

COMENTARIOS AL ART. 108 DE LA Ley del Mercado de Valores

A.- REDACCIÓN ACTUAL

Artº 108 LMV: “1.- La transmisión de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, estará exenta del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y del Impuesto sobre el Valor Añadido.

2. Quedan exceptuados de lo dispuesto en el párrafo anterior y tributarán por el concepto de “transmisiones Patrimoniales Onerosas” en el Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados:

1º. Las transmisiones realizadas en el mercado secundario, así como las adquisiciones en los mercados primarios como consecuencia del ejercicio de los derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones, de valores que representen partes alícuotas del capital social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones y otras entidades cuyo activo esté constituido al menos en su 50 por 100 por inmuebles situados en territorio nacional, siempre que, como resultado de dicha transmisión o adquisición, el adquirente obtenga la titularidad total de este patrimonio o, al menos, una posición tal que le permita ejercer el control sobre tales entidades.

Tratándose de sociedades mercantiles se entenderá obtenido dicho control cuando directa o indirectamente se alcance una participación en el capital social superior al 50 por 100.

A los efectos del cómputo del 50 por 100 del activo constituido por inmuebles, no se tendrán en cuenta aquéllos, 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.

2º Las transmisiones 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, siempre que entre la fecha de aportación y la de transmisión no hubiera transcurrido un plazo de un año.

En los casos anteriores, 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 Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.”

B.- REDACCIÓN FUTURA

1.- 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.

2.- Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el apartado anterior las transmisiones realizadas en el mercado secundario, así como las adquisiciones en los mercados primarios como consecuencia del ejercicio de los derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones de acciones o mediante cualquier otra forma, de valores, y tributarán por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados como transmisiones onerosas de bienes inmuebles, en los siguientes supuestos:

a) Cuando los valores o participaciones transmitidos o adquiridos representen partes alícuotas del capital social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones y otras entidades cuyo activo esté constituido al menos en un 50 por 100 por inmuebles situados en territorio español, 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 100 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.

A los efectos del cómputo del 50 por 100 del activo constituido por inmuebles, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

1ª 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.

2ª 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.

3ª 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.

4ª 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.

Tratándose de sociedades mercantiles, se entenderá obtenido dicho control cuando directa o indirectamente se alcance una participación en el capital social superior al 50 por 100. A estos efectos se computarán también como participación del adquirente los valores de las demás entidades pertenecientes al mismo grupo de sociedades.

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.

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

3. En las transmisiones o adquisiciones de valores a las que se refiere el apartado 2 anterior se aplicará el tipo correspondiente a las transmisiones onerosas de bienes inmuebles, 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:

a) En los supuestos a los que se refiere la letra a) del apartado 2 anterior, 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.

Cuando los valores transmitidos representen partes alícuotas del capital social o patrimonio de entidades de 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.

b) En los supuestos a que se refiere la letra b) del apartado 2 anterior, la parte proporcional del valor real de los inmuebles que fueron aportados en su día correspondiente a las acciones o participaciones transmitidas.

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 periodos en los que se haya suspendido la negociación de los valores.

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

C.- COMENTARIOS:

1.- El artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores se inspira en el principio o "rasgo esencial" número 16 de los destacados por la Exposición de Motivos de dicha Ley:

16. Con objeto de atender la propuesta de Directiva de la Comunidad Económica Europea relativa a los impuestos indirectos sobre las transacciones de valores, la exención prevista en el Impuesto sobre el Valor Añadido para las operaciones sujetas al mismo se hace extensiva al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Se ha pretendido asimismo, de acuerdo con lo previsto en la citada propuesta de Directiva, 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. Se regula, en fin, la obligación de información a la Administración Tributaria de las operaciones sobre emisión, suscripción y transmisión, ya prevista por otros cauces en normas anteriores, pero que ahora se ve afectada por los principios de esta Ley; y se dispone la extensión a la Comisión Nacional del Mercado de Valores del régimen fiscal que la legislación vigente atribuye al Banco de España.

2.- Antecedentes normativos: Vienen constituidos por el artículo 40 de la ley 50/1977, de 14 de noviembre, y la Orden Ministerial de 14 de enero de 1978. En estas disposiciones se preveían dos hipótesis.

2.1.- Supuestos de gravamen:

- Aportación no dineraria de inmuebles a sociedades, con transmisión posterior de las participaciones sociales recibidas a cambio, en un plazo inferior al año desde la aportación.
- Transmisión onerosa de las acciones o participaciones
 - de una sociedad cuyo activo estuviese integrado en más de un 80% por bienes inmuebles.
 - Siempre que dichas acciones o participaciones excedieran del 80% del capital social.

2.2.- Base de la liquidación. (O.M. de 14 /01/78):

2.2.1.- En los supuestos de aportación no dineraria:

- La parte proporcional del importe (valor) de los títulos objeto de transmisión.
- Referido ese importe al valor (real) de los inmuebles aportados a la sociedad.
- Según la comprobación de dicho valor verificada con ocasión de la aportación.

2.2.2.- En los supuestos de transmisión onerosa de acciones o participaciones sociales:

- La parte proporcional del importe (valor) de los títulos objeto de transmisión.
- Referido ese importe al valor (real) de los inmuebles integrados en el activo de la sociedad.
- La contabilidad (último balance aprobado) se convierte en el marco de referencia a la hora de fijar:

- la parte proporcional que representan los títulos transmitidos respecto del valor de los inmuebles.
 - Porcentaje del valor de los inmuebles integrados en el activo de la sociedad respecto de este activo.
 - Valor del total activo y de dichos bienes inmuebles.
- Comprobación posible por la Administración.

Cómputo del 80%. (O.M. de 14 /01/78):

- Se acumulaban las transmisiones onerosas de las acciones o participaciones sociales realizadas dentro del año inmediatamente anterior, a contar desde la fecha de cada una, a favor de la misma persona.
- Se acumulaban, a efectos del cómputo de dicho coeficiente, las transmisiones realizadas siempre dentro del año anterior, a favor del cónyuge y de los hijos menores no emancipados, que no acreditasen patrimonio preexistente para la adquisición.

3.- ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 108 DE LA L.M.V. Coinciden ambos preceptos (actual y futuro) en conceder la exención en la imposición indirecta (ITP e IVA) a la transmisión de valores¹, estén o no admitidos a negociación en un mercado secundario oficial.

¹ En Contestaciones a Consultas, de fechas 16 de abril y 25 de mayo de 2001, la Dirección General de Tributos hace las siguientes precisiones:

- *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, ...
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 partícipe 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, ...*
- *No obstante, tratándose de sociedades civiles, tengan o no personalidad jurídica, comunidades de bienes, herencias yacentes y demás entidades a que se refiere el artículo 33 de la LGT, el artículo 10 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, y el artículo 6.º de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, señalan que las mismas no están sujetas al Impuesto sobre Sociedades (IS), sino que tributan con arreglo al mecanismo de «atribución de rentas».*
- *En relación a este tipo de entidades no puede decirse estrictamente que el socio, heredero, comunero o partícipe ostente una participación social, sino una cuota abstracta e ideal en un proindiviso de bienes cuya naturaleza es de muebles e inmuebles, según los casos. Por ello, cuando un partícipe de cualquiera de estas entidades manifiesta que transmite su participación, en realidad no efectúa tal negocio jurídico sino que está procediendo a transmitir su cuota abstracta en los bienes concretos que integran la comunidad de bienes, sociedad civil, o herencia yacente, de manera que fiscalmente el tipo impositivo debe ser el que corresponda a cada uno de los bienes concretos incluidos en dicho ente jurídico.*
- *Tal argumentación que descansa en la naturaleza jurídica del negocio subyacente debe extenderse no sólo a comunidades de bienes, herencias yacentes, sociedades civiles carentes de personalidad jurídica y otras entidades carentes de personalidad que constituyen una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición a que se refiere el artículo 33 de la LGT, sino también a sociedades civiles que ostenten personalidad jurídica, dado que el legislador fiscal ha decidido equiparar unas y otras en el artículo 10 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, así como en el artículo 6.º de la Ley 43/1995), de 27 de diciembre, del IS.*

Las novedades o diferencias que pretende establecer el futuro precepto legal se manifiestan en los términos que excepcionan la exención inicialmente declarada.

3.1.- HECHO IMPONIBLE: Ambos textos parten de una premisa común: La excepción a la exención se dirige a las transmisiones realizadas en el mercado secundario², y a las adquisiciones efectuadas en los mercados primarios cuando sean consecuencia del ejercicio de los derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones **o mediante cualquier otra forma**³, (añade el proyectado artículo) de valores, pasando a tributar tales transmisiones por la modalidad de

-
- *Entidades que ostentan la condición de sujeto pasivo del IS, en las condiciones señaladas en el artículo 7.º 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.I 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.

² Ambos textos sujetan, exclusivamente, la “transmisión” onerosa de participaciones sociales llamada derivativa. O sea, las adquisiciones efectuadas en el mercado primario como consecuencia de aportaciones no dinerarias no se gravan por esta modalidad sino por la modalidad de Operaciones Societarias, con la excepción prevista para aquellas adquisiciones que sean consecuencia del ejercicio de los derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones.

³ Este añadido del Proyecto de Ley no se refiere a los derechos de asunción preferente, habida cuenta de su equiparación conceptual a los derechos de adquisición preferente recogida en la Disposición adicional cuarta de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Más bien habrá que entender que la situación puede provocarse por la pasividad de otros socios que, al no acudir a la ampliación de capital, permiten la adquisición del control por alguno de los socios que sí deciden suscribir la ampliación, aunque no se transmitan los derechos de suscripción. Aunque esta situación puede estimarse deducible de la regulación actual, el futuro legislador parece preferir, con esta fórmula en exceso genérica, acoger tanto la citada como alguna otra hipótesis parecida (restantes supuestos de adquisiciones en el mercado primario, por ejemplo emisiones de valores que se realicen como consecuencia del ejercicio de derechos de opción o futuros cuyo activo subyacente sean acciones propias y se liquiden por entrega de los valores y no por diferencias). En tal caso ¿se estaría ignorando la incompatibilidad establecida en el artículo 1.2 del Texto Refundido de la Ley del ITP y AJD?

No hay que descartar tampoco, en la previsible inclusión, los llamados valores mobiliarios atípicos: los híbridos financieros. Junto a la tradicional distinción entre valores de capital (recursos propios) y valores de crédito (recursos ajenos) en la actualidad existen en los mercados de valores unas figuras que se conocen con el nombre de instrumentos financieros. No hay duda de que son valores y que pueden ser negociados. Cuando sean negociables, su transmisión no planteará problemas de interpretación, habida cuenta de la previsión contenida en el último apartado del artículo 108 del Proyecto de Ley. Ahora bien, cuando no se negocien en mercados secundarios, tales valores podrán entrar en los supuestos de hecho previstos por el futuro artículo 108. La duda estriba en saber cuándo pudiera afectarles la calificación. La respuesta habrá que referirla a la naturaleza jurídico-mercantil del producto. Es decir, no vendrá dada por el tipo de retribución pactada o acordada, sino por el carácter de socio del receptor de la retribución. Por ejemplo, se verán afectados por la norma futura las acciones rescatables, las acciones con interés, ... pero no los híbridos de deuda (obligaciones participativas o perpetuas, entre otras). Esta interpretación se deduce de la redacción proyectada que vincula el supuesto de hecho a que “...los valores o participaciones transmitidos representen partes alícuotas del capital social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones y otras entidades...” Como cuestión opinable se plantea la duda de qué hacer en el caso de las acciones sin voto. En principio parece ocioso considerar el supuesto habida cuenta de que la inexistencia del derecho al voto parece llevar implícito la ausencia de control, pero el texto legal no dice nada sobre el particular y basa aquél en la mera titularidad/participación superior al 50 por 100 del capital de la sociedad.

transmisiones onerosas del ITP y AJD como si de transmisiones onerosas de inmuebles se tratara, en los siguientes supuestos:

3.1.1- Cuando los valores o participaciones transmitidos o adquiridos representen partes alícuotas del capital social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones y otras entidades

a) en las que se den las siguientes circunstancias:

- Cuyo activo esté constituido al menos en un 50 por 100 por inmuebles situados en territorio español⁴ (titularidad directa), 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 100 por inmuebles radicados en España** (añadido por el Proyecto de Ley). Titularidad indirecta⁵.

⁴ La redacción del Proyecto de ley se refiere a “inmuebles situados en territorio español” para los supuestos de titularidad directa e “inmuebles radicados en España” cuando de titularidad indirecta se trate. La redacción vigente vincula la situación del inmueble al “territorio nacional”. Pensamos que el termino “nacional” ha querido evitarse por las connotaciones autonómicas que lo envuelven y exigir que los bienes inmuebles habrán de estar situados en territorio español. Por tanto, sólo será aplicable la previsión legal cuando los inmuebles estén situados o radiquen en España.

⁵ Antecedente de esta futura modificación legal es la CONSULTA: 306/2004 de fecha 17-02-2004 de la DGT (Referencia: Normacef Fiscal C018909). En la Contestación a la misma se decía:

Cuestión planteada:

Si la adquisición por la entidad consultante de las participaciones de las sociedades en las que posee directamente una participación minoritaria, pero un 99 por 100 computando la participación directa y la indirecta, puede acogerse a la exención regulada en el artículo 45.I B).9 del TR ITP y AJD.

Contestación:

*La cuestión planteada en el escrito de consulta ya ha sido contestada por este Centro Directivo en contestación a consulta de fecha 26 de diciembre de 1997, sobre un supuesto semejante. En ella, se decía lo siguiente sobre la transmisión de las acciones de una sociedad C, detentadas por otra sociedad B, a la sociedad A consultante, que ya ostentaba, antes de dicha venta, el dominio **indirecto** de la sociedad C a través de su participación del 75,02 por 100 en la sociedad B transmitente:*

... Lo que contempla el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores es la transmisión de acciones, que den lugar a una transmisión de inmuebles, y estima, en general, que ésta se produce cuando el adquirente de las acciones pasa a ostentar una participación que le permite ejercer un control real sobre las sociedades y por lo tanto sobre los inmuebles que se integran en su activo. Como consecuencia de la transmisión de las acciones de la sociedad C, cuyo activo se encuentra constituido en más de un 50 por 100 por inmuebles, a la sociedad consultante (sociedad A), ésta no adquiere una posición de control que no tuviera con anterioridad a la transmisión. La venta supone para la consultante (sociedad A), el dominio directo del 100 por 100 de la sociedad C, pero ya ostentaba, antes de dicha venta, el dominio indirecto de esta sociedad a través de su participación del 75,02 por 100 en la sociedad transmitente (sociedad B), la cual a su vez controlaba directamente el 100 por 100 de la sociedad C. Por lo tanto, no se dan los requisitos del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores para gravar la transmisión de las acciones.»

En el supuesto planteado por la entidad consultante se produce una situación análoga, ya que dicha entidad ya tiene el control de las sociedades cuyas participaciones pretende adquirir, aunque de modo indirecto a través de sus participadas. En consecuencia, la adquisición de tales participaciones por la consultante no producirá como resultado la obtención de una posición tal que le permita ejercer el

- Siempre que, en ambos casos y como resultado de dicha transmisión o adquisición, el adquirente
 - obtenga una posición tal que le permita ejercer el control sobre estas entidades
 - o, **una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación en ellas.** (añadido por el proyecto de Ley).⁶

control sobre tales entidades, puesto que tal posición la tiene previamente. Por lo tanto, la adquisición por la entidad consultante de las participaciones de las sociedades en las que posee directamente una participación minoritaria, pero un 99 por 100 computando la participación directa y la indirecta, sí puede acogerse a la exención regulada en el artículo 45.I B).9 del TR ITP y AJD, puesto que no resultan aplicables las excepciones reguladas en el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

⁶ Esta novedad legal viene impuesta por la interpretación del **Tribunal Supremo** contenida en la **Sentencia de 30 de abril de 2004**. Referencia: Normacef Fiscal J017026

- Los hechos fueron los siguientes: Una persona física suscribió el 44,14% de las acciones de una sociedad de tenencia de bienes cuyo activo estaba constituido fundamentalmente por bienes inmuebles situados en territorio nacional. Con posterioridad adquirió a una sociedad un 35% adicional. Esta segunda adquisición provocó una actuación inspectora que supuso la aplicación del artículo 108 de la ley del Mercado de Valores, si bien con la siguiente interpretación: “Por lo tanto, es sólo en ese momento en el que se toma el control, independientemente del número de acciones que se necesite adquirir para tomarlo, en el que se devenga el Impuesto, por lo que el tipo impositivo del mismo se aplica al valor de los bienes que forman parte del Activo de la sociedad, independientemente del importe pagado por las acciones con cuya adquisición se ha tomado el control de la misma.”
- El TEAC, en Resolución de 23 de noviembre de 1995, en la síntesis que de la misma hace el Tribunal Supremo, fundamentó su criterio del siguiente modo:
 - 1.º *El elemento fáctico que elimina la exención y determina el cambio de régimen tributario o sea el gravamen por ITP es la consecución del control de la sociedad.*
 - 2.º *Todas las transmisiones de acciones están exentas salvo una: aquella que en cualquier momento, por sí sola o acumulada a adquisiciones anteriores, atribuya a alguien el control de una sociedad de tenencia de bienes inmuebles.*
 - 3.º *Quien adquiere el control de una sociedad de tenencia de bienes inmuebles debe ser tratado fiscalmente como si adquiriera los inmuebles.*
 - 4.º *Que «no puede decirse como viene a sostener el recurrente, que se trate de una adquisición de cuota parte (35%), al modo de una copropiedad indivisa, porque las acciones adquiridas, más las que ya poseía, atribuyen a su titular un poder de disposición sobre los inmuebles en su integridad, sin cuotas para los accionistas minoritarios, exactamente como un propietario del todo. Tal es la posición adquirida en V..., S.A. por don B... y en tal sentido, la base imponible liquidada se ajusta a derecho».*
- La Audiencia Nacional, en la sentencia cuya casación se pidió, señaló:

1.º El hecho imponible gravado en virtud de lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley 24/1988, no es la obtención del control de la sociedad, sino la transmisión de los valores de que se trate.

2.º La base imponible será la correspondiente a dicha transmisión, pero por lo ordenado en dicho artículo, se calculará tomando el valor real de los inmuebles, o sea el 35%, del valor de los inmuebles, 55.148.492 pesetas (35% s/157.567.122 ptas.) que coincide con el precio de la transmisión que siguió la propia cuantía de la base imponible, pero, obviamente, partiendo de la tesis del 35% del valor total.

3.º El criterio hermenéutico anterior coincide con los antecedentes históricos, concretamente con el artículo 40, apartado 2, de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, pero sobre todo con la Orden Ministerial de 14 de enero de 1978, cuyo artículo 20 estableció normas para la aplicación del apartado 2, del citado artículo 20, y así la Norma Tercera dispuso:

"La base imponible de la liquidación será la parte proporcional del importe de los títulos objeto de la transmisión en el valor de los bienes inmuebles integrados en el activo de la sociedad."

4.º Este precepto es acorde con el contenido del "hecho imponible" y de la "base imponible", descritos por la normativa del Impuesto sobre Transmisiones, antes citada, al centrar el importe de la base imponible en el "valor de lo transmitido", no sobre la obtención de una "potencialidad" social, pues, como se ha declarado, el "desplazamiento patrimonial" realizado constituye el hecho "imponible", cuya imposición se hace viable al concurrir una determinada circunstancia, cual es, la obtención de "una posición dominante" que "permita ejercer el control" sobre la sociedad; este mecanismo impositivo, por tanto, se pone en marcha al concurrir esa circunstancia, que se produce cuando la "transmisión de los valores" específicamente efectuada representativa de una "parte" del capital social, coloca en dicha posición a su adquirente.

Así las cosas, procede la estimación del recurso, debiéndose aplicar el tipo del 6% sobre una base imponible de 55.148.492 pesetas.»

- Por su parte, el Tribunal Supremo, no acepta el motivo casacional por las razones contenidas, principalmente, en el Fundamento de derecho Cuarto que enumeramos para una mejor exposición:

1º.- El artículo 40 de la Ley 50/1977 partió de la sujeción y no exención en el ITP y AJD de las transmisiones de acciones, cuando se daban las circunstancias expuestas (80% del activo de la sociedad eran inmuebles y la adquisición de las acciones conseguía al menos el 80% del capital social), pero no aplicaba los tipos propios de dichas operaciones, sino el tipo de gravamen mucho más elevado de las «transmisiones onerosas», en cambio 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, que analizamos a continuación:

A) Hecho imponible:

2º.- El hecho imponible del ITP, concepto de «transmisiones onerosas», según el Texto Refundido de este Impuesto, aprobado por Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, aplicable *ratione temporis* al caso de autos, es cada acto o contrato, es decir cada convención. En el caso de autos ha habido dos hechos imponibles separados e independientes, el primero fue la suscripción por parte de don B... del 44,14% del capital de la sociedad V..., S.A., constituida en 1990, y que tributaría por ITP, concepto de «Operaciones societarias», y el segundo la adquisición por compra del 35% restante que tuvo lugar el 8 de junio de 1992, por un importe de 55.149.000 pesetas.

Esta segunda operación habría estado exenta, si la adquisición del 35% de las acciones, sumada al 44,14% anterior, no hubiera superado el porcentaje de capital del 50%, fijado por el artículo 108 de la Ley 24/1988, según la redacción dada por la disposición adicional duodécima de la Ley 18/1991), de 6 de junio, y por ello sencillamente nos

encontramos ante un hecho imponible distinto sustancialmente del anterior, que debe gravarse por ITP al tipo del 6% por el concepto de «transmisiones onerosas».

3°.- La tesis que sostiene la Administración General del Estado, consistente en que la segunda adquisición de acciones (35%) lleva consigo que la base imponible sea el 100% del valor de los inmuebles y no el 35%, implica la revisión del primer acto y su subsunción en el segundo, lo cual sólo sería posible **si una norma con rango legal calificara extensivamente**, en el sentido expuesto, el hecho imponible propio de la adquisición del 35% de las acciones, declarando de modo expreso que la primera adquisición quedaba englobada en la segunda, con la consiguiente revisión *ex lege* de aquella que, por supuesto, tendría que respetar la prescripción de la primera, que no es el caso de autos.

El Abogado del Estado ha visto inteligentemente esta dificultad y ha tratado de subsanarla afirmando en su escrito de interposición del recurso que «se trata de una ficción tributaria (subrayado por la Sala), según la cual una transmisión de acciones, que estaría en principio exenta, se sujeta al Impuesto, como TPO, siempre que dicha transmisión suponga la asunción de todo el capital social, o al menos una posición tal que permita ejercer el control de la Sociedad (...)», y ciertamente la tesis de la Administración consiste en una «ficción», porque una transmisión de acciones del 35%, la quiere convertir de facto en una transmisión del 79,14%, pero este razonamiento cae por su base, porque las *factio iuris* sólo se pueden establecer por normas de rango legal, pues van más allá que las presunciones legales, cuyo establecimiento exige Ley, pero evidentemente el texto del artículo 108 no contiene tal ficción legal.

4°.- Hay otro tipo de consideraciones y es que la no exención se refiere a la transmisión, en singular, que produce el resultado de obtener el control de la sociedad propietaria de los inmuebles, de modo que la posible acumulación con adquisiciones anteriores, la Ley la refiere y la limita a efectos de determinar cuándo se consigue el control, pero no hay un expreso y explícito pronunciamiento acerca de que tal acumulación se extienda a los hechos imposables y a la base imponible a liquidar.

El artículo 108, según la redacción vigente (disp. adic. duodécima de la Ley 18/1991, a diferencia de la preocupación que tuvo el artículo 40 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, no menciona las posibles reglas de acumulación, pero sí es interesante recordar que la Orden Ministerial de 14 de enero de 1978, que cumplió el mandato legal de determinar reglamentariamente la acumulación de las transmisiones onerosas lo hizo refiriéndose exclusivamente al cómputo del 80% como *condictio iuris* para el gravamen de la adquisición de acciones que superasen dicho porcentaje, al tipo propio de las transacciones onerosas.

5°.- Por último, hay que acudir a la *ratio legis* del precepto que surgió frente a la conducta consistente en transmitir los inmuebles mediante la transmisión de las acciones de la sociedad propietaria, pero existiendo una correlación sustancial, a modo de *desideratum*, consistente en la adquisición del 100% del capital, o sea del 100% de la propiedad del inmueble.

El artículo 40 de la Ley 50/1987, de 14 de noviembre, estableció como condición para su aplicación un porcentaje de más del 80%, que significaba adquirir la propiedad cuasi-total, a través de dicha participación en el capital social de la sociedad titular de los inmuebles, en cambio la tesis de considerar como hecho imponible la adquisición total de los inmuebles, con una participación del 50,01% resulta inadmisibles por desmesurada y alejada de la realidad societaria.

La conclusión es pues que lo que se grava en el caso de autos es el hecho imponible de la adquisición del 35% de las acciones, por ITP, en concepto de «transmisiones onerosas» del 35% de los inmuebles.

B) Base imponible:

6°.- En la mayor parte de los impuestos existe una gran correlación sustancial entre el hecho imponible y la base imponible, tan es así que esta última se ha definido en alguno de ellos como la cuantificación de aquél.

Es innegable que el artículo 108 de la Ley 24/1988, según la redacción dada por la disposición adicional duodécima de la Ley 18/1991, de 6 de junio, no regula en lo esencial la base imponible, es decir no se pronuncia como primera tarea, ni en un sentido ni en otro, acerca del porcentaje de los inmuebles a estimar, de ahí la controversia planteada en el presente proceso, pues se limita exclusivamente a señalar en el último párrafo del artículo 108 que para determinar la base imponible se aplicarán «las reglas contenidas en la normativa vigente del

b) A efectos del cómputo del 50 por 100 del activo constituido por inmuebles⁷, se señala:

- **Regla de sustitución:** de los valores netos contables de todos los bienes que integran el activo de la sociedad por sus respectivos valores reales, determinados en la fecha en que tenga lugar la transmisión o adquisición⁸.

ITP y AJD», que forzosamente se han de referir principalmente a los medios de comprobación administrativa del valor de los inmuebles.

La Sala no tiene más remedio que resaltar la muy baja calidad técnica del artículo 108 en sus dos versiones, porque la cuestión que estamos discutiendo era quizás la más importante, es decir la que exigía un pronunciamiento legal claro y terminante, pues esta misma cuestión preocupó gravemente a los redactores de la Orden Ministerial de 14 de enero de 1978, que dispusieron que la base imponible sería la parte del valor de los bienes inmuebles, proporcional a los títulos objeto de la transmisión, determinante del control de la sociedad propietaria de dichos inmuebles, precepto que aplicado al caso de autos sería el 35% del valor de los inmuebles, que es exactamente lo que ha hecho don B..., parte recurrente en casación.

La Sala rechaza el único motivo casacional lo que implica la desestimación del recurso de casación.

⁷ Que deberá realizarse en la fecha en que tenga lugar la transmisión o adquisición de los valores o participaciones. En relación con esto La publicación Memento Práctico Fiscal, de la editorial Francis Levebvre, en su número marginal 7325, advierte: *A estos efectos, la valoración de los inmuebles debe realizarse según su valor contable en la fecha de transmisión, sin que sea posible retrotraerse a los que consten en el último balance aprobado (TEAR Cataluña 27-10-99).*

⁸ Este precepto invita a efectuar las siguientes reflexiones:

- Se trata de una norma de valoración a efectos de fijar el “hecho imponible” consistente en la transmisión de valores de una sociedad cuyo patrimonio es mayoritariamente inmobiliario.
- Obliga a ambas partes (transmitente y adquirente) y a la propia sociedad (o sociedades indirectamente participadas) cuyas acciones o participaciones son objeto de transmisión, a ponerse de acuerdo en este punto, aunque el sujeto pasivo sea el adquirente (artículo 29 del Texto Refundido del ITP y AJD) y, en consecuencia, el directamente afectado por la exigencia legal.
- La sustitución de los valores netos contables de todos los bienes por los respectivos valores reales a la fecha de la transmisión exigirá, en muchos casos, realizar una auditoría de la sociedad, pues se hace necesario, en el cálculo del valor real de cada bien, computar las amortizaciones, los desembolsos no exigidos, las acciones en cartera, los activos ficticios, en su caso, y demás circunstancias que pudieran influir en la estimación del valor real.
- El propio concepto de valor real, controvertido y discutido, tanto en vía administrativa como judicial.
- La Administración que va a comprobar la operación y los particulares criterios de valoración de cada Comunidad Autónoma.

El futuro texto, en el intento de comparar valores homogéneos, opta por imponer el valor real como criterio de valoración, tanto a efectos de determinación del porcentaje (más del 50 por 100 de composición inmobiliaria) como a efectos de lo que habrá de tomarse como base imponible. Este criterio debe ser criticado, por la presión fiscal indirecta (sobre todo importantes costes de expertos contables) que el proyectado artículo introduce y porque, a la hora de configurar el hecho imponible, lo correcto hubiera sido atender a los valores contables, en la medida en que la contabilidad reflejase fielmente la verdadera situación patrimonial de la sociedad. Lo que no impediría que, una vez determinada la composición inmobiliaria del activo social, se calculara la base imponible conforme a valores reales. Este

- Regla de eliminación: del activo circulante, integrado por inmuebles (salvo terrenos y solares) de entidades cuyo objeto social exclusivo consista en el desarrollo de actividades empresariales e construcción o promoción inmobiliaria⁹.

criterio ya existía en la O.M. de 14 de enero de 1978 que, incluso, lo establecía a efectos de determinar la base imponible, sin perjuicio de la posterior comprobación administrativa. Por otra parte es criterio consolidado a la hora de valorar si una sociedad era o no transparente o patrimonial a efectos fiscales y continuará siendo criterio de referencia en el ámbito del Impuesto sobre el Patrimonio si prospera la modificación legal que se pretende de esta figura impositiva en el Proyecto de Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no residentes y sobre el Patrimonio (Disposición final cuarta).

En línea con lo anterior puede citarse la *Resolución de 19 de diciembre de 2001* Referencia: Normacef Fiscal J01234 del TEAC. **SUMARIO:**

ITP y AJD. Transmisión de valores. Es procedente la aplicación de lo dispuesto en el art. 108.2 de la Ley del Mercado de Valores al concurrir en la transmisión de las acciones todos los requisitos que aquél establece, siendo correcto acudir al último balance aprobado -el anterior al acuerdo de fusión- y tomar los valores de los inmuebles que en él figuran, al ser facultad de la Administración la comprobación de valores y entender en este caso que tales valores son los reales.

No obstante la Dirección General de Tributos, a Consulta formulada en los términos siguientes: *A efectos del cálculo del 50% del activo de la sociedad ¿debe atenderse al valor contable o al valor de mercado con posibilidad de comprobación administrativa? Caso de proceder la tributación por la modalidad de TPO ¿Cuál es la base imponible?* con fecha 19 de febrero de 1997 contestó diciendo: *Para ver el porcentaje que representan los inmuebles dentro del activo de la Sociedad deben valorarse por su valor real, valor que además será tenido en cuenta si resulta de aplicación la tributación por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas...* Referencia: Doctrina de la Dirección General de Tributos.

Como crítica adicional el futuro texto traslada al ámbito del hecho imponible las reservas que, respecto del valor real, venían haciéndose respecto de la fijación de la base imponible. En particular se destaca el comentario de Julio Banacloche (Revista IMPUESTOS, enero 2006, página 8) sobre el valor real, a tenor de una sentencia del TSJ de Extremadura de 31/05/05 que afirma que por valor real se debe entender el valor de mercado y no el catastral ni siquiera aplicándole porcentajes genéricos.. *Por otra parte, la comprobación de valores en el ITP sigue siendo el aspecto procedimental de nuestra gestión tributaria que origina más conflictividad. En un increíble juego de astucia para rodear el mandato legal, las comprobaciones de valor han pasado de la arbitrariedad manifiesta a las simulaciones de comprobación contrarias a los requisitos señalados por los tribunales de Justicia para las comprobaciones de valores: adecuación del título del perito, examen directo del bien valorado, motivación suficiente e inteligible sin necesidad de conocimientos técnicos, especificación individualizada de cada expediente de comprobación. Fórmulas genéricas, coeficientes y correctores no individualizados ni explicados, transformación de otros valores (catastral, de mercado..) por una operación aritmética sin justificación razonable ni razonada e, incluso, suplantación de la regulación legal estatal por la autonómica(decretos de valoración fiscal)..., todas éstas han sido alternativas generalizadas a algo tan sencillo de comprender como es una valoración de un bien concreto.*

⁹ Esta regla ya existe en la redacción vigente. La apelación al objeto social *exclusivo* consistente en el desarrollo de actividades empresariales de construcción o promoción inmobiliaria deja fuera a todas aquellas sociedades que, aun realizando dichas actividades, no lo hagan con carácter exclusivo. Sorprende asimismo que no tengan cabida en la exclusión legal las sociedades cuya actividad económica consista en el arrendamiento de inmuebles, reconocida como tal en el Texto Refundido de la Ley del IRPF y, en particular, tras la modificación del capítulo III del Título VII del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, introducida por la Ley 23/2005, de 18 de noviembre, de reformas en materia tributaria para el impulso a la productividad, que regula el régimen especial de las Entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda, cuya actividad económica principal ha de consistir en *el arrendamiento de viviendas que hayan construido, promovido o adquirido* las sociedades acogidas a dicho régimen, para las que no se ha previsto el no cómputo de los inmuebles que integran el activo de estas entidades. La opción, en su caso, será la venta directa de los inmuebles o, indirectamente, tras renunciar a la exención por el IVA.

- **Regla de inventario:** El sujeto pasivo (adquirente) estará obligado: 1) a formar un inventario en la fecha en que tenga lugar la transmisión o adquisición de los valores o participaciones; 2) a facilitarlo a la Administración a su requerimiento¹⁰.
- **Regla de minoración:** El activo total computable se minorará en el importe de la financiación ajena, siempre que: a) el vencimiento de la misma sea igual o inferior a 12 meses y b) se hubiera obtenido en los 12 meses anteriores a la fecha de transmisión de los valores¹¹.

c) Obtención del control por el adquirente:

- **Tratándose de sociedades mercantiles:** cuando directa o indirectamente se alcance una participación en el capital social superior al 50 por 100¹². A estos efectos

La discriminación se hace más evidente si nos referimos a las Instituciones de Inversión Colectiva Inmobiliaria que, salvo que sus valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial (número 4 del proyectado artículo 108), la adquisición de un porcentaje que permita el control de la sociedad, hará que se realice el hecho determinante de la aplicación de la norma futura, pese a tener un objeto de marcado carácter financiero.

¹⁰ Esta doble obligación para el “sujeto pasivo”, la de formación de inventario del activo a la fecha de la transmisión y la posterior, en caso de requerimiento por la Administración (que se presume será en todo caso) de facilitar dicho inventario, en una primera aproximación sólo exigiría una relación pormenorizada de los distintos elementos que lo componen. Sin embargo, la regla 1ª, de sustitución de los valores netos contables por los valores reales, parece llevar implícito, tanto la formación del inventario ahora exigido, como la valoración de los bienes inventariados, por lo que parece excesivo el mecanismo de control ahora impuesto, salvo que el sujeto pasivo se limite a facilitar el inventario y deje a la Administración correspondiente la comprobación y sustitución de los valores objeto de transmisión o adquisición.

¹¹ De acuerdo con la redacción prevista han de darse las dos condiciones temporales. Si una de ellas no se diera, no sería aplicable la futura previsión legal. Pretende esta regla evitar, mediante la solicitud de un préstamo o crédito, que la composición inmobiliaria del activo de la sociedad supere el 50 por 100. El plazo de 12 meses, no obstante, parece excesivo sobre todo en sociedades que atraviesan dificultades y han de recurrir la financiación ajena para poder subsistir.

¹² Esta regla es la misma que la contenida en la redacción actual del precepto legal de la Ley del Mercado de Valores. La interpretación que de la misma hace el TEAC (Referencia: Normacef Fiscal J011351) es la siguiente:

Resolución de 20 de junio de 2001. Fundamento de Derecho Segundo:

“El presente recurso plantea la cuestión de si la adquisición de ... goza de la exención prevista en el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores, que principia así: «la transmisión de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, estará exenta del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y del Impuesto sobre el Valor Añadido». Con este precepto se trata de eximir de tributación indirecta las transacciones de valores, en concordancia con el Derecho Comunitario, y, en tal sentido, hay que concluir, en principio, que la adquisición de acciones llevada a cabo por ... debería estar exenta. Es sabido, sin embargo, que el tráfico de valores mobiliarios se utiliza frecuentemente para, mediante la interposición de figuras societarias, realizar, en realidad, tráfico inmobiliario, eludiendo el Impuesto que recae sobre éste. La propia exposición de motivos de la Ley manifiesta el propósito de evitar esta modalidad de elusión fiscal, en concordancia también con el Derecho Comunitario, y a tal efecto el mismo artículo 108 contiene una excepción a la regla general expuesta en virtud de la cual la transmisión de valores no sólo no goza de exención sino que debe tributar por el tipo de las transmisiones de inmuebles. Esa excepción se produce, en el caso de transmisión de valores de sociedades mercantiles, que es lo que aquí interesa, cuando concurren dos circunstancias:

1.º Que el patrimonio de la sociedad sea eminentemente inmobiliario (más del 50 por 100 de su activo en inmuebles situados en territorio nacional, salvo que se dedique, precisamente, a actividades inmobiliarias); y

se computarán también como participación del adquirente **los valores de las demás entidades pertenecientes al mismo grupo de sociedades.**

- Tratándose de cualquier sujeto pasivo habrá que distinguir:
 - En las **operaciones de reducción de capital**, previa adquisición por la sociedad de sus propias participaciones al socio, para su posterior amortización, se entenderá que, a efectos fiscales, tiene lugar el hecho imponible para el accionista o partícipe que, como consecuencia de dichas operaciones, obtenga el control de la sociedad tenedora de los inmuebles¹³.

2.º Que, como consecuencia de la transmisión, el adquirente de los valores consiga el control de la sociedad. Sobre este control, la Ley despreja toda la variada fenomenología que ofrece la vida para centrarse en la forma de control típica e ineluctable: la posesión directa o indirecta de más del 50 por 100 del capital social.

Pues bien, de los datos que obran en el expediente se deduce que ... adquirió el control directo de la entidad ... convirtiéndose en su socio único cuyo activo eminentemente inmobiliario no se discute. Se dan, por tanto, las circunstancias que excluyen la transmisión de acciones en cuestión de la exención general del citado artículo 108 ...”

De los términos de la redacción legal y la interpretación administrativa destacada parece desprenderse que la solución querida no es acudir al control que pudiera derivarse de los derechos de voto, sino a la efectiva titularidad de un determinado porcentaje de participación con independencia del grado de control efectivo que llegara a ejercerse. De ser ésto así situaciones mercantiles de control escaparían a la previsión legal (entidades con fórmula societaria distinta de la sociedad anónima o limitada) y otras situaciones ajenas al control efectivo de las decisiones sociales se verían afectadas por la fórmula legal de estimación del control (acciones sin voto).

¹³ Este interés en gravar tales operaciones no es de ahora. Ya, reglamentariamente, se introdujo en el artículo 54.3 que pretendió someter a gravamen por la modalidad de Operaciones Societarias *la reducción de capital que sea consecuencia de la compra o adquisición por la sociedad de sus propias acciones para amortizarlas, ...*” El Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de noviembre de 1997, (Referencia: Normacef Fiscal J005653) declaró nulo el precepto reglamentario y dejó claro que, de acuerdo con el Texto Refundido de la Ley del ITP la reducción de capital sólo tributa por esta modalidad si hay devoluciones a los socios. En concreto:

- a) El artículo 54.3 del Reglamento de 1995 carece de todo apoyo legal e, incluso, contradice el principio fundamental de que sólo están sujetas a operaciones societarias las reducciones que impliquen la entrega a los socios de bienes o derechos...
- b) En la adquisición por la sociedad de acciones propias existen dos actos distintos y separados:
 - La compraventa de acciones propias. En este acto se produce la disminución del neto patrimonial de la sociedad (pago del precio) pues las acciones que recibe carecen de sustancia o entidad patrimonial propiamente dicha, en la medida en que son una participación no sólo del propio capital... Si la Ley no permitiera esta situación, se produciría la disminución del capital, por confusión, en el mismo momento de la compraventa. La devolución al socio de parte del patrimonio social se lleva a cabo, precisamente, en el contrato de compraventa.
Pero no se olvide que esta compraventa está exenta del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales en virtud de lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores de 1988

- En los restantes supuestos. La redacción proyectada no aclara nada y no resuelve las lagunas legales hoy planteadas con la legislación vigente. En consecuencia, habrá que seguir admitiendo los criterios administrativos conocidos: 1) El control por persona física sólo se alcanza cuando ésta adquiere para sí, personal y directamente, el 50 por 100 de la participación¹⁴; es decir, la adquisición por un grupo familiar, aunque entre todos superen el porcentaje “fatídico” no será sometida a gravamen¹⁵. 2) La adquisición para la sociedad conyugal en régimen de gananciales supone dos adquisiciones, una por cada cónyuge.¹⁶ 3) La adquisición “indirecta”

-
- La disminución del capital social es un mero acto mercantil que no hace sino reflejar jurídicamente la reducción del patrimonio neto social, producida como consecuencia de la compraventa de acciones.
- c) ... si bien el legislador ha definido como operación societaria sujeta al Impuesto la disminución de capital, no todas las reducciones de capital dan lugar u originan tributación por el concepto de operaciones societarias, sino sólo aquellas que llevan consigo un traslado o desplazamiento patrimonial.
Como quiera que , en la reducción de capital para amortizar acciones propias, no hay entrega a los socios de bien o derecho alguno, ...”

Estos antecedentes condicionan la redacción del proyectado precepto, que establece una *fictio juris* : se considera producida una transmisión de inmuebles y, además, que el sujeto pasivo será el que se quede en posición mayoritaria, lo haya pretendido o no.

¹⁴ Referencia: Normacef Fiscal C020192 DGT: 03-12-2004 N.º CONSULTA: 2047/2004 **SUMARIO:**

ITP y AJD. Exenciones. Transmisión de valores. Transmisiones patrimoniales por equiparación. *El sujeto pasivo es propietario del 33 por ciento del capital de una sociedad patrimonial, cuyo único activo es un inmueble. Adquiere un 12 por ciento de dos socios, ostentando así el 45 por ciento del capital. Dicha operación no debe tributar por el concepto de operaciones societarias al 1 por ciento, ya que no se ha producido el hecho imponible de esta modalidad sino el de TPO, aunque quedará exenta. Con una nueva adquisición posterior del 6 por ciento del capital social, el sujeto pasivo alcanzaría el 51 por ciento de éste, lo que supondría que ya no es aplicable en este caso la exención en la modalidad de TPO, ya que al ostentar el 51 por ciento del capital **obtiene el control de la sociedad**, y por tanto, del inmueble. Es por ello por lo que la base imponible será el 100 por 100 del valor del inmueble y no el 6 por ciento que se adquiere en ese momento ni el 51 por ciento que es la participación total que se alcanza con la última transmisión. Recuérdese, no obstante, la tesis del Tribunal Supremo que acepta la obtención del control de la sociedad, pero discrepa en cuanto a la base gravable.*

¹⁵ Referencia: Normacef Fiscal C020459 DGT: 09-10-2002 N.º CONSULTA: 1523/2002

Para determinar cuando se entiende obtenido el control de la entidad por parte del adquirente hay que computar acumuladamente los valores adquiridos con anterioridad, cualquiera que sea la fecha de la adquisición, pero no los adquiridos por terceras personas aunque estén vinculadas familiarmente con el adquirente, al no haberse reproducido en el artículo 108 de la Ley de Mercado de Valores tal exigencia que, por el contrario, si figuraba en la Orden de 14 de enero de 1978, antecedente legislativo del artículo 108, que para el cómputo del porcentaje de participación en el capital social establecía que debían acumularse las transmisiones realizadas dentro del año inmediatamente anterior en favor del cónyuge y de los hijos menores no emancipados, cuando no se acreditase la previa existencia en el patrimonio de éstos de bienes suficientes para realizar tales adquisiciones.

¹⁶ Referencia: Normacef Fiscal C021065 DGT: 13-06-2005 N.º CONSULTA VINCULANTE: V1045/2005 **SUMARIO:**

de participaciones está reservada sólo para sociedades, cuando éstas adquieran participaciones de alguna sociedad que, indirectamente, sea titular de otra u otras pertenecientes al mismo grupo de sociedades, tras el añadido legal.

3.1.2.- Cuando los valores transmitidos hayan sido recibidos por las aportaciones de bienes inmuebles realizadas con ocasión de la constitución o ampliación de sociedades, o la ampliación de su capital social, siempre que entre la fecha de aportación y la de transmisión no hubiera transcurrido **un plazo de tres años**¹⁷.

***ITP y AJD. TPO. Exenciones. Transmisión de valores. Transmisión patrimonial por equiparación.** A la adquisición del 50 por ciento de las participaciones de una sociedad limitada cuyo activo está compuesto en más del 50 por cien por bienes inmuebles por dos cónyuges casados en régimen de gananciales le resulta aplicable la exención prevista en el art. 17.1 del Rgto. del Impuesto, ya que dicha exención no es aplicable cuando las participaciones adquiridas supongan más del 50 por ciento del capital social, porcentaje que no se supera en este caso, ya que cada cónyuge adquiere el 50 por ciento de las participaciones, por lo que no puede entenderse que ninguno de ellos se haya hecho con el control de la sociedad.*

Referencia: Normacef Fiscal C020001 DGT: 16-11-2004 N.º CONSULTA VINCULANTE: V0272/2004
SUMARIO:

***ITP y AJD. Exenciones. Transmisión de valores.** La adquisición del 41% de las acciones por cada cónyuge hasta alcanzar el 50% de las participaciones sociales de una sociedad limitada (cuyo objeto social es la explotación de un hotel y los inmuebles superan el 50% del activo) no cumple el requisito de que como resultado de dicha transmisión el adquirente obtenga la titularidad total de este patrimonio o, al menos, una posición tal que le permita ejercer el control sobre la entidad. Es procedente a la compraventa la exención del art. 45.1 B) 9 TR ITP y AJD.*

En contra:

Sentencia 351/2004, de 23 de abril de 2004 **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**
(Referencia: Normacef Fiscal J018044) **SUMARIO:**

***ITP y AJD. TPO. Transmisiones de valores.** El sujeto pasivo y su esposa poseen el 49% del capital social respectivamente de una sociedad mercantil, estando el otro 2% en manos de la hermana del sujeto pasivo. No es aplicable la exención prevista en la Ley del Mercado de Valores ya que el sujeto pasivo, con posterioridad a la adquisición de las 20 participaciones que poseía su hermana que representaban el 2% del capital de la sociedad, pasó a ostentar el control del 51% del capital social. Aunque las participaciones del sujeto pasivo y de su esposa tuvieran carácter de bienes gananciales en la sociedad conyugal, al tratarse de una sociedad de responsabilidad limitada, a efectos de la sociedad mercantil y a efectos tributarios donde lo determinante es la titularidad de las participaciones, las acciones adquiridas por el sujeto pasivo pertenecen únicamente al adquirente.*

¹⁷ El plazo de tres años resulta excesivo. En primer lugar porque rompe el precedente de más de 30 años (Ley 50/1977, de 14 de noviembre). En segundo lugar porque no se justifica la ampliación más que por una caprichosa decisión del redactor del Proyecto, pues el plazo de un año en otros impuestos, como ocurre en el IRPF, establece la frontera entre el largo y el corto plazo sin presumir por ello conductas “fraudulentas”, antes bien hipótesis merecedoras de atención fiscal favorable.

3.2.- BASE IMPONIBLE.- El Proyecto de ley en este punto conserva la redacción vigente, si bien añade dos cosas: Una, que la aplicación del tipo correspondiente a las transmisiones onerosas de bienes inmuebles se hará sobre el valor **real**; la otra consiste en distinguir, a efectos de lo que habrá de tomarse como base imponible, según el supuesto de hecho de que se trate:

3.2.1.- Cuando lo transmitido sean valores *a los que se refiere la letra a) del apartado 2 anterior* (el epígrafe 3.1.1 de estos comentarios), se tomará como base imponible la parte proporcional¹⁸, calculada sobre el valor real del total activo de la sociedad que, a efectos de la aplicación de esta norma, deban computarse como inmuebles¹⁹, correspondiente:

- al porcentaje total de participación que se pase a tener en el momento de adquirir el control.²⁰
- al porcentaje en el que aumente la cuota de participación, una vez obtenido dicho control (onerosa o lucrativamente)²¹

¹⁸ En principio esta aclaración en el texto del Proyecto está en línea con la interpretación que hace la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2004 en tanto que, realizado el hecho imponible por la adquisición determinante de la toma de control, la base imponible habrá de ser la parte proporcional correspondiente a dicha adquisición. Sin embargo, la acumulación proyectada hacia atrás (por la suma con la participación poseída hasta ese momento) y hacia delante (por los aumentos posteriores de participación) amplían notablemente los términos de la base computable.

¹⁹ Ejemplo: Sea una sociedad con la siguiente composición de su activo :

9.000---Activo financiero
5.000---Activo Mobiliario
1.500---Activo Ficticio
1.000---Activo Inmobiliario
16.500---Activo Total

Notas:

1ª Existe financiación ajena con vencimiento inferior a 12 meses, obtenida en los 12 meses anteriores a la transmisión por importe de 6.000.

2ª Los valores contables coinciden con los valores reales, excepto el activo inmobiliario cuyo potencial valor real se estima en 9.000.

3ª Se adquiere una participación en los Fondos Propios de la sociedad del 60%.

Cómputo del 50% del activo constituido por bienes inmuebles:

a) Sustitución de valores contables por valores reales:

$9.000+5.000-1.500+9.000-6000= 15.500$. O sea, se elimina el activo ficticio, se toma el valor real de los inmuebles y se resta la financiación ajena. El 50 por 100 del resultado, $15.500/2= 7.750$, es inferior al valor real de los inmuebles, por lo que se dan las circunstancias previstas para excepcionar la exención por el ITP y AJD.

b) **Cálculo de la base imponible:**

- valor real de la totalidad de las partidas de activo.....15.500
- Parte proporcional del activo real correspondiente a inmuebles.....9.000
- Porcentaje adquirido: 60%
- Base imponible.....60% de 9.000.....5.400

O sea, se toma en primer lugar el valor real de la totalidad de las partidas de activo. Sobre ese valor se toma la parte proporcional del mismo que corresponda a los inmuebles. Finalmente, de esa parte proporcional, se determina el *porcentaje "total" de la participación que se pase a tener* al obtener el control o, una vez obtenido, el porcentaje en el que aumente la cuota de participación.

²⁰ Es decir, llevada la literalidad al extremo, bastará adquirir un 0,01 por 100 para que, alcanzado el porcentaje del 50 por 100 y obtenido el control de la sociedad, la base imponible sea la parte proporcional del activo social (valorado en términos reales) que se corresponda con *el porcentaje total de participación que se pase a tener*. O sea, sobre el 50 por 100.

- a la participación indirecta representada por los inmuebles de las sociedades cuyo activo esté integrado al menos en un 50 por 100 por inmuebles.

3.2.2.- Cuando lo transmitido sean valores recibidos por la aportación no dineraria de inmuebles a sociedades, la base imponible vendrá determinada por la parte proporcional del valor real de los inmuebles aportados en su día correspondiente a las acciones o participaciones transmitidas.

3.3.- TIPO IMPOSITIVO.- En relación con este epígrafe sólo cabe hacer una triple reflexión:

- La transmisión de acciones o participaciones de sociedades, en principio, está exenta de imposición indirecta.
- Cuando se reciben acciones o participaciones sociales, consecuencia de las adquisiciones en los mercados primarios, se tributa por el impuesto que grava las transmisiones patrimoniales por la modalidad de Operaciones Societarias.
- Ahora bien, cuando la adquisición implica una operación que cae dentro de los supuestos del artículo 108 de la Ley del Mercado de

²¹ Del mismo modo, superada la participación del 50 por 100, cualquier incremento de la participación se convertirá en base imponible calculada en los términos de valoración real referida al activo inmobiliario computable en la sociedad en ese momento.

Hasta la fecha el criterio era el siguiente:

Referencia: Normacef Fiscal C019035 DGT: 25-03-2004 N.º CONSULTA: 765/2004 **SUMARIO:**

***ITP y AJD. Transmisión patrimonial por equiparación: transmisión de valores.** Sociedad residente en territorio español que ostenta directamente el 48 por 100 de una sociedad cuyo activo está constituido en más de la mitad por inmuebles situados en España e indirectamente el 18 por 100. No resulta de aplicación el punto 1.º del art. 108.2 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, y por tanto no podrá exigirse el gravamen de TPO a la adquisición por la sociedad residente de otro porcentaje, ya que dicha sociedad adquirente ostentaba previamente el control de la sociedad.*

Referencia: Normacef Fiscal C018909 DGT: 17-02-2004 N.º CONSULTA: 306/2004 **SUMARIO:**

***ITP y AJD. Exenciones. Transmisión de valores.** La adquisición por la entidad consultante de las participaciones de sociedades en las que posee directamente una participación minoritaria, pero un 99 por 100 computando la participación directa y la indirecta, puede acogerse a la exención regulada en el art. 45.I B).9 del TR ITP y AJD, ya que no resultan aplicables las excepciones reguladas en el art. 108 de la Ley 24/1988. En concreto, no se cumple el requisito de que como resultado de la adquisición el adquirente obtenga la titularidad total del patrimonio de las entidades o, al menos, una posición tal que le permita ejercer el control sobre tales entidades ya que tal posición de control la tiene previamente y no resulta de la adquisición actual.*

Valores²², las operaciones afectadas por la previsión legal, vigente y futura, se gravarán no sólo por la modalidad de operaciones societarias sino también por la modalidad de transmisiones onerosas, cada una a su tipo de gravamen correspondiente. Es decir, se solapan ambas modalidades²³.

3.4.- NO APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN.- El Proyecto prevé que la excepción (gravamen) a la exención establecida como principio general para los supuestos de transmisión de valores, no resultará de aplicación siempre que:

- se trate de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial.
- La transmisión se produzca con posterioridad al plazo de un año desde la admisión a negociación de dichos valores²⁴.
- Sin embargo, tratándose de OPV o de OPA, se excepciona el plazo de un año cuando la transmisión de valores se realice en el ámbito de las mismas.

3.5.- CONCLUSIONES:

1ª La inclusión de la proyectada modificación legal en una futura Ley “de Medidas para la Prevención del fraude Fiscal” introduce una calificación que rompe con la tradicional regulación (y modificación) de este precepto a través de normas mercantiles o fiscales que pudiendo ser consideradas como normas “antielusión”, en ningún caso han sido calificadas de normas “antifraude”.

²² Es decir, cuando se obtenga el control de la sociedad, conforme a las previsiones legales. Ver la nota 1

²³ Referencia: Normacef Fiscal C017966 DGT: 18-06-2003 N.º CONSULTA: 829/2003 **SUMARIO:**

***ITP y AJD. Ampliación de capital y transmisión patrimonial por equiparación.** En la ampliación de capital de una sociedad cuyo activo está compuesto en más de un 50 por 100 por inmuebles, de forma que otra sociedad obtenga su control al suscribir un mayor porcentaje de la ampliación por la previa adquisición de derecho de suscripción preferente, **concurren dos hechos imponible diferentes.** Por una parte, la ampliación de capital, que estará sujeta a la modalidad de operaciones societarias. Por otra parte, la adquisición de los derechos de suscripción que le van a permitir obtener el control de la sociedad cuyo capital se amplía, que está sujeta a la modalidad de TPO, como transmisiones onerosas de bienes inmuebles, siendo la base imponible el valor real de los inmuebles integrados en el activo de la sociedad. La tributación de futuras adquisiciones de acciones de la entidad por la sociedad que ya posee el control no tributará por la modalidad de TPO mientras mantenga dicho control, aunque sí podría ser de aplicación la excepción prevista en el art. 108.2.2.º de la Ley 24/1988.*

Así lo destacaba ya A. Martínez Lafuente en su obra “Manual del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados” Marcial Pons. Madrid 1996, página 240.

²⁴ Aclara el futuro texto legal que *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.*

2ª Enlazado con lo anterior el Proyecto “aclara” aspectos ya interpretados por vía reglamentaria o por la doctrina o por la práctica administrativas, consolidando los criterios más favorables al gravamen de las operaciones. Así ocurre con la introducción de las expresiones “o mediante cualquier otra forma” referida a las adquisiciones en los mercados primarios, o a la adquisición mediante titularidad indirecta de inmuebles.

3ª El rigor del redactor del Proyecto se advierte, además, con la introducción de lo que se ha calificado en esta colaboración como reglas de *sustitución, eliminación, inventario y minoración*. Además de la presión fiscal indirecta destacada, se obliga al sujeto pasivo a efectuar cálculos, valoraciones, calificaciones y estimaciones que entrañan dificultades y costes no sólo económicos, sino de calificación, a efectos de posibles infracciones que arrancan del hecho de introducirse a través de una norma cuyo título es el de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal y que no tiene por qué responder a tal presupuesto. Por ejemplo, en casos de dilución de la participación de alguno o algunos socios por la compra de participaciones de la sociedad por ésta o en la hipótesis ya mencionada de que alguno de los socios no acuda a una ampliación de capital.

4ª Lo anterior se agrava cuando se ignoran los valores contables y se introduce “el valor real” que es propio del cálculo y determinación de la base imponible pero excesivo, en tanto que criterio de valoración, para la configuración del hecho imponible, sobre todo si la sociedad (o sociedades interpuestas) ajustan su contabilidad a las prescripciones de las normas mercantiles reflejando fielmente la imagen de la sociedad.

5ª El Proyecto acusa el efecto que ha supuesto, para las tesis defendidas por las distintas Administraciones gestoras del tributo, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2004 y reacciona frente a ella estableciendo la tributación por el porcentaje de participación que garantice la toma del control de la sociedad, adquirido o completado en ese momento. Y no sólo eso, sino que “controlada” la sociedad, cualquier incremento de ese control lo somete a tributación. Sobre este particular habrán de valorarse dos cosas apuntadas por el propio Tribunal Supremo: 1) El respeto a la prescripción de la primera adquisición que debe englobarse en la segunda, mediante la consiguiente revisión “ex lege” de aquélla. 2) Si constitucionalmente es válido afirmar que la mera adquisición de un porcentaje de una sociedad (cuyos activos inmobiliarios superan sólo el 50 por 100 de su activo total) adquirido lucrativamente, debe incrementarse al porcentaje de tenencia anterior para alcanzar el límite exigido como transmisión “onerosa” gravable haciendo tributar como tal este último.