

MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 108 DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES POR LA LEY DE MEDIDAS PARA LA PREVENCIÓN DEL FRAUDE FISCAL

FRANCISCO DE ASÍS POZUELO ANTONI

Inspector de Hacienda del Estado

Dirección General de Tributos.

Comunidad Autónoma de Aragón

Extracto:

LA Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal modifica el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, siendo esta una de las modificaciones centrales de la citada Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal.

Este artículo tiene por objeto analizar la mencionada modificación si bien es una primera aproximación a su estudio porque, sin duda, por la importancia de la modificación, la interpretación del precepto supondrá un importante protagonismo de la Dirección General de Tributos, del Ministerio de Economía y Hacienda, evacuando contestaciones a consultas vinculantes.

Palabras clave: transmisión de valores, exención, inmuebles, IVA, ITP y AJD.

Sumario

1. Introducción.
2. La exención del apartado 1.
3. Transmisión de valores adquiridos como contraprestación por la aportación de un inmueble a una sociedad [supuesto del art. 108.2 b)].
4. Adquisiciones en mercados primarios de valores de entidades cuyo principal activo son, directa o indirectamente, inmuebles [primer caso del art. 108.2 a)].
5. Transmisiones realizadas en el mercado secundario de valores de determinadas sociedades [segundo caso del art. 108.2 a)].
 - 5.1. Supuesto de hecho.
 - 5.2. Excepción.
 - 5.3. Tributación (base imponible en el apartado 3).
6. El caso concreto de transmisión de valores a la propia sociedad tenedora de inmuebles.

1. INTRODUCCIÓN

Ha sido tradicional en el estudio tributario, al menos en las dos últimas décadas ¹, el poner de ejemplo de norma anti-fraude al artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de valores (LMV en adelante). El fraude de ley que ha pretendido evitar es el de instrumentar jurídicamente como transmisión de acciones (hecho imponible exento tanto en el IVA como en el ITP y AJD) lo que patrimonialmente es una transmisión de inmuebles (hecho imponible en el IVA y en el ITP y AJD). Para ello, el artículo 108 de la LMV ha gravado la transmisión de valores de entidades con un activo compuesto principalmente por inmuebles como si fuera una auténtica transmisión inmobiliaria. En palabras de la exposición de motivos de la LMV, se pretendió *«establecer medidas para tratar de salir al paso de la elusión del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en la transmisión de bienes inmuebles, mediante la interposición de figuras societarias»*.

Después de casi veinte años en vigor, y en la tesitura de plantearse su eventual revisión, las notas más relevantes sobre el estado y sentido del precepto no podían, por parecer el sino de las normas tributarias españolas, sorprender: el marco de la imposición sobre el que se montaba el fraude de ley había cambiado sustancialmente (especialmente en lo que atañe a la tributación de la transmisión de inmuebles en el IVA y en el ITP y AJD) y la propia norma evidenciaba, a su vez, notables y notorias vías de escape.

Sobre estas dos circunstancias se asienta la modificación recogida en la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal (LMPFF en adelante), que opera exclusivamente sobre el propio artículo 108 de la LMV sin reformar expresamente otros preceptos directamente relacionados con el mismo pero ubicados en otras leyes ².

Durante el tiempo que ha durado la tramitación del proyecto de ley, y como era previsible dado el carácter del precepto y el tipo de contribuyente normalmente afectado, no han sido pocos los pro-

¹ La preocupación por evitar la elusión fiscal en las operaciones inmobiliarias a través de sociedades interpuestas es anterior porque tanto el Reglamento del Impuesto de 1959 como el Texto Refundido de 1967 recogían medidas frente a este tipo de conductas.

² Así, en el apartado Cuatro del artículo 4 de la Ley del IVA, regulador de las relaciones entre este impuesto y el ITP y AJD, existe una mera cita del artículo 108 sin reproducir su contenido. Por tanto, la modificación de tal precepto en nada afecta a lo dispuesto en la Ley del IVA. Sin embargo, en el artículo 17.2 del Texto Refundido del ITP y AJD, y en el también artículo 17 del reglamento del impuesto, se ha venido regulando, en términos no idénticos pero sí perfectamente compatibles, lo que ya establecía el artículo 108. Naturalmente, esta técnica legislativa supone que la nueva redacción de este último precepto deroga, en lo que tenga de incompatible, lo dispuesto en la ley y reglamento del ITP y AJD.

nunciamentos que se han manifestado por su supresión. Entre los argumentos manejados podemos aludir a la incompatibilidad del artículo 108 con la Sexta Directiva del IVA, el excesivo automatismo del precepto (en el sentido de que, a veces, se puede gravar una compra de acciones cuando si se hubiera adquirido solamente el inmueble la operación hubiera estado sujeta al IVA y no al concepto Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITP y AJD, en adelante TPO), o la inconveniencia de gravar la transmisión de negocios en funcionamiento. Estos y otros argumentos no son nuevos. De hecho, el TEAC ha tenido ocasión de pronunciarse sobre ellos al ser alegados en reclamaciones interpuestas ante él. Es especialmente significativa la Resolución de 16 de febrero de 2005 (NFJ019577), que rechaza los argumentos antes apuntados para concluir en la plena legalidad del artículo 108, su compatibilidad con la normativa comunitaria, y en la posibilidad de gravar la transmisión de un negocio en funcionamiento. Sobre el «automatismo» de la norma, que hace innecesaria la prueba del ánimo defraudatorio, entiende el TEAC que no provoca vulneración de la presunción de inocencia ni del derecho a la defensa al no tratarse de una norma sancionadora.

En congruencia con esta visión, el texto finalmente aprobado por las Cortes Generales mantiene el precepto y lo sigue fundamentando en evitar la elusión del pago de TPO. No obstante, y en atención a las contradicciones que podía provocar el precepto, se han incorporado medidas que dan mayor racionalidad a su aplicación. Especialmente celebradas en los círculos oportunos han sido la de excluir de su ámbito a las operaciones bursátiles y la especial flexibilidad para el caso de las OPAS.

El artículo 108 abarca dos operaciones claramente diferenciables. Por un lado, la adquisición³ originaria o derivativa de valores⁴ que posibilita una posición de control en una entidad cuyo principal activo son, directa o indirectamente, inmuebles. Por otro, la transmisión de valores cuando se han adquirido en el plazo de los tres años anteriores a su venta como contraprestación por una aportación de inmueble a una sociedad.

La consecuencia jurídica que liga este artículo a los dos supuestos es la misma: la operación de transmisiones de valores (en principio exenta en IVA y exenta en ITP) va a quedar sujeta al gravamen de TPO.

Sin embargo, por las diferencias tanto en el supuesto de hecho como en la cuantificación de la base imponible, conviene diferenciar, y así se hará, ambas medidas.

Por último, hay que señalar que el esquema formal del artículo 108 también ha variado. De estructurarse en dos apartados ha pasado a cuatro, por la relevancia que se le ha querido dar tanto a la cuantificación de la base imponible como a los supuestos excluidos de su ámbito. Pero los cambios también han sido cualitativos, pues si bien el apartado 1 declara, como el anterior y como hacían y

³ Como regla general nos referiremos indistintamente a transmisión o adquisición de acciones sin darle a la elección del término especial relevancia. No obstante, hay que advertir que es propia del impuesto esta «mezcla» desde el momento en que, construyendo el hecho imponible sobre el concepto de transmisión, el sujeto pasivo (en coherencia con la materia imponible que se pretende gravar) es el adquirente. Por lo demás, no hay duda de que en una ampliación de capital (uno de los supuestos del art. 17) sólo es posible hablar, con cierta propiedad, de adquisición (originaria en este caso) y no de transmisión.

⁴ También nos referiremos indistintamente a «valores» o acciones o participaciones como términos equivalentes sin perjuicio de explicaciones o comentarios específicos sobre esta cuestión.

hacen las respectivas leyes de cada impuesto, la exención en el IVA y en el ITP y AJD de la transmisión de valores (alterando, eso sí, la nueva redacción el orden anterior de cita de estos impuestos), el apartado 2 excepciona la exención de una forma distinta. En efecto, al haber incluido la mención a las adquisiciones originarias de valores en el primer párrafo de este apartado 2 [y no dentro de su letra a)], se proyecta sobre esta forma de adquisición la excepción a la exención [contenida en la letra b)] derivada de una aportación no dineraria, lo que no parece del todo congruente.

En los epígrafes siguientes, y tras una breve referencia a la formulación de la exención de la transmisión de valores, analizamos por separado los distintos supuestos incluidos en el artículo 108.2.

2. LA EXENCIÓN DEL APARTADO 1

Desde su primera redacción, el precepto, con objeto de atender la propuesta de Directiva de la Comunidad Económica Europea relativa a los impuestos indirectos sobre las transacciones de valores, extendió la exención prevista en el IVA al ITP y AJD. Ahora, salvo citar primero al IVA y luego al ITP y AJD, la nueva redacción del apartado 1 es idéntica a la anterior: *«La transmisión de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, estará exenta del Impuesto sobre el Valor Añadido y del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados».*

Por su parte, la Ley del IVA, en la letra l del número 18 del artículo 20.Uno, declara la exención en la transmisión de valores aludiendo al artículo 108, no tanto como excepción al beneficio, sino como supuesto especial en el juego de relaciones IVA-ITP [art. 4.Cuatro b) LIVA]. Sin embargo, en el Texto Refundido del ITP y AJD no hay una declaración «autónoma» de exención, sino que se recoge en el número 9 de la letra B) de su artículo 45.I por remisión expresa al artículo 108 de la Ley 24/1988.

Dado que el juego de la exención y del propio artículo 108 se entremezclan inevitablemente con el criterio de delimitación del IVA y el ITP (modalidad TPO), conviene hacer, del modo más resumido posible, una mención a esta cuestión. Así, sobre la idea de que, en las adquisiciones derivativas, el artículo 108.2 juega como una excepción a la regla general de exención en TPO de la transmisión de valores, el esquema de tributación sería el siguiente:

- Una venta de acciones sujeta y exenta de IVA puede estar, como excepción a la regla general, gravada (sujeta y no exenta) en TPO.
- Una venta de acciones no sujeta al IVA normalmente estará sujeta y exenta de TPO. La salvedad se dará cuando concurren los supuestos del artículo 108.

El que el gravamen que resulte de este precepto no se configure como un hecho imponible autónomo (por ejemplo, gravando cualquier adquisición de acciones que otorgue el control de una sociedad), y sí como excepción a la exención en IVA o ITP, tiene una trascendencia mayor que la del mero análisis formal. En concreto, supone que, por ejemplo, la operación de aportación no dine-

raria de acciones a una entidad (se califique fiscalmente como tal o como canje de valores, y tenga o no cabida en el régimen especial pertinente) estará sujeta al concepto de operaciones societarias, tributando al 1% o quedando exenta según se den o no los requisitos de la ley del Impuesto sobre Sociedades. Pero en ningún caso tributará por TPO.

Las excepciones del apartado 2 a la exención recogida en el apartado 1 las analizamos en los siguientes epígrafes alterando el orden y agrupación que hace la ley. Comenzaremos, por ser el caso que menos variaciones ha experimentado, con el supuesto de la transmisión de valores adquiridos como contraprestación por la aportación de un inmueble a una sociedad [supuesto de la letra b) del art. 108.2]. A continuación se abordarán los supuestos de la letra a) distinguiendo entre adquisiciones originarias y derivativas de acciones.

3. TRANSMISIÓN DE VALORES ADQUIRIDOS COMO CONTRAPRESTACIÓN POR LA APORTACIÓN DE UN INMUEBLE A UNA SOCIEDAD [SUPUESTO DEL ART. 108.2 B)].

Como ya se ha dicho, la regla general es que la transmisión de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, está exenta del IVA y del ITP y AJD según proceda. Sin embargo, y por lo que atañe al supuesto del artículo 108.2 b), tributarán por la modalidad de TPO del ITP y AJD, como transmisiones onerosas de bienes inmuebles, la transmisión de valores que fueron adquiridos como contraprestación por las aportaciones de bienes inmuebles realizadas con ocasión de la constitución o ampliación de sociedades, o la ampliación de su capital social, siempre que entre la fecha de aportación y la de transmisión no hubiera transcurrido un plazo de tres años.

Parece claro que lo que se quiere gravar, y ya era así en la versión anterior, es el hecho de que, al enajenar las acciones recién recibidas, se está transmitiendo el valor económico del inmueble anteriormente poseído. Como ahora se verá, la reforma de este apartado combina, para la aplicación de la norma, una mayor severidad (al ampliar el plazo) con un reforzamiento de la seguridad jurídica (precisión de cuantificación de la base imponible).

Desde la perspectiva de su estructura jurídica, la norma aparece algo dispersa en el precepto. El supuesto de hecho se regula en la letra b) del apartado 2 y se exceptiona, cuando tal sea el caso, por lo previsto en el apartado 4 para los valores admitidos a negociación en un mercado secundario. La consecuencia jurídica que se liga a tal presupuesto se encuentra en el primer párrafo del apartado 2 y se detalla en el apartado 3.

Así identificada la norma, los cambios introducidos son los siguientes:

- El más evidente, y fruto lógico de la finalidad general de la ley que lo incorpora, es el de la extensión del plazo. Si con la normativa anterior sólo tributaban en el ITP las transmisiones

distantes menos de un año de la aportación no dineraria previa , ahora el plazo llega hasta los tres años.

- El que la nueva dicción grave sólo la transmisión de valores (y no de «acciones o participaciones sociales» como hacía la versión anterior) no permite concluir que la transmisión de participaciones de una S.L. (o de otro tipo de bienes análogos) vaya a evitar la norma. Es cierto que el artículo 5.2 de la ley reguladora de las sociedades limitadas establece que las participaciones sociales no tendrán el carácter de valores, no podrán estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones. Pero la disposición adicional cuarta de la misma norma equipara la tributación de estas participaciones a la de los valores al señalar 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».

Con carácter general, la consideración de otro tipo de bienes o derechos (distintos de las acciones o de las participaciones) como «valores», relevante en el impuesto no sólo para su eventual equiparación a inmuebles sino también, y con carácter previo, para ganar la exención, ni es fácil ni nos parece adecuadamente resuelta en la práctica y doctrina administrativa. La propia exposición de motivos de la LMV considera a los «valores» como «*concepto difícil de definir de forma escueta en el articulado de un texto legal, pero no por ello carente de realidad*». La Consulta V 916-05, acogiendo el criterio señalado en Consultas de 27 de febrero y 16 de abril de 2001, extiende el concepto a las acciones y participaciones S.L., a los títulos cuya consideración de valor ha sido expresamente señalada en la ley (y cita como ejemplo el art. 7 de la Ley 35/2003 de Instituciones de Inversión Colectiva referido a las participaciones en fondos de inversión) y en general a los títulos representativos del capital social de entidades que ostentan la condición de sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades.

Del listado anterior llama la atención, por no estar suficientemente justificada, que la forma de tributación en la imposición directa (la doctrina administrativa no considera valor, y, por tanto, no tiene derecho a la exención, al derecho que se tenga sobre una entidad que tribute en régimen de atribución de rentas; sin embargo, las participaciones en una SAT, sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, sí tienen la consideración de valor y acceden a la exención), sea relevante para la consideración de un determinado bien como valor.

En todo caso, debe recordarse que, como la exención que el artículo 108 formula (y luego excepciona), abarca a «la transmisión de valores» (primer inciso del apartado 1), si se pretende restringir el concepto de valor a las acciones de una S.A., sería oponible, con fundadas probabilidades de éxito, que si otro tipo de bienes o derechos no son valores a los efectos del apartado 2 (el que los equipara a inmuebles), tampoco serán subsumibles en la exención del apartado 1.

- La inclusión del supuesto de «ampliación de sociedades» junto al ya preexistente de «ampliación de su capital social» es un tanto llamativa. Tendrá virtualidad, de tenerla, en aquellos supuestos en que la aportación de un inmueble a una sociedad determine su «ampliación», sin implicar acto formal de incremento de capital social, pero sí la adquisición de valores

por parte del aportante. A la vista de nuestro ordenamiento jurídico mercantil se antojan excepcionales los casos que puedan incidir en esta novedad legislativa.

- La consecuencia de las transmisiones de valores cuando se den estas circunstancias, y no concurra la excepción del apartado 4 para valores negociados, es la sujeción a la modalidad de TPO del ITP y AJD. Sobre la base imponible resultante se aplicará el tipo que cada Comunidad Autónoma tenga establecido para la transmisión de inmuebles.
- La norma precisa, a diferencia de la redacción anterior, la forma de cuantificar la base imponible. Esta será «la parte proporcional del valor real de los inmuebles que fueron aportados en su día correspondiente a las acciones o participaciones transmitidas». La precisión, exigencia más de la lógica y de la seguridad jurídica que de la efectividad o rigor frente al fraude, supone que si se venden 10 acciones cuando se recibieron 100 por aportar un inmueble de valor real de 6.000, la base imponible, de no haber variado el valor del inmueble, se cuantificará en 600 (el 10% de 6.000, expresivo de que se venden sólo 10 de las 100 acciones recibidas) y no en 6.000 como podía llegar a interpretarse con la normativa anterior.

4. ADQUISICIONES EN MERCADOS PRIMARIOS DE VALORES DE ENTIDADES CUYO PRINCIPAL ACTIVO SON, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, INMUEBLES [PRIMER CASO DEL ART. 108.2 A)]

Como ya se ha dicho, junto al supuesto con origen en una aportación no dineraria, el artículo contempla el gravamen en TPO tanto de la adquisición originaria de valores como de la derivativa cuando, en ambos casos, esa operación da el control de determinado tipo de entidades.

Si nos detenemos en la operación jurídica contemplada, este caso puede desdoblarse, a su vez, en dos. Así, sería separable el caso de la venta de valores (supuesto principal que contempla el artículo) del caso de la adquisición en mercados primarios. Pero tanto la consecuencia jurídica de ambos supuestos (gravamen en TPO como transmisión de inmuebles), como el resto de requisitos y excepciones que conforman el presupuesto de hecho de la norma (toma de control de una sociedad cuyo principal activo son inmuebles), son idénticos y de uniforme aplicación.

Por tanto, el singularizar ahora el supuesto de la adquisición originaria es a los solos efectos de realizar algún comentario sobre sus elementos definitorios:

- Se grava la adquisición de valores que, en puridad, no es hecho imponible ni del IVA ni del ITP y AJD. Por eso no estamos ante una excepción a la exención que recoge el artículo 108.1, sino ante la configuración de un hecho imponible específico. En cualquier caso, no parece que esta distinta construcción tenga relevancia práctica alguna.
- La ley anterior, además de una mejor presentación formal, «limitaba» el gravamen de las adquisiciones en mercados primarios a las producidas «como consecuencia del ejercicio de derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones». La

precisión hubiera podido resultar suficiente si la adquisición de derechos de suscripción y la conversión de obligaciones en acciones fueran las dos únicas alternativas ⁵ mercantiles para que quien no teniendo el control de una sociedad (por no participar en ella o por hacerlo en menos del 50%), llegara a adquirirlo. Sin embargo, y sin duda fruto de alguna experiencia que evidenció la posibilidad de obtener el control de una entidad por medio de una adquisición originaria, pero sin ejercicio de derechos de suscripción o de conversión de obligaciones en acciones, la norma cierra la posibilidad de tomar el control de una sociedad sin tributación por emplear fórmulas jurídicas distintas (amparadas, por ejemplo, en el art. 159 de la Ley de Sociedades Anónimas que regula los casos de «exclusión del derecho de suscripción preferente») a las hasta ahora contempladas fiscalmente. Para ello recurre al cierre más contundente posible, añadiendo a la enumeración ya existente la expresión de «o mediante cualquier otra forma».

- Lo que se grava no es ni la adquisición de derechos de suscripción ni la ampliación de capital resultante. Se tributa por la adquisición de valores en las condiciones que detalla el precepto. Por eso el gravamen por TPO es compatible con el gravamen por la operación societaria de ampliación de capital (sea dineraria, no dineraria o por compensación de créditos) al responder a dos hechos absolutamente diferenciados.

Como los requisitos y condiciones de gravamen de estas adquisiciones en mercados primarios son los mismos que en una adquisición derivativa, remitimos su análisis al apartado siguiente.

5. TRANSMISIONES REALIZADAS EN EL MERCADO SECUNDARIO DE VALORES DE DETERMINADAS SOCIEDADES [SEGUNDO CASO DEL ART. 108.2 A)]

5.1. Supuesto de hecho.

Para gravar sin exención una transmisión de valores deben darse ciertos requisitos. El primero afecta a la composición del activo de la entidad de la que se adquieren las acciones. En concreto, su principal activo deben ser inmuebles radicados en España o (y esta alternativa es novedad de la reforma que se comenta) valores que le permitan ejercer el control en otra entidad cuyo activo principal sea también inmobiliario.

El segundo requisito, también ampliado por la nueva redacción, se refiere al porcentaje de participación del adquirente en la entidad. Así, habrá tributación cuando el adquirente obtenga una posición tal que le permita ejercer el control sobre la entidad o cuando, una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación en ellas.

⁵ En principio, en una ampliación de capital, la atribución de nuevas acciones debe respetar el porcentaje previo de participación de los socios, que sólo será modificable mediante el tráfico de derechos de suscripción.

5.1.a). Composición del activo.

La comprobación que ha de hacerse del activo de la entidad, a efectos de aplicar este precepto, es doble. Por un lado, hay que verificar, con las reglas que luego se detallan, si al menos un 50% de los activos son inmuebles situados en España ⁶. Si es así, el activo de la entidad determinará que la compraventa de sus acciones pueda estar gravada por TPO.

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.

Si, hecha esa primera comprobación, el activo no es principalmente inmobiliario, todavía puede existir sujeción si en el activo de la entidad hay valores que permiten controlar «sociedades inmobiliarias». A diferencia de lo que ocurre con los inmuebles, en esta segunda posibilidad de gravamen no se exige que en el activo de la entidad cuyas acciones se transmiten, los valores sean el principal elemento; basta que haya tal tipo de elemento para incidir en la norma.

EJEMPLO:

Sean los siguientes activos de las sociedades «A» y «B»:

Activo sociedad «A»

Inmuebles	300
Maquinaria	2.000
Clientes	3.000
Acciones «B» (100% capital de B)	100
Total activo	5.400

.../...

⁶ Por lo demás, es indiferente a estos efectos el que la sociedad tenedora de inmuebles en España sea o no residente. No distinguiendo el precepto, tanto la transmisión de valores de entidades españolas como extranjeras tributarán conforme al mismo.

El punto de conexión que sujeta en todo caso a la potestad tributaria española la venta de este tipo de acciones (arts. 6 y 8.2 del Reglamento del ITP y AJD), sea la sociedad residente o no residente en España, es una excepción a la regla general de que los títulos representativos de partes alícuotas de capital social de sociedades no residentes en España no se consideran situados en territorio español y por tanto su transmisión onerosa no queda sujeta en este territorio. Es decisivo en esta distribución de potestades tributarias, y es su principal elemento justificativo, que el artículo 108 se aplica sólo cuando los inmuebles están situados en España.

.../...

Activo «B»

Inmuebles	2.000
Total activo	2.000

A la vista de esta información resulta que la sociedad «A» tiene un activo de los incluidos en la norma por cuanto, a pesar de que ni los inmuebles (300) ni las acciones «B» (100) representan más del 50% del activo total (5.400), las acciones «B» le dan a «A» el control directo del 100% de «B» (sociedad cuyo único activo son inmuebles).

Establecida la independencia entre las dos formas de tener el activo exigido por la norma, es conveniente continuar su estudio diferenciándolas.

5.1.a).1. Activo constituido al menos en un 50% por inmuebles situados en territorio español.

Siendo el elemento clave de definición del hecho imponible no es de extrañar que el cómputo del 50% del activo se detalle en la norma a través de cuatro reglas. De ellas, sólo la relativa a la exclusión de determinados inmuebles existía en la redacción anterior. Las otras tres eran simple criterio administrativo de normal discusión por los afectados.

Las cuatro reglas son las siguientes:

1.ª 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.

Esta regla da solución a dos cuestiones, fecha y forma de valoración de los bienes, que han venido siendo conflictivas en la aplicación de la norma.

Sobre si la comparación entre el valor de los inmuebles y el total del activo había de hacerse considerando los valores contables o los valores reales, el criterio administrativo (DGT y Administraciones autonómicas gestoras del impuesto) ha sido el de computar los bienes por su valor real, aunque algún pronunciamiento en vía económico-administrativa prefería la comparación a valores contables ⁷. La solución adoptada es la de computar los bienes por su valor real. Siendo cierto que conforme a las actuales reglas contables (donde prevalece el precio de adquisición como principio de contabilización de los activos) se introduce una pequeña dificultad a quien tenga que aplicar la

⁷ En cualquier caso el TEAC [Resolución 3975/03 (NFJ019016) y otras] se ha pronunciado claramente a favor de la valoración por mercado.

norma, la decisión cuenta con las ventajas de responder al también principio contable de imagen fiel y a una cierta coherencia con la definición de base imponible por referencia al mercado.

Naturalmente, la valoración real ha de hacerse de todos los activos y no sólo de los inmobiliarios. Y asimismo nos parece evidente que sólo se computan los activos contabilizados, no cabiendo incluir, por ejemplo, un eventual fondo de comercio no registrado.

Dentro del ámbito de la seguridad jurídica debe situarse también la precisión legal de la fecha en la que debe valorarse la composición del activo de la entidad. La alternativa que normalmente se discutía sobre la redacción anterior era valorar conforme al último balance cerrado (o aprobado) en la fecha de la transmisión o por el balance del día de la transmisión. En esta elección, la ventaja de la primera opción es la facilidad de la comprobación, pero parece mayor la ventaja de la otra alternativa —que es por la que se ha decantado la norma— por reflejar mucha más fielmente la real situación que se quiere gravar. En este sentido, no tendría lógica gravar una venta de acciones realizada el 17 de noviembre de 2006 por el hecho de que en el balance de 2005 los inmuebles hubieran sido el principal activo de la entidad. Además, parece mucho más coherente con el significado tributario del devengo del impuesto y con el hecho de que la base imponible (valor de los inmuebles) haya que referirla a tal fecha.

2.ª No se tendrán en cuenta aquellos inmuebles, salvo los terrenos y solares, que formen parte del activo circulante de las entidades cuyo objeto social exclusivo consista en el desarrollo de actividades empresariales de construcción o promoción inmobiliaria.

La regla, que permite no considerar inmuebles a determinadas construcciones, se formula en términos idénticos a la anterior redacción⁸. Se sigue manteniendo la equívoca mención separada de

⁸ Destacamos que lo que no se aborda en esta reforma es la cuestión de si la calificación de un bien como inmueble hay que realizarla conforme al Código Civil o conforme a otros criterios. La aplicación del Código Civil se antoja evidente tanto por el carácter subsidiario que se predica de tal norma como por la importancia de los criterios jurídicos en este impuesto. No es ese el criterio de la Resolución del TEAC de 15 de julio de 2004 (NFJ019015), que acude, para completar el criterio del Código Civil, a la definición de edificaciones en el IVA. De esa interpretación conjunta (que nace de las Resoluciones de 24 de octubre de 1996 y 23 de julio de 1998 en las que la cuestión controvertida era muy distinta pues se trataba de considerar si este tipo de bienes pueden entenderse enajenados de forma independiente al predio al que estaban unidos), deduce que, como la LIVA excluye de la consideración de inmuebles a los «inmuebles por destino» del 334, números 4 y 5 del Código Civil, la norma fiscal quiere «dar a este tipo de bienes un tratamiento distinto e independiente del inmueble al que se hallan unidos, concediéndoles autonomía desde el punto de vista fiscal». La conclusión con la que remata el razonamiento es que tales bienes (y son especialmente importantes los contemplados en el 334.5: «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») no son inmuebles a efectos de computarse con tal carácter dentro del activo de la sociedad.

En la consideración de qué sea inmueble, han venido siendo conflictivos tanto el caso de las concesiones administrativas como el de los arrendamientos financieros.

En las concesiones administrativas el argumento para considerarlas como bienes inmuebles es el artículo 334.10.º del Código Civil, pues como tales cataloga a las concesiones administrativas de obras públicas. Por tanto, en tal tipo de concesiones, el criterio jurídico prevalente en este impuesto haría que la transmisión de acciones de una sociedad que realiza obras públicas bajo ese sistema de concesión, estuviera sujeta al impuesto en la mayor parte de los casos.

Entendemos que por deber prevalecer el criterio jurídico en la solución de qué sea un inmueble (en este sentido es bastante elocuente el art. 3 del TR del ITP y AJD), no puede exponerse, en contra de este argumento, que contablemente las concesiones administrativas son inmovilizado inmaterial y que por tanto la sociedad no es propietaria del inmueble. Sin embargo, algo más sólido nos parece el argumento, también contrario a considerar las concesiones como inmuebles, de que la transmisión de un derecho del concesionario no es equivalente a la transmisión de la propiedad del inmueble

terrenos y solares como excepción a la excepción de cómputo, y se sigue circunscribiendo la salvedad a aquellas empresas de exclusivo objeto social de construcción o promoción inmobiliaria.

La excepción se ha venido justificando en que la finalidad originaria de la norma, evitar el uso abusivo de la interposición de sociedades, carecía de sentido cuando se trataba de inmuebles construidos y destinados a su venta. Posiblemente, en atención a esa voluntad del legislador, y por similitud con el tratamiento favorable para promotoras y constructoras, existiera campo para ampliar la excepción a otro tipo de empresas (por ejemplo, las hoteleras). Pero al no haberlo hecho la Ley 36/2006, no puede extenderse la excepción, ni por el contribuyente ni en vía administrativa, más allá de sus claros términos. No obstante, reseñamos, en sentido contrario, la Resolución del TEAC de 15 de julio de 2004 (NFJ019015) [a su vez implícitamente rebatida por la Resolución de 16 de febrero de 2005 (NFJ019577) citada en la introducción de este trabajo] que, tras reconocer el tratamiento más flexible que esta excepción da a las promotoras y constructoras, considera, en lo que parece un ejercicio cuasilegislativo, que «ha de reconocerse que la realidad del mundo mercantil impone hoy día otros objetos sociales que requieren atemperar la aplicación de la norma si no se quiere atentar contra el propio espíritu de la misma». La Resolución, a la hora de fijar cuáles sean esos objetos sociales merecedores de no ser afectados por la norma, no es especialmente restrictiva porque parece reconocer que basta que haya un negocio en funcionamiento para que no se esté ante una transmisión encubierta de inmuebles. Sea cual fuere la valoración sobre el criterio (aislado) de esta Resolución, nos parece que, por suponer una interpretación absolutamente contraria al tenor literal del precepto, debería implantarlo, en su caso, el legislador y no un órgano de revisión o judicial.

sobre el que la concesión se constituye. Pero, como luego argumentaremos, el artículo 108, sin duda pensado para evitar determinadas elusiones en la venta de inmuebles, es una norma autónoma que no hay que aplicar interpretándolo en función de si existe o no transmisión de un inmueble, sino en función de sus requisitos y, si estos no están claramente formulados, en función de su finalidad.

El caso de la sociedad arrendataria financiera de un inmueble se desenvuelve en unos parámetros algo distintos. Aquí, el punto de arranque es la consulta DGT de 10 de enero de 1994 en la que, con cita de la Resolución de 21 de enero de 1992 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se dictan normas de valoración del inmovilizado inmaterial, se dictamina lo siguiente: sólo cuando durante el período de vigencia del contrato de arrendamiento financiero se comprometa o se garantice el ejercicio de la opción de compra, el inmueble objeto de ese contrato se considerará como tal a los efectos del artículo 17. La razón –puramente contable– es que en tales caso el bien objeto del *leasing* debe contabilizarse como una compra (inmovilizado material) con pago aplazado. En el resto de supuestos (la mayor parte de los que se dan en la realidad), la falta de compromiso de ejercicio de la opción de compra determina la contabilización como inmovilizado inmaterial, y por tanto nunca podría considerarse como inmueble a los efectos del artículo 17.

A este criterio administrativo, basado en otro contable, tenemos que oponer algún matiz.

Siendo coherentes con el planteamiento jurídico que antes se hacía sobre las concesiones administrativas, lo propio es que también prefiramos este en el caso de los arrendamientos financieros. Y como este tipo de contratos no otorga un derecho real sobre el inmueble, no resultará aplicable el artículo 334.10.º del Código Civil, no pudiéndose considerar tal valor económico como «inmueble». Por otro lado, el salto que da la DGT para acudir al criterio contable tiene dos frenos importantes. En primer lugar, la preferencia de este impuesto por la calificación jurídica; preferencia que no puede desplazarse con el argumento de que se está analizando el balance de una sociedad. Es cierto que ese es el documento a comprobar, pero si para cuantificar el 50% del activo es inexcusable acudir a criterios contables (PGC y Resoluciones del ICAC sobre la cuestión), no nos parece lo mismo cuando lo que hay que identificar es un concepto tan jurídico como el de inmueble. En segundo lugar, hay que traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1997 (NFJ005629), que determinó la nulidad de la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 21 de enero de 1992 en la parte que precisaba la contabilización como inmovilizado material de los arrendamientos en los que existiera compromiso de ejercitar la opción de compra. Y como esa era precisamente la baza que manejaba la consulta de la DGT, habrá que entender decaído el criterio tributario.

3.ª El cómputo deberá realizarse en la fecha en que tenga lugar la transmisión o adquisición de los valores o participaciones, a cuyos efectos el sujeto pasivo estará obligado a formar un inventario del activo en dicha fecha y a facilitarlo a la Administración a requerimiento de esta.

La parte inicial de esta regla (realizar el cómputo en la fecha de transmisión o adquisición) tiene algo de redundante cuando ya la regla primera obliga a valorar los activos a esa misma fecha. Pero la obligación de formar un inventario, aun siendo su lógico corolario, parece una oportuna exigencia adicional. La obligación tiene dos componentes, formar el inventario y facilitarlo a la Administración previo requerimiento. En el aspecto objetivo hubiera sido preferible que en lugar de inventario de activo se hubiera exigido el balance de situación a esa fecha, aunque sólo fuera para tener cumplida información del importe de la financiación ajena relevante para aplicar la norma cuarta siguiente.

El elemento subjetivo también es destacable, pues el obligado a la formación del inventario no es la entidad sino el adquirente. Y aunque aparentemente exigir a alguien el inventario patrimonial de otra persona parece anómalo, no debe perderse de vista, puestos a valorar la proporcionalidad de la obligación, que el adquirente será propietario, al menos, de un 50% de las acciones de la entidad. Por otro lado, y lógicamente, el acceso de la Inspección a los datos contables de la entidad queda siempre expedito conforme a las reglas generales de información.

4.ª El activo total a computar se minorará en el importe de la financiación ajena con vencimiento igual o 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.

Esta regla, como otros de los retoques del precepto, obedece a la experiencia gestora de los últimos años. O dicho en otros términos, lo que intenta es atajar determinadas conductas elusivas de la norma.

En concreto, la maniobra consistente en concertar la sociedad un préstamo (con el consiguiente incremento de su activo por el dinero recibido, aunque también, pero es irrelevante a estos efectos, con el correlativo incremento de su pasivo por la deuda contraída) en la cuantía suficiente para que sumando el dinero obtenido y los restantes activos, el 50% de la suma sea superior al valor de los inmuebles. Posteriormente, una vez vendidas las acciones con aparente exención por no poder aplicarse el artículo 108, la sociedad podría cancelar el préstamo sin contingencia fiscal relevante.

Aunque las Cortes Generales han decidido atajar expresamente esta conducta, nos parece que esta secuencia de actos, que en definitiva es un inflado temporal, artificioso e interesado del activo, era ya corregible con la normativa anterior por distintas vías, y entre ellas por el artículo 15 de la LGT.

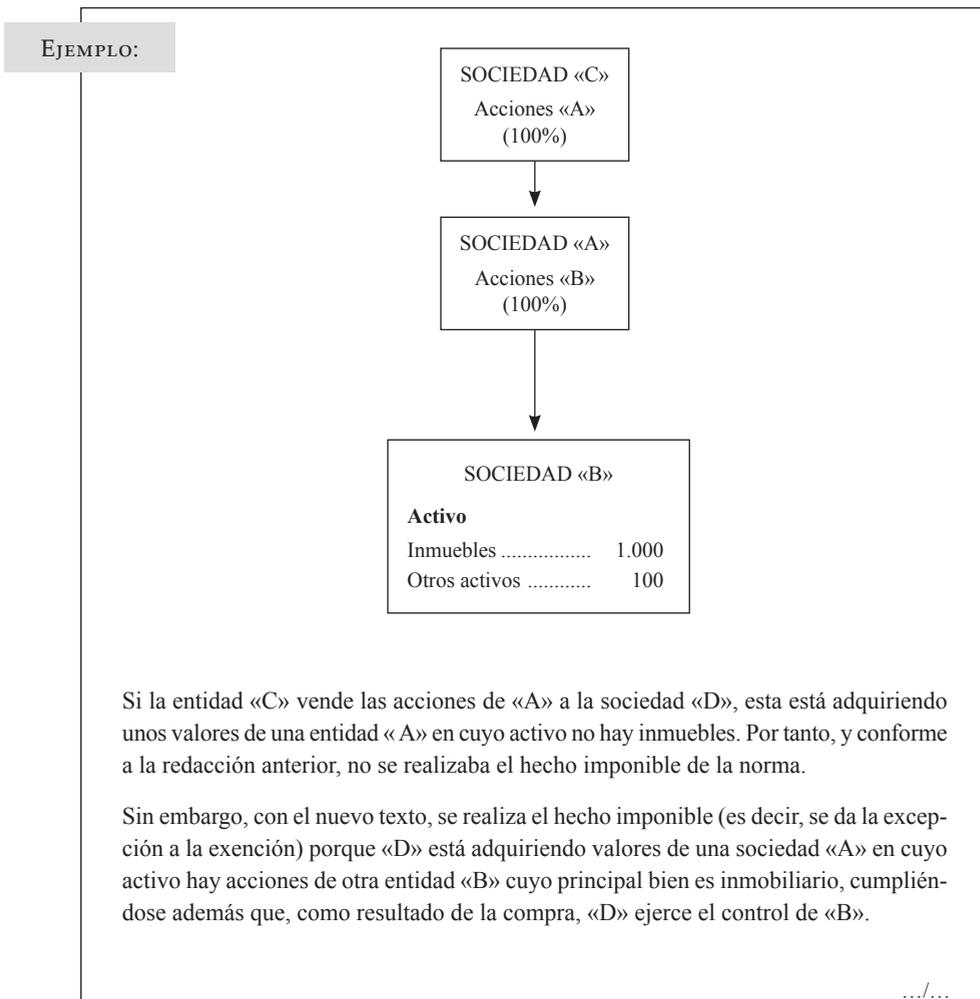
Sobre la aplicación de esta regla hay que apuntar que su interpretación literal llevaría a descontar del valor de los activos el importe de financiación obtenida en los 12 meses anteriores, aunque en la fecha de venta de las acciones se hubiera cancelado total o parcialmente. Sin embargo, entendemos que, en atención a su finalidad, y salvo que concurra alguna conducta fraudulenta sobre este cómputo, esa

minoración debe hacerse considerando el saldo de financiación ajena que, cumpliendo los requisitos temporales que se formulan, existiera en la fecha de la transmisión de las acciones.

5.1.a).2. Inclusión en el activo de valores que permiten controlar otra entidad cuyo activo está integrado al menos en un 50% por inmuebles radicados en España.

La redacción anterior del precepto únicamente sujetaba la adquisición de valores de entidades directamente poseedoras de inmuebles. De este modo, ubicados los inmuebles en una sociedad de segundo o ulterior grado, la compra de las acciones de la entidad matriz, o de alguna de las intermedias, no tributaba por TPO.

Con el texto actual la situación cambia notablemente:



.../...

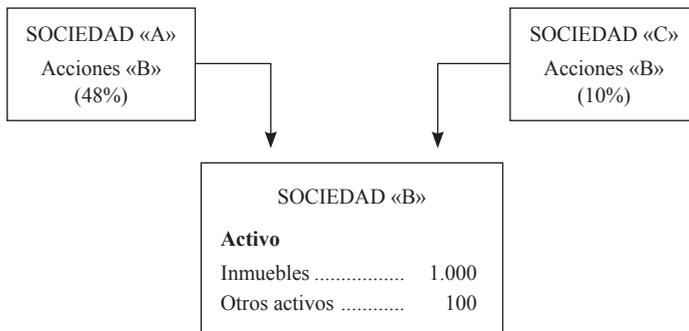
Esta nueva forma de sujeción obligaba, y como luego se verá así se ha hecho, a replantear la norma de base imponible para gravar adecuadamente el supuesto, equilibrando las exigencias de restricción del fraude y la de una tributación conforme al sentido y espíritu de la norma.

Notas relevantes en este supuesto son las siguientes:

- 1. De lo que en definitiva se trata es de gravar no sólo la transmisión de acciones de sociedades inmobiliarias participadas directamente, sino de incluir también en el gravamen la venta de acciones que representan una participación indirecta (en segundo o ulterior grado) en sociedades inmobiliarias.
- 2. El supuesto no exige que los valores de sociedades inmobiliarias sean el principal activo de la entidad con cuyas acciones se realiza el hecho imponible.
- 3. La medición, en las entidades tenedoras de inmuebles, del cumplimiento del requisito de que su activo esté integrado al menos en un 50% por inmuebles radicados en España, sigue las mismas pautas [vistas en el epígrafe 5.1.a).1] que se aplican al caso de que los inmuebles sean tenidos por la sociedad de la que se transmiten acciones.
- 4. Cuando la norma exige que en el activo se incluyan valores que «le» permitan ejercer el control en otra entidad, ¿a quién le deben permitir el control? ¿a la sociedad de la que se están comprando acciones⁹ (en cuyo caso se exigiría siempre comprar acciones de una entidad que a su vez participa en más de un 50% en otra entidad inmobiliaria) o al adquirente de las mismas?

La cuestión, que debe diferenciarse de la exigencia adicional que la norma formula en el inciso siguiente requiriendo que el adquirente obtenga una determinada posición de control, no es baladí:

Sea en un primer momento la estructura de participación la siguiente:

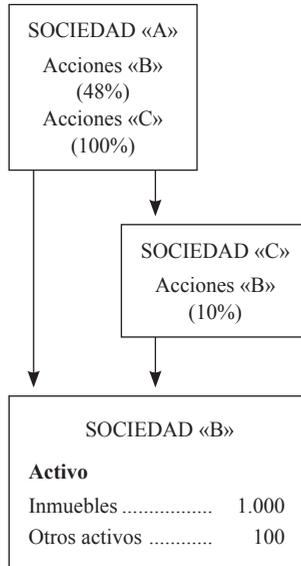


⁹ Sería el caso del ejemplo anterior en que «A» tenía el 100% de «B».

.../...

.../...

Si «A» adquiere el 100% de la entidad «C» resultará el siguiente esquema de participación:



«A» está adquiriendo valores de una entidad «C» que:

- a) Por sí mismos no le permiten el control (indirecto) de «B» (representan un 10%).
- b) Sumados a los ya tenidos (un 48% de participación directa previa), los nuevos valores (que le dan el control directo de «C» y que también son representativos de un 10% de participación indirecta en «B») le dan el control de «B».

Entendemos que por la redacción de la norma (a las entidades participadas la ley siempre las menciona en plural mientras que las referencias al adquirente siempre son en singular) y, sobre todo, por su sentido y finalidad, el criterio debería ser que el control (directo o indirecto) se le debe exigir al adquirente sujeto pasivo y no a la entidad participada. O dicho de otro modo, el «permitir el control en otra entidad» no se calcula sólo en función de lo que se adquiere, sino contando también con las participaciones, directas o indirectas, anteriores.

En definitiva, esta modalidad de hecho imponible se estructura sobre dos elementos:

- Se adquieren acciones [en el número adecuado para cumplir también el requisito del 5.1.b) siguiente] de una entidad que no tiene que tener necesariamente inmuebles pero sí valores que cumplan determinadas condiciones.

- Los valores que figuran en el activo de la entidad «adquirida» no tienen que representar necesariamente más de un 50% del capital de otra entidad tenedora de inmuebles. Pero con ellos y con los valores que directa o indirectamente pueda tener previamente en la entidad inmobiliaria, el adquirente debe poder controlarla.

5.1.b). Toma o aumento de control por parte del adquirente.

Este requisito consiste en que, como consecuencia de la transmisión, el adquirente debe obtener una posición tal que le permita ejercer el control sobre esas entidades o, una vez obtenido dicho control, aumentar la cuota de participación en ellas [último inciso del primer párrafo de la letra a) del apartado 2].

La regla tiene varios puntos de interés:

- La extensión del supuesto al caso de aumento del porcentaje de control.
- Entidad sobre la que hay que ejercer el control.
- Obtención del control de una entidad.

5.1.b).1. La extensión del supuesto al caso de aumento del porcentaje de control.

Hablamos de extensión del supuesto porque la redacción anterior contemplaba exclusivamente el caso de adquisición de una posición de control. Y aunque toda extensión de los casos gravables tenga la apariencia de un mayor control tributario, esta hay que ligarla directamente con el cambio en la cuantificación de la base imponible y con la jurisprudencia existente sobre este precepto.

Así, la interpretación administrativa del precepto consideraba que en una adquisición de porcentajes de participación igual o inferiores al 50% en ningún caso se devengaba el impuesto. Pero en cuanto se llegaba, con la adquisición en cuestión y lo ya poseído con anterioridad, a un porcentaje superior, se incidía en la norma y se gravaba tomando como base imponible el 100% del valor real de los inmuebles. Consecuentemente, cuando teniendo el control de una entidad, y habiendo o no tributado por tal circunstancia, se ampliaba ese control, no se realizaba el hecho imponible porque realmente no se «adquiría» un control que no se tuviera previamente.

Este proceder fue censurado, como explicamos más detalladamente al comentar la regla de base imponible, por el Tribunal Supremo. En la reforma se ha optado por una solución «intermedia» entre la interpretación administrativa (gravar por el 100% del valor de los inmuebles cuando se toma el control en el porcentaje que sea, siempre que fuera superior al 50%, y no gravar las adquisiciones cuando ya se tiene el 50% de participación) y la derivada del Tribunal Supremo (gravar por el porcentaje de valor que representa la adquisición que suponía realizar el hecho imponible y no gravar las adquisiciones cuando ya se tiene el 50% de participación).

Lo que no resuelve la nueva redacción son los casos en que ya se poseyera, antes de su entrada en vigor, el control de la entidad (teniendo por ejemplo un 60%) y se amplíe con posterioridad a tal fecha. ¿Es posible gravar una adquisición de un 10% realizada en 2007 si ya se tenía un 60% de la entidad en 2005?

La adquisición de 2007 cumple, en principio, todos los requisitos para considerar que se realiza el hecho imponible (modalidad «ampliación del control preexistente»). Entendemos que 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.

Pero también es posible que la adquisición del 60% se realizara sin tributación (por ejemplo, por tratarse del socio fundador de la entidad), o que en esta hubiera prevalecido el criterio del Tribunal Supremo y que el gravamen por el artículo 108 se hubiera materializado en una base imponible representativa, por ejemplo, de un 1% del valor de los inmuebles. ¿Procede en estos casos gravar en 2007, vigente ya la nueva norma, una nueva adquisición? Y en tal caso ¿con qué base imponible?

A favor del gravamen está la propia redacción de la norma. Hay hecho imponible (la compra de un 10% cuando ya se tenía un 60%) y hay una base imponible cuantificable (siempre que no haya doble gravamen, el 70% del valor de los inmuebles pues tal es el porcentaje resultante después de la nueva adquisición). En contra podría aducirse una cierta retroactividad, no tanto de hecho imponible, que en ningún caso la hay, sino, por expresarlo gráficamente, de «base imponible». Y es que la adquisición del 10% incorporaría a su base imponible un valor (el 60% ya tenido) que se adquirió antes de la reforma sin coste fiscal. Aventurando que la cuestión no será pacífica, parece que no puede entenderse el gravamen del 70% como una aplicación retroactiva de la norma y que por tanto sería viable. Cuestión distinta es que hubiera sido razonable una norma transitoria para estas situaciones para despejar la incertidumbre.

5.1.b).2. ¿Sobre qué entidad hay que ejercer el control?

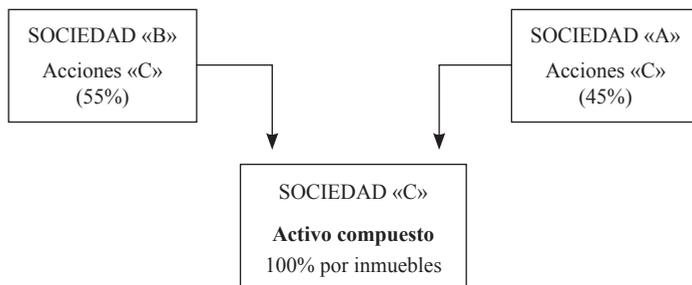
Cuando la norma se limitaba a gravar la adquisición de acciones de sociedades con inmuebles en su activo resultaba claro que el control directo o indirecto había que predicarlo de esa entidad, es decir, de la entidad de la que se compraban acciones.

La extensión del gravamen al caso de adquisición de acciones de sociedades que participan en otras con presencia mayoritaria de inmuebles deja menos nítida la cuestión: ¿El control, o su aumento, es sobre la participada en primer grado o sobre la tenedora de inmuebles?

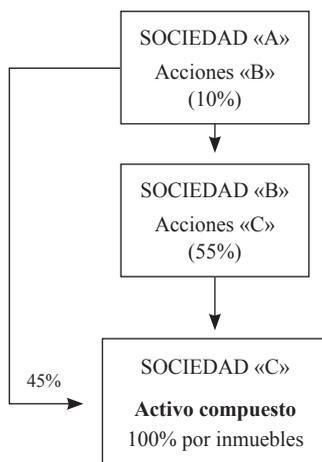
Conforme a lo expuesto anteriormente, el control sobre la entidad tenedora de inmuebles cuando se adquieren acciones de su matriz lo exige el requisito de composición del activo. Cuando ahora tratamos este nuevo requisito, lo que debe darse es el control de la entidad cuyas acciones se adquieren. Por tanto, una cosa es el control sobre la entidad de la que se adquieren las acciones y otra el control sobre la entidad tenedora de los inmuebles.

EJEMPLO:

Sea la siguiente estructura societaria:



Si «A» compra el 10% de «B», resultará:



«A» tiene una «participación económica» en «C» del 55,5% (a su 45% inicial añade un 5,5% de participación indirecta) pero en su adquisición de acciones de «B» no llega a controlarla (sólo adquiere un 10%) por lo que tampoco en esta estructura se devengaría el impuesto.

Como se analiza en el siguiente epígrafe, esta construcción que proponemos de control de la entidad de la que se adquieren las acciones, más control de la entidad inmobiliaria, y sin perjuicio del matiz que sobre ella pueda arrojar el que las acciones que tengan otras entidades del grupo hay que considerarlas, puede abonar la tesis de que lo relevante es el control de cada eslabón de la cadena de sociedades, y no la participación «económica» que finalmente se tenga en la entidad tenedora de inmuebles.

5.1.b).3. ¿Cuándo se obtiene el control de una entidad?

El análisis de esta cuestión, y especialmente cuando se trate del caso de adquisición de acciones que supongan una participación indirecta en sociedades inmobiliarias, remite a las dos siguientes precisiones legales:

- «Tratándose de sociedades mercantiles, se entenderá obtenido dicho control cuando directa o indirectamente se alcance una participación en el capital social superior al 50%».
- «A estos efectos se computarán también como participación del adquirente los valores de las demás entidades pertenecientes al mismo grupo de sociedades».

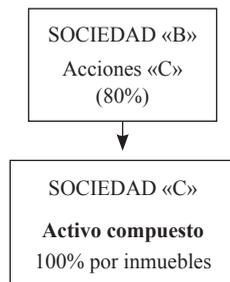
La suma del control directo e indirecto es cuestión que ya con la normativa anterior existía. Y aunque planteaba dificultades interpretativas, en lo que sí había criterio administrativo definido era en el hecho de que una adquisición de una «participación directa» se sumaba al porcentaje de control indirecto que se pudiera tener con anterioridad, pues con aquella se realizaba el hecho imponible y la suma del control directo e indirecto quedaba expedita. Pero también era doctrina que una adquisición de una «participación indirecta» no se sumaba al control directo que pudiera tenerse con anterioridad, por la sencilla razón de que con aquella no se realizaba el hecho imponible derivado del artículo 108. Esta situación, de innegable respaldo legal y propiciatoria de la fácil elusión del precepto, acaba con la nueva ley como exponemos en el apartado 5.1.a).2.

Por otro lado, la ley define, en los mismos términos en que ya estaba, qué debe entenderse por control. De hecho, el párrafo (*«Tratándose de sociedades mercantiles, se entenderá obtenido dicho control cuando directa o indirectamente se alcance una participación en el capital social superior al 50%»*) comienza con una mención equívoca a «dicho control» siendo que, a diferencia de lo que ocurría en la redacción previa a la Ley 36/2006, entre tal frase y la inmediata anterior en la que se alude a tal «control», median las cuatro reglas con que se precisa el cómputo de los inmuebles.

La principal cuestión que plantea esta formulación es, en el caso de las participaciones indirectas, si «la participación en el capital social superior al 50%» ha de medirse sociedad por sociedad o calculando el grado de dominio que la matriz tenga en la inmobiliaria.

EJEMPLO:

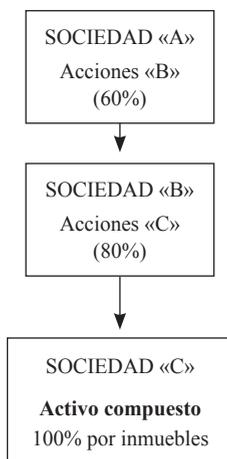
Sea la siguiente situación de partida:



.../...

.../...

Si «A» compra el 60% de las acciones de «B», resultará:



«A» adquiere más de un 50% de «B», pero como no llega a tener una participación «económica» mayoritaria en «C» (su «participación indirecta» es de un 48%), ¿no se cumple el requisito de que el activo de «B» permita a «A» controlar a «C» aunque realmente «A» controla a «B» y «B» controla a «C»?

LÓPEZ ALDEA¹⁰ ya abordó la cuestión en su estudio sobre la redacción anterior del artículo 108. A la hora de definir qué fuera una participación indirecta, señalaba lo siguiente: «*En primer lugar debe aclararse en qué consiste una situación de participación mayoritaria indirecta. En nuestra opinión, la norma se está refiriendo a aquellos supuestos en los que una persona detenta una participación mayoritaria en una sociedad determinada a través de otra u otras sociedades "intermedias", en las que también detenta aquel una participación mayoritaria. Dicha interpretación implica considerar que la norma no estaría exigiendo un "grado de dominio" o "tanto de interés" superior al 50%, sino, simplemente, una participación mayoritaria en la sociedad tenedora de los inmuebles detentada a través de otras sociedades "intermedias"*».

Y en nota a pie de página, añadía: «*El "grado de dominio" o "tanto de interés" (magnitud utilizada en la consolidación fiscal) resulta de multiplicar los sucesivos porcentajes de participación. Por ejemplo, si la sociedad "A" participa en la sociedad "B" en un 70%, y la sociedad "B" participa en la sociedad "C" en un 60%, el "grado de dominio" de "A" en "C" será del 42% $[(0,7 \times 0,6) \times 100 = 42]$. Si la norma se estuviera refiriendo a esta magnitud, en este caso no se cumpliría el requisito que estamos analizando. Sin embargo, como hemos expuesto, parece que la norma parece considerar que en situaciones como*

¹⁰ LÓPEZ ALDEA y F. ALBERTO. «Criterios de aplicación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 217, abril 2001.

la del ejemplo sí existe una participación mayoritaria indirecta, puesto que "A" tiene una participación mayoritaria en "C" (60% > 50%) a través de su participación también mayoritaria en la sociedad "intermedia" "B" (70% > 50%)».

¿Es posible, respecto de la nueva norma, seguir manteniendo que lo relevante no es la «participación económica» en una entidad sino si existe control jurídico por controlarla directamente o por controlar a las que la controlan?

Sobre esta cuestión la primera precisión ha de ser que se plantee la medición del control a la hora de decidir la participación en la sociedad de la que se adquieren acciones, o a la hora de medir el control sobre las entidades tenedoras de inmuebles participadas en segundo o ulterior grado, la solución debería ser la misma.

Y con esta base, entendemos que debe 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.

Es decir, teniendo el control de una entidad que controla a otra, la primera controla a la última aunque su participación indirecta, medida como grado de dominio, no supere el 50%.

Y por la misma razón, una participación indirecta sólo 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.

Es decir, que si «A» tiene el 40% de la tenedora de inmuebles «C», y adquiere el 30% de «B», que tiene el otro 60% de «C», aunque «A» tenga una «propiedad económica» en «C» del 58% (40% directo más un 18% indirecto), como no controla a «B», no se realizaría el hecho imponible.

Cuando sí que es relevante el porcentaje final de «propiedad económica» en la tenedora de inmuebles (porcentaje total de participación lo llama la ley) es para cuantificar la base imponible, pues para este elemento de la liquidación lo relevante es, una vez establecido que hay control en el sentido que proponemos, en qué medida el inmueble propiedad de una entidad puede atribuirse en un sentido económico a otra. En concreto, la base imponible será *«la parte proporcional sobre el valor real de la totalidad de las partidas del activo que, a los efectos de la aplicación de esta norma, deban computarse como inmuebles, que corresponda al porcentaje total de participación que se pase a tener en el momento de la obtención del control o, una vez obtenido, onerosa o lucrativamente, dicho control, al porcentaje en el que aumente la cuota de participación».*

El aplicar un concepto más patrimonial para cuantificar la base imponible y preferir un concepto distinto para definir el hecho imponible, se explica por resultar tal diferenciación más apropiada al sentido de la norma y al elemento de la liquidación en que se utiliza.

Junto al cómputo del control directo o indirecto, la otra cuestión relevante y novedosa es la inclusión en el mismo del porcentaje tenido por otras entidades pertenecientes al mismo grupo de sociedades.

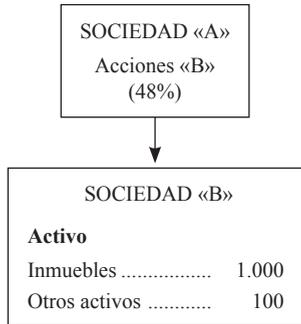
La técnica de acumular el porcentaje de participación de distintos contribuyentes no es extraña en nuestro ordenamiento (por ejemplo, a los efectos de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio),

y aunque la reforma queda algo corta (no supone excepción a la exención la adquisición del 100% de una entidad inmobiliaria por un grupo familiar o, más en concreto, por un matrimonio en el que adquiere el 50% cada cónyuge), está clara su finalidad y motivación.

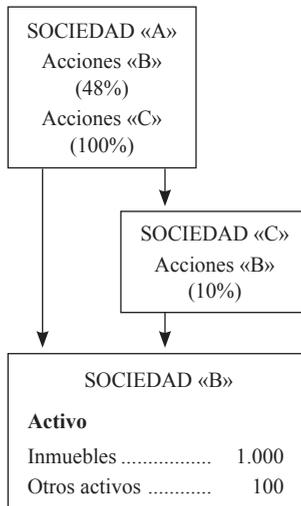
Así, hasta la formulación de esta regla había una fácil manera de eludir el artículo 108, interponiendo entre la sociedad tenedora de los inmuebles y el adquirente otra sociedad. Ahora, y aunque la actual redacción se aplique a otros supuestos y no exclusivamente a este, este tipo de planificaciones quedan cerradas.

EJEMPLO:

Sea en un primer momento la estructura de participación siguiente:



Si «A» adquiriera directamente un 10% adicional de «B» (pasando a tener un 58%), se realizaría el hecho imponible resultante del artículo 108. Pero si constituye una entidad «C» que es la que adquiere ese 10%, resultará el siguiente esquema de participación:



.../...

.../...

Con la normativa (y criterio administrativo) anterior, si «A» tenía el 48% de la sociedad «B» tenedora de inmuebles, y «C» (participada al 100% por «A») adquiere un 10% de «B», «C», sociedad que adquiere directamente las acciones de «B», no realiza el hecho imponible por no tener el control mayoritario de «B» (sólo adquiere y sólo tiene un 10%). Por su parte, «A» tampoco tributaba, aunque pasara de tener un 48% de participación en «B» a tener una participación, entre la directa (48) y la indirecta (el 10 que supone controlar el 100% de la sociedad «C» adquirente de un 10%) del 58%. Y no lo hacía porque, conforme a la literalidad del precepto, no realizaba el hecho imponible por no haber adquirido directamente nada.

No obstante lo dicho, este asentado criterio administrativo tuvo alguna excepción como en el caso planteado en la Resolución TEAC 2761/2002 (NFJ014349). En este expediente se considera simulación la compra por parte de dos entidades del 49,9%, cada una, de las acciones de otra tenedora de inmuebles. Como ambas compradoras estaban mayoritariamente participadas por otra única sociedad, y esta era la que, ante la insuficiente capacidad económica de sus participadas, hacía viable financieramente la compra de casi el 100% de una inmobiliaria, el Tribunal entendió que había una puesta de bienes a nombre de otro que no podía impedir gravar al verdadero adquirente.

La ley actual, ante la alternativa de gravar a «A» (propietaria «económica» de «C») o gravar a «C», parece decantarse por el gravamen de «C» que es, en definitiva, quien adquiere un bien (acciones de «B») y puede considerarse sujeto pasivo de ITP y AJD.

La opción de gravar a «A» se justificaría en que es la que realmente controla a «B», pero tiene en contra el que «A» no realiza ningún hecho imponible cuando «C» compra ese 10% adicional.

El cambio normativo que explica la conclusión reside en que ahora, a los efectos de computar el porcentaje de participación (en este caso de «C» en «B»), se toman en cuenta tanto las acciones poseídas por el adquirente («C»), como las ya tenidas por entidades pertenecientes al mismo grupo de sociedades («A»).

De prevalecer finalmente esta interpretación, las compras de acciones «B» que pudiera hacer en el futuro el grupo formado por «A», «C» y alguna otra entidad más, se gravarían como aumento de control del tal grupo sobre «B» y tributarían en sede del adquirente.

Entendemos que el concepto de grupo de sociedades al que se refiere la norma es el establecido por el artículo 42 del Código de Comercio¹¹. De haberse querido referir al concepto

¹¹ Artículo 42 del Código de Comercio.

«1. Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección. En aquellos grupos en que no pueda identificarse una sociedad dominante, esta obligación recaerá en la sociedad de mayor activo en la fecha de primera consolidación.

Existe un grupo cuando varias sociedades constituyan una unidad de decisión. En particular, se presumirá que existe unidad de decisión cuando una sociedad, que se calificará como dominante, sea socio de otra sociedad, que se calificará como dependiente, y se encuentre en relación con esta 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 otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.

.../...

.../...

específico del Impuesto sobre Sociedades («grupo fiscal» aludido en el art. 67 de su ley), o al perímetro que traza, a efectos de fijar las entidades consideradas fiscalmente vinculadas, el artículo 16 de la ley reguladora de tal impuesto, debería haberse precisado convenientemente. Debe destacarse que la definición de grupo de sociedades por remisión al artículo 42 del Código de Comercio aparece también como uno de los supuestos de vinculación del artículo 16 LIS. Pero puede ser relevante en la práctica que en el impuesto directo ese concepto es, por expresa previsión normativa, el contemplado en la sección 1.ª del capítulo I de las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas, aprobadas por el Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre.

- d) Haya designado exclusivamente 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. 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 estos efectos, 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.»

5.2. Excepción.

El apartado 4 que cierra el artículo contiene una excepción a las excepciones de la exención con el efecto final de liberar de tributación a determinadas transmisiones que inciden en los supuestos del apartado 2.

En concreto, la norma señala que: «4. Las excepciones reguladas en el apartado 2 no serán 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. A estos efectos, 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.

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

En definitiva, lo que se consagra es el mantenimiento de la exención sobre la transmisión de valores negociados en el mercado oficial. Más allá de la buena fortuna que tradicionalmente suele acompañar en las reformas tributarias a este tipo de valores, parece haber en esta ocasión una justificada razón.

Para compartirla hay que reconocer que la finalidad de la norma no es fundamentalmente recaudatoria, sino respuesta a planificaciones fiscales tendentes a burlar la tributación que la imposición indirecta reserva a la transmisión de inmuebles. Así situados, y recordando lo que exponemos en otro lugar sobre la más débil justificación del precepto si se compara con la que tenía cuando apareció en nuestro ordenamiento, el excluir de su ámbito aquellas operaciones bursátiles parece razonable. Y es que, en condiciones normales, que no siempre se dan, estas operaciones no se hacen con una finalidad elusoria del gravamen de TPO sobre los inmuebles, son negocios que gozan de la transparencia

necesaria para que no resulten desconocidas a la Hacienda Pública y, finalmente, sus activos, incluso los inmobiliarios, suelen estar afectos a actividades económicas.

5.3. Tributación (base imponible en el apartado 3).

La consecuencia de cumplir todos los requisitos de las letras a) y b) del apartado 2 del artículo es que esas operaciones tributarán por la modalidad de TPO del ITP y AJD como transmisiones onerosas de bienes inmuebles.

Esa equiparación a una transmisión de inmuebles supone, en la mayor parte de los casos, la tributación de la venta de acciones aplicando sobre las reglas de base imponible que ahora se detallarán el tipo correspondiente a los inmuebles. No obstante, hay que reseñar que la equiparación que hace la ley es a todos los efectos. Así, por ejemplo, cumpliendo todos los requisitos propios del beneficio, la transmisión de valores que tenga la consideración de transmisión de bienes inmuebles podrá disfrutar de la exención del artículo 25.1 de la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del régimen económico y fiscal de Canarias para la adquisición patrimonial de bienes de inversión situados en Canarias [en tal sentido, CV 1067-06, de 8 de junio, de la DGT (NFC022737)].

La aplicación del tipo impositivo (que será el previsto para la transmisión de inmuebles en cada Comunidad Autónoma, con lo que, siendo ya absolutamente predominante el del 7%, ese será el tipo) se gira «sobre el valor real de los referidos bienes calculado de acuerdo con las reglas contenidas en la normativa vigente del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, tomando como base imponible...».

Hasta la reforma que analizamos, y en consonancia con la literalidad del precepto y con su finalidad anti-elusión, la DGT y las Administraciones tributarias autonómicas han venido interpretando que debía tomarse como base imponible el valor de mercado de los inmuebles, sin ponderarlo con el porcentaje de acciones que se estuviera transmitiendo. Este criterio suponía que si el poseedor del 40% de una entidad con inmuebles valorados en 1.000.000, adquiriría un 20% adicional, la base imponible por esta compra de acciones no era de 200.000 (el 20% de 1.000.000) sino el valor total de 1.000.000.

Sin embargo, este criterio fue rebatido por el Tribunal Supremo en Sentencia de 30 de abril de 2004 (NFJ017026), al preferir como base imponible la que resulte de aplicar al valor de los inmuebles el porcentaje de acciones que es objeto de adquisición. La situación que creaba el Tribunal, y al margen de la eventual validez de sus razonamientos, era absurda para una norma anti-fraude.

En efecto, una compra del 100% de las acciones de una sociedad inmobiliaria podría instrumentarse fácilmente para reducir al máximo su coste fiscal. Para ello bastaba una primera compra del 50%, una segunda de un 1% y una tercera del 49% restante. En esta estructura, la compra que da lugar a la mayoría (y por tanto al hecho imponible) es la segunda; pero como su base imponible, según el Tribunal Supremo, es el 1% del valor de los inmuebles que se están adquiriendo (a través de la compra de las acciones), el coste fiscal se reducía, frente al que hubiera resultado de aplicar el criterio administrativo, en un 99%.

Como ahora se verá, la respuesta normativa a esta situación resulta equidistante entre las exigencias de la lucha contra el fraude y la proporcionalidad en la aplicación de las medidas:

- Hasta que no se adquiere el control de una sociedad (más del 50%) no se realiza el hecho imponible.
- Cuando se adquiere el control que no se tenía, sea por una única adquisición (de no tener ninguna participación se pasa a tener más del 50%), sea por acumulación con adquisiciones anteriores (se tenía un 20% y se adquiere un 40%), la base imponible no va a ser, como hasta ahora interpretaba la Administración, el 100% del valor de los inmuebles (excepto, claro está, que la compra haga al adquirente titular del 100% del capital). La base será la que resulte de aplicar sobre el valor real de los inmuebles, el porcentaje de capital que se pase a tener como consecuencia de la última adquisición. Es decir, en una sociedad con inmuebles por valor de 10.000.000, un accionista del 20% que adquiere un 45% adicional, tendrá una base imponible del 65% de 10.000.000.
- Si ya se tenía el control de la entidad (por ejemplo, con los datos anteriores un 65%), la adquisición de más valores supone, a diferencia de lo que ocurría con la normativa anterior, la realización de un nuevo hecho imponible. En el ejemplo, la base imponible que correspondería a una adquisición de un 10% de participación adicional sobre el 65%, será el 10% del valor de los inmuebles en ese momento. Si el valor de mercado ha variado, y no son los 10.000.000 que arrojó el inventario anterior, sobre la nueva cifra, superior o inferior, procederá aplicar el 10%.
- Con esta articulación de hecho y base imponible se consigue que quien fracciona la adquisición del 100% de los valores de una entidad en varios momentos, acabe tributando por ese valor. Así, salvo en el caso de que se intercalara alguna adquisición gratuita, la «base imponible acumulada» del ITP y AJD de quien ha adquirido el 100% de una de estas sociedades será siempre del 100% del valor de los inmuebles¹². Si alguna adquisición fue lucrativa, su valor se gravaría en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o Impuesto sobre Sociedades correspondiente y no procedería, so pena de doble gravamen, su tributación en TPO.

Junto a la ponderación del valor de los inmuebles en función del porcentaje de acciones que se pasa a tener o que se adquiere, la nueva norma señala que tal porcentaje no se aplica exactamente sobre el valor de los inmuebles tenidos por la entidad sino por *«la parte proporcional sobre el valor real de la totalidad de las partidas del activo que... deban computarse como inmuebles»*. El cambio, en la mayor parte de los supuestos, no será trascendente.

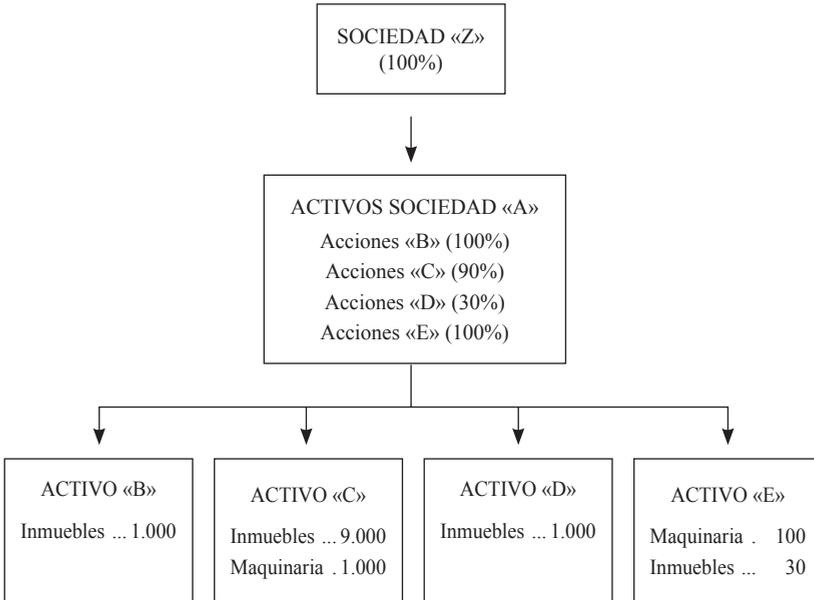
Por último, hay que destacar que también la otra gran novedad de la ley, el gravar la adquisición de acciones de una entidad que participa en otra de carácter inmobiliario, tiene una regla especial de base imponible: *«cuando los valores transmitidos representen partes alícuotas del capital social o patrimonio de entidades en cuyo activo se incluya una participación tal que permita ejercer el control en otras entidades, para determinar la base imponible sólo se tendrán en cuenta los inmuebles de aquellas cuyo activo esté integrado al menos en un 50 por 100 por inmuebles»*.

Su aplicación la vemos en el siguiente ejemplo.

¹² Evidentemente, siempre que el número y valor de los inmuebles no hubiera variado desde la primera adquisición hasta la última.

EJEMPLO:

Sea la siguiente estructura sobre la que «Z» va a vender a «X» el 60% de su participación en «A»:



Hecho imponible [art. 108.2 a)]: habrá tributación cuando se den, acumulativamente, tres circunstancias:

- El adquirente «X» debe adquirir o incrementar el control en «A»: si «Z» vende a «X» el 60% de su participación en «A», «X» cumple el primer requisito de tomar el control de «A».
- La sociedad de la que se transmiten acciones («A») debe poseer acciones de sociedades con un activo compuesto en más de un 50% por inmuebles: en el activo de «A» se incluyen valores de entidades cuyo activo está integrado al menos en un 50% por inmuebles radicados en España (así pasa en «B», «C» y «D», pero no en «E»).
- Como consecuencia de la compra, «X» debe obtener (o incrementar) el control sobre las participadas indirectamente que sean titulares de inmuebles: como resultado de dicha transmisión, «X» (por pasar a poseer el 60% de «A») obtiene un control indirecto también del 60% en «B», un 54% en «C», pero un insuficiente 18% en «D» («X» controla «A» pero «A» no controla «D»).

Por tanto, existe sujeción en la transmisión de las acciones de «A» porque «X» pasa a tener el control indirecto de un 60% de «B» y de un 54% en «C». Interesa destacar que el hecho imponible lo provoca la transmisión de acciones de «A», sin que quepa fragmentación alguna del concepto para «limitarlo» a la parte del valor de las acciones de «A» correspondiente o imputable al control de «B» y «C».

.../...

.../...

Base imponible: para estos casos, la norma precisa que «*sólo se tendrán en cuenta los inmuebles de aquellas cuyo activo esté integrado al menos en un 50 por 100 por inmuebles*».

La redacción deja claro que el valor de los inmuebles de la entidad «E» (< 50% del activo) no se incluyen en la base imponible. Pero no lo es tanto si se incluyen los inmuebles de todas las entidades que tengan un activo principal de carácter inmobiliario o sólo los de las entidades en las que el adquirente tenga el control.

Entendemos que, tanto por poder caber en una extensiva lectura de la norma, como por el sentido de la misma (no parece razonable incluir como base imponible algo que no cumple los requisitos del hecho imponible), lo lógico es que la base imponible sea el porcentaje de «participación económica» que indirectamente (o directamente si en «A» hubiera inmuebles o si «X» participara también directamente en «C») «X» tiene sobre las sociedades cuyo principal activo son inmuebles. Por eso, la base imponible será el 60% de 1.000 (expresión numérica de que «X» adquiere indirectamente el 60% de «B» cuyo único activo son inmuebles) más el 54% de 9.000.

Lo que no despeja la norma relativa a base imponible es su cuantificación cuando el hecho imponible se realiza por sumar al porcentaje adquirido por el comprador el ya tenido por entidades del grupo.

Decíamos antes que en estos casos lo razonable es considerar contribuyente al adquirente. De ser buena la interpretación, lo congruente sería 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.

De la interpretación que finalmente se dé a estos casos dependerá también la calificación de las ventas intra grupo. En ese sentido, si una adquisición de acciones se ha hecho tributar por considerar que un determinado grupo adquiriría el control de una entidad, las operaciones internas sobre ese porcentaje de acciones no deberían tributar.

6. EL CASO CONCRETO DE TRANSMISIÓN DE VALORES A LA PROPIA SOCIEDAD TENEDORA DE INMUEBLES

El último párrafo de la letra A) del apartado 2) del artículo considera realizado el hecho imponible en un supuesto que, no encajando exactamente en la literalidad de la norma general, está claramente dentro de su ámbito. En concreto, se establece que «*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), siendo sujeto pasivo*

el accionista que como consecuencia de dichas operaciones obtenga el control de la sociedad, en los términos antes indicados».

Con esta previsión se reacciona legislativamente ante conductas que con la normativa anterior podía dudarse de si estaban gravadas, como así nos lo parecía y parece, y que por sustentarse esa duda en el no fácil acomodo del supuesto de hecho en los requisitos legales, conducían normalmente a las vías extraordinarias del fraude de ley o del conflicto en la aplicación de la norma.

EJEMPLO:

Sea una sociedad de las que cumplen con el requisito de activo antes analizado y con dos socios al 50%. Y sea también el propósito de los socios de que sólo uno de ellos se quede con el 100% de las acciones, recibiendo el otro el valor económico de su participación en euros. Para ello, y como alternativa a la venta de acciones entre ellos, uno –el vendedor– transmite a la sociedad en la que participa su paquete accionario. Desde la perspectiva de la entidad lo que está comprando son acciones propias, operación que si se cumplen los requisitos mercantiles en cuanto a la licitud de la misma, nivel de reservas y destino final de los valores, es negocio perfectamente válido.

A través de este sencillo expediente, y con independencia del destino final de las acciones (amortización o venta al otro socio o a un tercero), ya en este punto del complejo negocio se ha conseguido lo que se pretendía: el socio que quería separarse, ha «cambiado» acciones por dinero. El socio que quería ser propietario único también lo logra, porque, siendo titular del 50% (si las acciones propias se amortizaran lo sería del 100%), el otro 50% está en manos de la sociedad en cuestión.

En cuanto al tenor de la norma, pueden hacerse las siguientes consideraciones:

- El supuesto de hecho se describe en los siguientes términos: «*En los casos de transmisión de valores a la propia sociedad tenedora de los inmuebles para su posterior amortización por ella...*».

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 regularmente

adquiridas pero no enajenadas en un plazo de 3 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, 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. El razonamiento, por otra parte, es perfectamente trasladable a las sociedades limitadas.

- Sujeto pasivo es el accionista que como consecuencia de dichas operaciones obtenga el control de la sociedad en los términos antes indicados. Es decir, a diferencia de lo que ocurre en el régimen general del precepto, sujeto pasivo no es el adquirente (que en este caso es la propia sociedad), sino quien, siendo ya socio de la entidad, pasa a ser socio mayoritario (o incrementa su dominio) como consecuencia de la operación. No se trata aquí de lograr, vía adquisición de acciones, un mayor porcentaje, sino de lograrlo porque el número de aquellas se reduce como consecuencia de la amortización.
- No se establece una regla especial para el devengo del impuesto distinta de la general del «día en que se realice el acto o contrato gravado». Cuando la adquisición se haga de tal modo que posteriormente quepa tanto la amortización como la transmisión, habrá que esperar al acuerdo de amortización para entender devengado el impuesto.

En el otro supuesto, cuando en el acuerdo de adquisición de acciones propias se establezca que el destino de esos valores es la amortización, la solución no es tan clara. Por un lado, y dado que el «acto» gravado sólo puede ser la transmisión de acciones propias, y que estas tienen en suspenso el ejercicio del derecho de voto y de los demás derechos políticos, y que sus derechos económicos salvo el de asignación gratuita se atribuyen al resto de acciones, pudiera ya entenderse devengado el impuesto si uno de los anteriores socios toma o amplía el control de la entidad. Pero como la norma mercantil sigue computando en el capital las acciones propias, a efectos de calcular las cuotas necesarias para constituir y adoptar acuerdos en la junta, y la norma fiscal refiere el control no a los derechos de voto sino a la «participación en el capital», pudiera defenderse también válidamente que hasta la efectiva amortización de las acciones no puede entenderse devengado el impuesto.