebles cuando entró en vigor el nuevo plazo de tres años «los valores ya estaban "liberados de la condición de mantenimiento de un año" y podían ser transmitidos con derecho a exención». «En estas circunstancias, parece que aplicar a la transmisión de estos valores el nuevo plazo de tres años supondría dar a esta norma un efecto retroactivo de grado máximo, pues se estaría aplicando a una situación de hecho producida con anterioridad a la norma que se pretende aplicar y ya consumada, en el sentido de que se cumplió el plazo exigido por la norma vigente durante el período comprendido desde que se produjo la aportación no dineraria de los bienes inmuebles hasta que transcurrió dicho plazo, esto es, durante el año siguiente a la aportación de los inmuebles (cumplimiento y consolidación del plazo de un año). Es decir, estaríamos ante un caso de retroactividad auténtica, la cual, según el Tribunal Constitucional, solo exigencias cualificadas de interés general podrían permitir su aplicación en perjuicio del principio de seguridad jurídica, exigencias que deberían venir refrendadas por una disposición transitoria que estableciera expresamente los efectos retroactivos». Dado que tal disposición transitoria no existe ni parecen concurrir tales exigencias, concluye que «el cumplimiento del plazo de un año desde la adquisición de los valores en contraprestación de la aportación no dineraria de bienes inmuebles antes del día 1 de diciembre de 2006, fecha de la entrada en vigor de la Ley 36/2006 [...] libera a tales valores del cumplimiento del plazo de tres años exigido en el nuevo artículo 108.2 b) a efectos de la aplicación de la exención prevista para su transmisión en dicho precepto».

En aquellos casos en los que a la entrada en vigor de la Ley 36/2006, que introdujo el plazo de tres años, no había transcurrido aún el plazo de un año desde la aportación no dineraria de los bienes inmuebles, la DGT considera que, dado que el requisito del transcurso de un año para la transmisión de los valores con derecho a exención no se había cumplido, «nos encontramos ante el otro grado de retroactividad, el llamado grado medio, porque se trata de una situación de hecho producida con anterioridad a la norma que se pretende aplicar pero no consumada», por lo que estaríamos «ante un caso de retroactividad impropia, cuya licitud, según el Tribunal Constitucional, dependerá de una ponderación que tenga en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso, es decir, la finalidad de la medida y las circunstancias relativas a su grado de previsibilidad, su importancia cuantitativa, y otros factores similares». «Teniendo en cuenta que el legislador, tras esa ponderación, ha decidido no establecer ninguna disposición transitoria y que, salvo norma en sentido contrario, la normativa aplicable a los hechos imposables es la vigente en el momento de devengo del impuesto» concluye que la transmisión de los valores «estará sometida al nuevo plazo de tres años»¹²⁰.

¹¹⁹ En el mismo sentido se pronuncia la contestación de 18 de junio de 2007 [V1253-07 (NFC029228)].

¹²⁰ PÉREZ-FADÓN comparte el criterio de la DGT. Véase «Análisis de la nueva regulación...», ob. cit., pág. 10.

Decíamos que es sorprendente la conclusión a la que llega la Administración tributaria porque, en nuestra opinión, no puede admitirse que en aquellos casos en los que ya había transcurrido el plazo de un año desde la aportación no dineraria de los bienes inmuebles cuando entró en vigor el nuevo plazo de tres años estemos ante un supuesto de retroactividad auténtica, pues no afecta a situaciones de hecho ya nacidas y consumadas. La situación, esto es, la obligación tributaria, nace con la transmisión de los valores, y no antes, y no se ha producido. Aplicando el razonamiento de la DGT, el legislador no podría modificar la regulación de las ganancias patrimoniales aumentando su tributación, a menos que respetara las consecuencias de la normativa que se modifica. Poniendo por caso el aumento del tipo de gravamen, según la DGT el aumento del tipo no podría afectar a la plusvalía generada antes de la entrada en vigor de la norma. Y tampoco podría el legislador suprimir una exención, por ejemplo por reinversión en vivienda habitual, en la medida en que el transmitente la hubiera disfrutado de haber enajenado la misma antes de la entrada en vigor de la norma que la suprime. No hay en tales casos retroactividad auténtica, y ni siquiera impropia, si estimamos que la situación no nace en el momento de adquirir los títulos (no se devenga impuesto alguno en tal momento), sino en el de transmitirse.

Adviértase además que no es sujeto pasivo del tributo el transmitente sino el adquirente, que ninguna relación tenía con el anterior en el momento en que adquirió los títulos. Respecto de él, que es sujeto de la capacidad económica que se quiere gravar, ninguna retroactividad puede haber. Sea como fuere, se trata de consultas vinculantes cuyo beneficioso criterio será sin duda esgrimido por los contribuyentes.

Si la transmisión de las acciones recibidas por la aportación de inmuebles a sociedades se produce más allá del plazo de tres años no resultará, por tanto, de aplicación esta regla. Ahora bien, ¿podrá aplicarse, en caso de que concurran los requisitos pertinentes, el primer supuesto de hecho sustitutivo, esto es, el que sujeta a gravamen la transmisión de acciones de sociedades cuyo activo está constituido al menos en un 50% por bienes inmuebles, siempre que como consecuencia de la adquisición el adquirente obtenga una posición de control? La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 29 de septiembre de 2001 ¹²¹ ha dado a esta cuestión una respuesta negativa, entendiendo que la transmisión de acciones por parte de los socios fundadores de una entidad de las acciones percibidas por la aportación de bienes inmuebles trascurrido el plazo de un año (tal era el plazo entonces vigente) se encontraba exenta. Se trata sin embargo de una conclusión que no compartimos, pues el segundo supuesto de hecho sustitutivo no exige para su aplicación que el activo de la entidad que recibe la aportación esté constituido en el momento de la transmisión al menos en su 50% por inmuebles situados en territorio nacional, de forma que no puede considerarse que estemos ante una regla que ya contempla la situación que nos ocupa ¹²². En nuestra opinión no debe haber inconveniente en aplicar en los referidos casos el primer supuesto de sujeción, so pena de introducir una desigualdad en el régimen tributario de la transmisión de acciones a todas luces injustificable ¹²³.

¹²¹ NFJ011063.

¹²² Su ámbito de aplicación es en efecto distinto. Así la segunda excepción se aplica incluso cuando el adquirente de los valores posea ya el control de la entidad cuyos valores se transmiten, lo que resulta lógico.

¹²³ La DGT no ha dudado de ello. Véase la contestación de 14 de mayo de 2007 [V0948-07 (NFC025904)].

4. Problemas de constitucionalidad.

4.1. *¿Estamos ante un supuesto inconstitucional por lesionar el principio de igualdad en la contribución al sostenimiento de los gastos públicos?*

Hemos avanzado previamente que no se advierte con nitidez la finalidad de sujetar las transmisiones de títulos recibidos por aportaciones de inmuebles a sociedades omitiendo cualquier referencia a la adquisición de una posición de control por el adquirente. El legislador parece entender que también en tales supuestos se elude el ITPO, haciendo tributar al adquirente por la parte proporcional de los inmuebles aportados en su día correspondiente a las acciones o participaciones transmitidas.

Se ha señalado que lo que se quiere gravar es el hecho de que, al enajenar las acciones recién recibidas, se está transmitiendo el valor económico del inmueble anteriormente poseído ¹²⁴.

Sin embargo, no se advierte qué capacidad económica diferente tiene quien adquiere un 20% del capital de una entidad cuyo contravalor fueron bienes inmuebles respecto de quien adquiere el mismo porcentaje liberado mediante aportaciones dinerarias. En ambos casos se adquieren los mismos derechos políticos y económicos en la entidad. Sin embargo, en un caso se tributa, siempre que entre la fecha de la aportación y de transmisión no haya transcurrido un plazo de tres años, y en el otro no.

El absurdo se intensifica si imagina el caso de que el enajenante tenga en su cartera títulos liberados con aportaciones inmobiliarias y títulos liberados con otro tipo de aportaciones, y los tenga en igual proporción. Si vende los primeros, el adquirente tributa. Si transmite los segundos, no. ¿Acaso los derechos que confieren unos y otros son diferentes? ¿No tiene el adquirente de los liberados con aportaciones no inmobiliarias el mismo derecho a participar en el activo social y, por tanto, en los inmuebles que integren el mismo, que el que recibe los liberados con aportaciones de inmuebles?

Las anteriores reflexiones bastan para poner de relieve –en nuestra opinión– que la letra b) del apartado segundo del artículo 108 de la LMV vulnera el principio de igualdad en la contribución al sostenimiento de los gastos públicos: la misma riqueza tributa de manera diferente, sin que pueda encontrarse a la referida diferencia de trato una justificación que legitime la lesión del principio de igualdad.

4.2. *La venta del inmueble por la sociedad antes de la transmisión de los valores recibidos por la aportación del inmueble: ¿qué capacidad económica se grava?*

No es ese el único reproche severo que cabe realizar al hecho imponible que nos ocupa. Insistimos de nuevo en que el legislador parece que ha querido evitar la elusión al ITPO que se produ-

¹²⁴ POZUELO ANTONI, F., «Modificación del artículo 108...», ob. cit., pág. 42.

ciría, en lugar de transmitir un inmueble directamente, aportándolo a una entidad y transmitiendo a continuación las acciones, operación que, de no mediar el artículo 108 de la LMV, únicamente tributaría por el IOS (con motivo de la aportación, al 1%). El presupuesto de hecho complementario somete a gravamen la transmisión de los valores, tomando como base imponible la parte proporcional del valor real de los inmuebles que fueron aportados en su día correspondiente a las acciones o participaciones transmitidas.

Ahora bien, ¿qué sucede si entre la fecha de la aportación y la de transmisión de los valores la sociedad ha vendido el inmueble aportado en su día? ¿Tiene sentido gravar al adquirente de los valores como adquirente de bienes inmuebles, cuando resulta que ya no figura en el activo de la entidad el inmueble aportado por el que se le hace tributar, y hasta es posible que no figure ningún inmueble?

En tal caso no se advierte qué elusión impositiva ha querido evitar la norma, y lo que es más grave, qué capacidad económica se somete a gravamen. El adquirente de las acciones o participaciones no tiene una capacidad económica diferente de aquel que adquiera el mismo porcentaje de participación liberado con otro tipo de aportación, lo que nos lleva a entender que de nuevo se lesiona el principio de igualdad en la contribución al sostenimiento de los gastos públicos, sin que la lesión pueda estar justificada por la intención de combatir la elusión impositiva, pues la medida, en el caso que examinamos, no es adecuada para alcanzar la finalidad que se pretende perseguir.

4.3. Doble gravamen de la misma riqueza.

Como resultado de la falta de una adecuada coordinación entre los diferentes supuestos que determinan la sujeción de la transmisión de valores como transmisión de bienes inmuebles pueden encontrarse supuestos de doble gravamen de la misma riqueza.

Así, por ejemplo, si la sociedad transmite el inmueble al socio que posteriormente adquirirá los valores que fueron entregados por la aportación del inmueble a la sociedad, tributará en primer lugar por el ITPO por la adquisición del inmueble, y posteriormente por la parte proporcional del inmueble correspondiente a las acciones o participaciones adquiridas (todo si se transmiten todas). Este doble gravamen no parece que pueda justificarse a la luz de la Constitución.

O piénsese en el supuesto de que, tras haber tributado por la adquisición de los valores como adquisición de bienes inmuebles, la sociedad se disuelva, adjudicando al socio el inmueble en cuestión. Este tributará de nuevo por su adquisición, si bien no en el marco del ITPO sino del IOS. No obstante, se trata de un tributo que grava la misma riqueza –el tráfico patrimonial–, por lo que grava de nuevo una riqueza que ya había sido sometida a imposición ¹²⁵.

¹²⁵ Atendiendo a tal razonamiento el artículo 727.1.4.º del *Code General des Impôts* francés determina que, en aquellos casos en que la venta de los títulos obtenidos por la aportación de bienes –no necesariamente inmuebles– a sociedades dé lugar al gravamen, la atribución de tales bienes con motivo de la disolución de la sociedad no devenga el impuesto que grava la transmisión más que si es adjudicado a una persona distinta del cesionario.

5. La constitución y disolución de sociedades como mecanismo para transmitir inmuebles.

El supuesto de hecho sustitutivo que hemos examinado trata de cortar la elusión impositiva que pudiera producirse si el propietario de un inmueble, en lugar de enajenarlo directamente, lo aportara a una sociedad de nueva constitución o ya existente y a continuación vendiera las acciones. Es posible sin embargo conseguir un resultado similar si tanto vendedor como comprador participan en la constitución de una sociedad de nueva creación, a la que uno aporta el inmueble y el otro el precio, acordando posteriormente su disolución, en la que se adjudica al comprador el inmueble y al vendedor el precio. En tal tesitura, únicamente se devenga el IOS, tanto en la constitución como en la disolución, cuyo tipo es más liviano que el de la transmisión de inmuebles ¹²⁶.

Este ha sido en puridad el primer supuesto de elusión por interposición de sociedades que ha combatido el legislador, pues ya lo contemplaban el Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 1959 ¹²⁷ y el Texto Refundido de 1967 ¹²⁸. El Texto Refundido de 24 de septiembre de 1993 no incorporó en su seno la disposición transitoria 3.ª de la Ley 32/1980 ¹²⁹, por lo que las dudas sobre la vigencia de dicha disposición tras la entrada en vigor del IVA han quedado zanjadas. El legislador pensó probablemente que a raíz de la entrada en vigor del IVA no podía conseguirse una menor tributación a través del mecanismo constitución-disolución de sociedad, dado que las aportaciones y adjudicaciones soportarían, además del gravamen de operaciones societarias, el IVA de las respectivas entregas. Sin embargo, la realidad es que algunas veces ni el que aporta ni el que se adjudica el inmueble soportan IVA. De ahí que quede un resquicio abierto al fraude que solo podrá ser evitado acudiendo a las normas generales sobre fraude de ley.

VI. CONSECUENCIAS DE LA REALIZACIÓN DEL PRESUPUESTO DE HECHO DE LA NORMA

1. Introducción. El tipo de gravamen.

En los casos en que la transmisión esté sujeta «se aplicará el tipo correspondiente a las transmisiones onerosas de bienes inmuebles, sobre el valor de los referidos bienes calculado de acuerdo a las reglas contenidas en la normativa vigente del ITP y AJD».

¹²⁶ Es posible igualmente que la sociedad a la que se aporta el inmueble ya exista, poseyendo su control el adquirente. Una vez aportado el inmueble bastaría con acordar la disolución de la entidad o una reducción de capital –con devolución de la correspondiente suma– que permitiera la salida del aportante.

¹²⁷ Señalaba el artículo 5.XIX que «las adjudicaciones de los bienes inmuebles que al disolverse las sociedades se hagan a alguno de los socios se liquidarán como transmisión de dicha clase de bienes por el número 14 de la Tarifa del Impuesto de Derechos Reales, si entre el acto de la aportación de los inmuebles y el de la disolución mediare un plazo menor de tres años y el adjudicatario de aquellos fuese un socio distinto del que los aportó. En los demás casos se aplicarán las reglas generales». En la misma idea insistía el artículo 19.23).

¹²⁸ Artículo 55.5.º del Decreto de 6 de abril de 1967.

¹²⁹ Según la referida norma «se considerarán transmisiones onerosas las adjudicaciones de bienes inmuebles que, al disolverse las sociedades o disminuir su capital social, se hagan a un socio distinto del que los aportó, si entre una y otra transmisión mediase un plazo inferior a tres años».

El tipo aplicable será el correspondiente a las transmisiones de inmuebles aprobado por cada comunidad autónoma (todas han establecido el 7%, salvo Canarias, que lo ha fijado en el 6,5%) y, en su defecto, el 6%. Es cierto que algunas comunidades han establecido tipos reducidos en beneficio de algunas transmisiones inmobiliarias, lo que exige cuestionarse su aplicabilidad en favor del adquirente de los valores. No vemos inconveniente en que en teoría pudieran ser también de aplicación, pues el artículo 108.3 de la LMV ordena que las transmisiones de valores a las que afecta el precepto tributen de acuerdo con el «tipo correspondiente a las transmisiones onerosas de bienes inmuebles», sin remitirse al tipo general. De acuerdo con ello si, por ejemplo, la transmisión de viviendas de protección oficial se sujetara a un tipo reducido, habría que aplicar ese tipo a las que formaran parte del activo, y el general al resto de inmuebles. Lo habitual será no obstante que el adquirente no cumpla los requisitos para beneficiarse del tipo reducido, fundamentalmente por no poder destinar los inmuebles de la sociedad a las finalidades que marca la ley.

2. La fijación de la base imponible en el porcentaje de participación del adquirente.

2.1. Consideraciones generales.

La interpretación del artículo 108 en lo relativo a la base imponible suscitó en el pasado arduas discusiones. Según un sector doctrinal, a diferencia de lo previsto por la normativa que desarrolló la Ley 50/1977, la base imponible no estaba constituida por una parte proporcional del valor de los bienes, sino por el valor de todos los bienes inmuebles que integraran el patrimonio social¹³⁰, postura que fue acogida por el TEAC¹³¹. En efecto si la base imponible se fijara por referencia al porcentaje en el capital que se adquiere se estaría vulnerando la finalidad de la norma, pues bastaría que la sociedad en cuestión adquiriera en primer término –transmisión exenta– el 50% del capital de la sociedad en cuestión y ulteriormente un 1% adicional para eludir el ITPO.

Desde otro ángulo se indicó, no obstante, que gravar el valor total de los bienes inmuebles integrantes del patrimonio de la entidad cuyas acciones se adquieren supondría tanto como someter a gravamen bienes que no se adquieren, con la consecuente fricción del principio de capacidad económica. De ahí que se propusiera sujetar únicamente el porcentaje del valor de los inmuebles que representaran los títulos adquiridos hasta la fecha en que se produjese la adquisición de control¹³², o incluso el porcentaje del valor de los inmuebles que representaran los títulos adquiridos en el momento de adquirir la posición de control¹³³.

¹³⁰ Defensor de la misma fue PARRONDO AYMERICH, J., «Imposición indirecta sobre la Transmisión de Valores», *Papeles de Economía Española*, n.º 32/1990, pág. 38.

¹³¹ Véanse las Resoluciones del TEAC de 23 de noviembre de 1995 (NFJ004143), 17 de diciembre de 1992 (NFJ002274), 23 de julio de 1998 (JT 1998, 1681), 25 de junio de 1999 (NFJ007891), 9 de mayo de 2001 (NFJ011065), 28 de julio de 2004 (NFJ019016) o 1 de marzo de 2006 (NFJ023508). En esta línea véase la STSJ de Cataluña de 24 de febrero de 2000 (NFJ024257) y la STSJ de Navarra de 18 de diciembre de 2002 (JT 2003, 173).

¹³² MARTÍN MORENO, J.L., *Transmisiones inmobiliarias...*, ob. cit., pág. 339. PLAZA VÁZQUEZ, «Tráfico inmobiliario...», ob. cit., pág. 15.

¹³³ Esta última postura recibió respaldo de la Audiencia Nacional en Sentencia de 5 de noviembre de 1998. También el TSJ de Baleares en Sentencia de 9 de noviembre de 2001 (JT 2001, 1963; comentada por GARCÍA CALVENTE, Y., «Determina-

El Tribunal Supremo, en Sentencias de 30 de abril de 2004 (NFJ017026) y de 17 de mayo de 2006 (RJ 2006, 6387), se decantó por esta última opción, entendiendo que únicamente se debía liquidar la parte proporcional del valor de los inmuebles correspondiente al capital adquirido (y no el correspondiente al ya poseído más las acciones adquiridas) ¹³⁴.

La solución jurisprudencial, por lógica que fuera, abría una puerta al fraude, permitiendo, a la hora de adquirir una sociedad inmobiliaria, planificar la operación de manera que se minorase al máximo el coste fiscal: bastaba con adquirir en primer término el 50% del capital y adquirir a continuación un 0,5 adicional. De acuerdo con la conclusión del Tribunal Supremo únicamente tributaría la segunda adquisición, y tomando como base imponible el 0,5 del valor de los inmuebles pertenecientes al activo social.

La Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal ha terciado en esta polémica estableciendo expresamente que se tomará como base imponible la parte proporcional sobre el valor real de la totalidad de las partidas del activo que deban computarse como inmuebles que corresponda al porcentaje total de participación que se tenga en el momento de obtención del control o, una vez obtenido dicho control, al porcentaje en el que se aumente la cuota de participación, hasta la obtención de su totalidad. A diferencia de lo señalado por el Tribunal Supremo, que estimó procedente liquidar únicamente por la parte proporcional de los inmuebles correspondiente al capital adquirido, la nueva redacción del artículo 108.3 sujeta a gravamen la parte proporcional del valor de los inmuebles correspondientes no al capital adquirido sino al capital que se posea en el momento de adquirir el control.

Se acoge de esa forma una solución intermedia entre las posiciones de la Administración tributaria y del Tribunal Supremo, que tiene la virtud de atender a las exigencias de proporcionalidad que con buen criterio había acogido el alto tribunal, únicas respetuosas del principio de capacidad económica, y de lucha eficaz contra el fraude, que jalonaban la postura administrativa.

2.2. La adquisición de valores que otorgan el control de una sociedad.

2.2.1. Consideraciones generales.

El apartado tercero del artículo 108 de la LMV establece reglas diferentes de determinación de la base imponible para cada supuesto de hecho sustitutivo. Cuando se transmitan o adquieran valores o participaciones que representen partes alícuotas del capital social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones y otras entidades cuyo activo esté constituido al menos en un 50% por inmuebles

ción de la base imponible del ITP y AJD en los supuestos a los que no resulta aplicable la exención del artículo 108.1 LMV», *JT*, n.º 22/2002), el TSJ de Cataluña en Sentencia de 28 de mayo de 2004 (NFJ017338), y el TSJ de Madrid en Sentencia de 15 de octubre de 2004 (NFJ019628) acogieron esta interpretación.

El mismo TEAC, en Resolución de 16 de diciembre de 1999 (NFJ008500 y JT 2000, 76, comentada en *JT*, tomo I/2000, págs. 1.592-1.595), respalda la actuación de la oficina gestora que había practicado liquidación tomando como base imponible no el valor total de los inmuebles que integraban el activo de la sociedad, sino la parte proporcional de su valor que representaban las acciones transmitidas.

¹³⁴ Esta orientación no ha sido seguida por la STSJ del País Vasco de 6 de marzo de 2006 (NFJ025785).

situados en territorio nacional, o en cuyo activo se incluyan valores que le permitan ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50% por inmuebles radicados en España, se tomará como base imponible «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».

De acuerdo con la norma, habrá que calcular en primer término el valor de las partidas del activo que se computen como inmuebles. Hay que tener presente que además de los inmuebles habrá que cuantificar los valores que permitan ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50% por inmuebles radicados en España.

A tal valor se le aplicará el porcentaje de participación que tenga el socio cuando pase a obtener el control de la entidad o, una vez obtenido «onerosa o lucrativamente, dicho control, al porcentaje en el que aumente la cuota de participación». Es por ello indiferente que el control se adquiera a través una o varias adquisiciones, de manera que el fraccionamiento de la adquisición no permite reducir la tributación. La adquisición de un pequeño porcentaje que permita adquirir el control de la entidad determinará el gravamen correspondiente no al porcentaje adquirido, sino al porcentaje total de participación que tenga el socio. Una vez obtenido el control, los posteriores aumentos en la participación del socio de control únicamente determinarán el gravamen correspondiente al aumento ¹³⁵.

La regulación es ciertamente más precisa y justa que la precedente, aunque incompleta, porque solo se ocupa de regular el régimen de aquellas situaciones en que se adquiere el control o aumenta la participación en una sociedad cuyo activo está integrado fundamentalmente por inmuebles, olvidando que el control de tales sociedades puede perderse y readquirirse sucesivamente, sin que sea justo que en todos aquellos casos en que se adquiera el control el socio correspondiente tenga que tributar por la totalidad del porcentaje que posee tras adquirir el control, como se deduce de la regulación legal. ¿Tiene sentido que un socio que adquiera el 60% del capital y tribute por el 60% del valor de los inmuebles que formen parte del activo de la sociedad, posteriormente ceda un 15%, y cuando readquiera un 20%, teniendo de nuevo una posición de control (65%), vuelva a tener que tributar por el 65% del valor de los inmuebles que formen parte del activo social? Piénsese en el régimen que se hubiera aplicado a tal sujeto de haber adquirido directamente los inmuebles integrantes del activo social: la adquisición originaria en condominio de parte del inmueble (el 60%) hubiera determinado la tributación correspondiente por el ITPO; y la posterior adquisición de un nuevo porcentaje (del 20%) hubiera determinado la tributación por el nuevo porcentaje adquirido, y no por

¹³⁵ Un ejemplo ayudará a entender la regulación establecida. Supóngase una sociedad cuyo único activo es un solar valorado en 10 millones de euros, propiedad de Javier. Este vende a Lucía el 40% del capital en 2007. En 2008 le vende un 15% adicional. Y en 2009 le vende otro 20%, resultando que en el momento de la venta el activo de la sociedad esta formado por el antiguo solar y otro valorado en otro millón de euros. De conformidad con la regulación vigente, la adquisición del 40% inicial no determinará el gravamen por el ITPO, porque no se adquiere el control de la entidad. La adquisición del 15% permite a Lucía obtener el control, tributando con arreglo a una base imponible de 5.500.000 euros (el 55% del valor del inmueble). Finalmente, la adquisición del 20% determinará que tribute por el valor proporcional de los inmuebles correspondiente al capital adquirido, esto es, por 400.000 euros ($2.000.000 \times 20\%$).

la totalidad de la cuota del comunero. Tal debería ser el régimen aplicable cuando habiendo disfrutado del control de una entidad se pierda y readquiera posteriormente.

El apartado tercero del artículo 108 precisa también que «cuando los valores transmitidos representen partes alicuotas del capital social o patrimonio de entidades en cuyo activo se incluya una participación tal que permita ejercer el control en otras entidades, para determinar la base imponible solo se tendrán en cuenta los inmuebles de aquellas cuyo activo esté integrado al menos en un 50% por inmuebles». Esta norma es coherente con la recogida en el apartado segundo del artículo 108, que sujeta la adquisición de valores que permitan ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50% por inmuebles radicados en España ¹³⁶.

2.2.2. ¿Hay que tener en cuenta las participaciones indirectas y las poseídas por las demás entidades pertenecientes al grupo de sociedades?

No precisa la norma si el porcentaje de participación incluye solo las participaciones directas o también las indirectas, cuestión en modo alguno obvia, pues el artículo 108.2 exige que las participaciones indirectas se tengan en cuenta a efectos de obtención del control de la sociedad inmobiliaria, sin que, al menos explícitamente, se diga lo mismo a la hora de cuantificar la base imponible. En realidad el mismo problema se plantea cuando otras sociedades del grupo poseen participaciones en la sociedad inmobiliaria: a efectos de entender obtenido el control se tienen en cuenta como participación del adquirente los valores de las demás entidades pertenecientes al grupo, pero, ¿también a efectos de calcular la base imponible?

Una interpretación sistemática parece que lleva a entender que también las participaciones indirectas o las del resto de entidades del grupo han de tenerse presentes. De no ser así se lograría burlar el precepto y eludir, al menos parcialmente, la tributación correspondiente ¹³⁷. Ello dará lugar a que la adquisición por una filial del grupo de un pequeño paquete que permita el control por el grupo de una sociedad cuyo activo sea eminentemente inmobiliario se someta a gravamen calculando la base imponible tomando en cuenta todas las participaciones del grupo, independientemente de que la filial controle a las sociedades que las posean.

2.2.3. Las adquisiciones de valores gratuitas previas a la adquisición del control.

Es cierto que la reforma del artículo 108 de la LMV realizada por la Ley 36/2006, de medidas para la prevención del fraude fiscal, ha mejorado notablemente la regulación de la base imponible, pero se mantienen zonas grises que reclaman una mayor precisión legislativa.

¹³⁶ Supóngase una entidad en cuyo activo pueden encontrarse un solar valorado en 2.000.000, acciones que representan el 40% del capital de una sociedad con patrimonio íntegramente inmobiliario, valoradas en 100 millones, y acciones que representan el 80% del capital de una sociedad en cuyo activo hay un inmueble valorado en 5.000.000 y otros bienes por valor de 3. Uno de los socios transmite a Elisa el 60% del capital por 108 millones. La base imponible será de $[2 + (80\% \text{ de } 5)] \times 60\% = 3,6$ millones.

¹³⁷ Lo congruente sería, señala POZUELO ANTONI, que su base imponible fuera la correspondiente al porcentaje de participación que suma el grupo con su compra (caso de toma de control) o exclusivamente el porcentaje que adquiere cuando ya el grupo tuviera el control, «Modificación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores...», ob. cit., pág. 66.

Una de ellas es la relativa a la incidencia de las adquisiciones gratuitas de valores en el complejo sistema del artículo 108 de la LMV. Ya hemos señalado previamente que, aunque la ley no lo diga, únicamente deben quedar sujetas al ITPO las adquisiciones onerosas –en nuestro caso de valores–, pues son las únicas que grava dicho tributo. Otra solución supondría admitir una doble imposición (por el ISD y el ITPO) que ninguna justificación tiene.

El tránsito del hecho imponible al de la determinación de la base imponible presenta mayores problemas, pues el apartado tercero del artículo 108 determina que se tomará como base imponible, como ya hemos visto, «la parte proporcional sobre el valor real de la totalidad de las partidas del activo que [...] deban computarse como inmuebles, *que corresponda al porcentaje total de participación que se pase a tener en el momento de la obtención del control*». ¿Significa ello que si previamente a la adquisición de la participación de control parte de los valores poseídos por el contribuyente habían sido adquiridos de forma gratuita, también formarán parte de la base imponible los inmuebles que correspondan a dicha porción del capital?¹³⁸ De ser la respuesta afirmativa se producirá una doble imposición: el adquirente habrá tributado por la adquisición gratuita de los valores en el ISD (o, de ser persona jurídica, en el IS), y volverá a tributar por la parte proporcional de los inmuebles que corresponda a dichos valores adquiridos gratuitamente en el momento de adquirir el control de la entidad.

Aunque esta es la solución a la que se llega de acuerdo con la redacción del precepto, una interpretación teleológica y sistemática del mismo debe llevar a excluir de la base imponible la parte proporcional del valor de los inmuebles que corresponda a los valores adquiridos gratuitamente por el contribuyente¹³⁹.

A ello aboca, en primer lugar, la justificación de la propia existencia del apartado segundo del artículo 108 de la LMV, norma concebida «para tratar de salir al paso de la elusión del ITP y AJD en la transmisión de bienes inmuebles, mediante la interposición de figuras societarias» (Exposición de motivos de la Ley 24/1988). Obviamente la adquisición gratuita de valores de sociedades predominantemente inmobiliarias no elude el ITPO, no teniendo sentido que se haga tributar de nuevo como adquisición onerosa de bienes inmuebles una adquisición que ya tributó en su día como adquisición gratuita.

A esa solución se ha de llegar también si se relacionan las normas que regulan la base imponible con las que delimitan el hecho imponible. Si las adquisiciones gratuitas de valores de sociedades con un activo predominantemente inmobiliario no tributan por el ITPO, incluso cuando permitan al receptor obtener el control de la entidad o cuando, obtenido dicho control, aumenten su porcentaje de participación, no tiene sentido que se las haga tributar –o, siendo más preciso, que se grave la parte proporcional del valor de los inmuebles que corresponda a las mismas– cuando se adquiera onerosamente el control de una entidad con patrimonio predominantemente inmobiliario¹⁴⁰.

¹³⁸ Piénsese en una sociedad cuyo activo está íntegramente constituido por un inmueble, valorado en 1.000.000 de euros, habiendo sido adquirido el capital por herencia por dos hermanos, que han tributado oportunamente en el ISD. ¿Tiene sentido que si a continuación uno de ellos le adquiere al otro su 50% del capital por 500.000 euros tenga que tributar, al adquirir el control de la entidad, en el ITPO por la totalidad del valor del inmueble, esto es por 1.000.000 de euros?

¹³⁹ De la misma opinión es POZUELO ANTONI, F., «Modificación del artículo 108...», ob. cit., pág. 64.

¹⁴⁰ Esto es, si un socio tiene el 60% del capital de una sociedad con patrimonio predominantemente inmobiliario, y la adquisición gratuita, por donación o herencia, de un 10% adicional no tributa en el ITPO (ya lo hace en el ISD), y si la adquisición

Por todo ello, entendemos que la coherencia del precepto exige que, al calcular la base imponible correspondiente a las adquisiciones onerosas de sociedades con un activo predominantemente inmobiliario, únicamente se compute la parte proporcional del valor de los bienes inmuebles que corresponda al porcentaje de participación onerosamente adquirido por el contribuyente, con exclusión de aquella porción gratuitamente obtenida. El apartado tercero del artículo 108, al ordenar liquidar por la parte proporcional correspondiente «al porcentaje total de participación que se pase a tener en el momento de la obtención de control», se estaría refiriendo a aquellos casos en que todo el capital hubiera sido onerosamente adquirido. Otra interpretación lleva al absurdo y desde luego se aleja de la intención que se infiere de la norma de someter las referidas adquisiciones al mismo régimen que se les hubiera aplicado de no interponerse una sociedad en la adquisición de los inmuebles.

2.2.4. Problemas transitorios de aplicación de la nueva regulación incorporada por la Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal.

El artículo 108 de la LMV grava, tras las modificaciones incorporadas por la Ley 36/2006, no solo la adquisición de valores que permitan obtener el control de una sociedad cuyo activo sea predominantemente inmobiliario, sino también el aumento de la cuota de participación una vez obtenido dicho control. En coherencia con ello, se determina la base imponible por referencia a la parte proporcional sobre el valor de los inmuebles que corresponda al porcentaje que se pase a tener en el momento de la obtención del control o en el que aumente la cuota de participación.

Esta norma aclara, como ya hemos visto, una de las cuestiones más discutidas bajo la vigencia de la normativa precedente, al amparo de la cual la Administración tributaria, el TEAC y un importante sector jurisprudencial estimaron que en el momento de adquirir el control debía tributarse por el valor total de los inmuebles que integraran el patrimonio social, postura que finalmente fue rechazada por el Tribunal Supremo que consideró que únicamente se debía liquidar la parte proporcional del valor de los inmuebles correspondiente al capital adquirido. La nueva regulación genera sin embargo otros problemas que debía haber afrontado el legislador. ¿Qué ocurre si bajo la vigencia de la normativa derogada un sujeto adquirió valores por los que tributó, de acuerdo con la doctrina administrativa o incluso discrepando de ella pero en ejecución de una sentencia judicial que desestimó su pretensión¹⁴¹, por el valor total de los inmuebles que integraran el patrimonio social, y al

sición gratuita de un 60% del capital de una entidad tampoco tributa, y las posteriores adquisiciones onerosas únicamente lo hacen por el porcentaje en que aumente la cuota de participación, no tiene sentido que la adquisición onerosa de un paquete que permita adquirir el control obligue a tributar por la parte proporcional del valor de los inmuebles correspondiente a previas adquisiciones gratuitas de valores.

¹⁴¹ Véase, por ejemplo, la STSJ del País Vasco de 6 de marzo de 2006 (NFJ025785), que afirmaba que «ha de tenerse en cuenta para aplicar el tipo impositivo no un porcentaje determinado del valor del inmueble sino su integridad y ello porque con independencia de que solo se transmita parte, esta, unida a la que se ostentaba (y por cuya adquisición, a salvo los supuestos de excepción, nada se tributaría) suponen adquirir una posición de control sobre la compañía e, indirectamente, el inmueble, en suma, la adquisición convierte al adquirente en sujeto decisorio de la suerte del inmueble. Es la propia norma la que, en su último párrafo, establece qué valor ha de tenerse en cuenta y lo hace indicando que es el del inmueble, es decir, *se refiere al inmueble en su integridad y no a un determinado porcentaje coincidente con el que sobre el capital social se adquiere*».

amparo de la regulación actual aumenta su porcentaje de participación en la entidad? ¿Deberá tributar por la parte proporcional del valor de los inmuebles que corresponda al porcentaje en el que aumente su cuota de participación, resultando que ya tributó por el valor total de los mismos, y por tanto doblemente?

La forma cómoda de resolver el problema seguramente consiste en responder que si tributó por el valor total de los inmuebles sin adquirir la totalidad del capital tributó de forma incorrecta de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por lo que podría solicitar la devolución de los ingresos indebidos realizados. Esta respuesta sería satisfactoria si todavía estuviera abierto el plazo de prescripción para solicitar la devolución, pero no para aquellos casos en que el derecho del contribuyente ya ha prescrito ni para aquellos otros en que la devolución no es posible porque el ingreso fue realizado por mandato de una sentencia judicial.

La doctrina ha sido sensible a este problema, rechazando un doble gravamen en caso de que se hubiera tributado previamente. PÉREZ-FADÓN ha considerado en este sentido que en tales supuestos no cabría liquidar el aumento de la participación dado ya ha sido gravada en su totalidad la transmisión de los inmuebles y que incluso la propia normativa del ITP y AJD establece que solamente se puede gravar una vez cada acto, contrato o negocio sujetos al tributo¹⁴². En la misma línea, POZUELO ANTONI estima que aunque la nueva adquisición cumple todos los requisitos para considerar que se realiza el hecho imponible, «si por la adquisición del control de la entidad (realizada bajo el imperio de la redacción anterior del art. 108) se satisfizo TPO, y la base imponible fue el 100% del valor de los inmuebles de la entidad, no procedería, so pena de doble gravamen, considerar ahora que hay un nuevo hecho imponible», aunque advierte que es posible que la adquisición de control previa a la reforma del precepto se hiciera libre de gravamen, por ejemplo por tratarse de un socio fundador de la entidad, o con un gravamen reducido, por haberse aplicado el criterio finalmente adoptado por el Tribunal Supremo de acuerdo con el cual únicamente debía tributarse por las acciones adquiridas que permitieran el control de la entidad¹⁴³.

La propia Administración tributaria, en contestación de 28 de enero de 2008 (V0147-08), con la intención sin duda de solventar los problemas de la regulación vigente, ha estimado que «si cuando adquirió tal control, por aplicación de la normativa vigente en ese momento, ya tributó por dicha adquisición por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITP y AJD como transmisión patrimonial onerosa de bienes inmuebles por el valor total de estos, ya no deberá tributar ahora por el aumento de la participación porque en aquel momento ya tributó por la adquisición de la totalidad de los inmuebles».

Las situaciones de tributación previa en que pueden encontrarse quienes a la entrada en vigor de la reforma operada en el artículo 108 de la LMV por la Ley de prevención del fraude fiscal son muy diferentes, lo que hubiera exigido una norma transitoria que discriminara las mismas y eximiera del ITPO el aumento en el porcentaje de participación en la entidad en cuestión cuando ya se hubiera tributado por la totalidad del capital o al menos descontara el importe en su día pagado. En su defecto,

¹⁴² PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J., «Análisis de la nueva regulación...», ob. cit., pág. 9.

¹⁴³ POZUELO ANTONI, F., «Modificación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores...», ob. cit., pág. 55.

entendemos que la labor del intérprete tiene sus límites, no pudiendo erigirse en legislador, que es, creemos, lo que en este caso hace la DGT. El aumento del porcentaje de participación integra el hecho imponible del ITPO, no encontrándose en la normativa asidero alguno que permita tener en cuenta la tributación previa de la misma riqueza ahora gravada, salvo –evidentemente– los que puedan encontrarse en sede constitucional, pero esos tiene que declararlos el Tribunal Constitucional.

2.3. *La transmisión de valores recibidos por aportaciones de inmuebles.*

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, se tomará como base imponible, afirma la letra b) del apartado 3.º del artículo 108 de la LMV, «la parte proporcional del valor real de los inmuebles que fueron aportados en su día correspondiente a las acciones o participaciones transmitidas».

La base del adquirente no se fija por referencia al valor real de los inmuebles de la sociedad que corresponda al porcentaje de participación adquirido, sino a la parte proporcional del valor de los inmuebles que fueron aportados en su día correspondiente a los valores adquiridos, esto es, a la relación entre el valor de los inmuebles aportados en su día y al porcentaje de los valores entonces recibidos que ahora se transmiten.

Se trata de una previsión lógica a la vista de la elusión que se trata de combatir: si en lugar de venderse un inmueble se aporta a una sociedad controlada por el sujeto interesado en adquirirlo, al que se venden acto seguido las acciones, lo razonable no es que la base imponible se fije por referencia a la parte proporcional del valor de los inmuebles del activo social que corresponda al porcentaje de participación adquirido, pues el inmueble aportado podría ser el único inmueble del activo y representar un pequeño porcentaje del mismo, sino a los inmuebles aportados en su día cuya tributación se busca eludir.

La proporcionalidad, por tanto, no alude a la relación que respecto del valor de los inmuebles aportados en su día representan en el capital social las acciones o participaciones transmitidas (porcentaje que podría ser reducido), sino a la proporción que frente a tales activos representen los títulos transmitidos respecto de los recibidos en su día por la aportación de los inmuebles. De acuerdo con ello, si se transmiten todos los valores recibidos por la aportación la base imponible será el valor real del inmueble en el momento de transmitirse los valores. Si en cambio únicamente se enajena la mitad de los valores en su día recibidos la base imponible será la mitad del valor del inmueble ¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Un ejemplo sin duda ayudará a aclarar tales afirmaciones. Supóngase que Javier aporta un inmueble, que se valora en 1.000.000, a una sociedad cuyo capital, dividido en 1.000 acciones de 1.000 de valor nominal, pertenecía hasta entonces íntegramente a Elisa, recibiendo como contrapartida 1.000 acciones. En el activo de la entidad no había ningún inmueble en el momento de la aportación. Si Javier vende las 1.000 acciones al cabo de un año de la aportación, fecha en la que el valor del inmueble es de 1.100.000, Elisa tributará como adquisición de bienes inmuebles, siendo la base imponible de 1.100.000 (valor del inmueble en el momento de la transmisión de los títulos). Si Javier vende 500 acciones en la fecha referida, la base imponible será de 550.000.

VII. EPÍLOGO

Resulta llamativo que una norma de tanto alcance e importancia como el artículo 108 de la LMV presente tantas deficiencias, hasta el punto de que el propio Tribunal Supremo se haya visto obligado a resaltar su «muy baja calidad técnica» (STS de 30 de abril de 2004, NFJ017026). Aunque la Ley 36/2006, de medidas para la prevención del fraude fiscal, ha solventado algunos de los problemas que su aplicación práctica había puesto de relieve, muchos otros han quedado en el tintero. Es más, la propia reforma ha originado nuevos problemas que sustituyen a los que resuelve la norma. Flaco favor al principio de seguridad jurídica, uno de los pilares del ordenamiento.

Aunque no cabe obviar la compleja realidad sobre la que se proyecta, la razón de su abandono parece que hay que buscarla en un cierto desdén del titular del poder tributario, que ni aplica el precepto ni es beneficiario de su recaudación. Si la Agencia Estatal de la Administración Tributaria tuviera que afrontar los problemas que la gestión del precepto genera no hubiera pervivido un quindenio inalterado. Antes bien, hubiera sufrido tantas modificaciones como el resto de normas reguladoras de los tributos cuya gestión tiene encomendada.

Pero más allá de las deficiencias y problemas de aplicación práctica que origina el artículo 108, es necesario que el legislador reflexione sobre su fundamento. Ciertamente no parece que la exención recogida en la LMV sirva adecuadamente a la finalidad que la inspiró —favorecer la libre circulación de capitales— pues su ámbito de aplicación se ve tan cercenado por los presupuestos de hecho sustitutivos que recoge el legislador para evitar la elusión fiscal a través de la interposición de sociedades que no puede decirse en realidad que la transmisión de paquetes de control de empresas no encuentre obstáculos fiscales: la transmisión de valores de empresas con una contrastada actividad económica también queda gravada cuando el valor de sus inmuebles supere al del resto de activos, incluso cuando tal operación no encubra transmisión de inmuebles alguna. Realidad que se vuelve más cruda cuando se advierte que la propia norma exime de tributación la transmisión de valores que cotizan en bolsas, presumiendo que en tales casos la elusión que se pretende combatir no se producirá, porque lo que pone de relieve es, por un lado, la propia deficiencia de la norma, incapaz de diseñar adecuadamente su marco de aplicación para que solo queden gravadas las transmisiones de sociedades de mera tenencia, y por otro, una lesión del principio de igualdad en la contribución al sostenimiento de los gastos públicos a la que difícilmente puede encontrarse justificación. Es en efecto posible perfilar la norma de manera que la transmisión de valores únicamente quede gravada cuando no se transmitan empresas en funcionamiento o no quepan dudas razonables de que no se ha empleado el referido vehículo para eludir la imposición sobre el tráfico patrimonial.

A estas y otras tareas, como evitar los problemas de constitucionalidad que la transmisión de acciones recibidas por la aportación de inmuebles a sociedades plantea, ha de dedicar el legislador sus esfuerzos en el futuro.