

## **EL ARTÍCULO 108 DE LA LMV: ¿NORMA ANTI-ELUSIÓN O NUEVO HECHO IMPONIBLE DEL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES ONEROSAS?**

**Rafael Fuster Tozer  
Gloria Marín Benítez  
Abogados. Uría Menéndez**

La modificación que la futura *Ley de Medidas de prevención del fraude fiscal* va a introducir en el ya veterano artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores nos brinda la oportunidad de abordar el análisis crítico de su naturaleza, finalidad y estructura, revisando la interpretación que de sus distintos elementos constitutivos (supuestos de hecho y consecuencia jurídica) han realizado la doctrina administrativa y los órganos jurisdiccionales, para enjuiciar las modificaciones que la futura Ley pretende introducir en su redacción.

Como veremos a lo largo de este trabajo, si la redacción vigente de la norma ha suscitado no pocas polémicas en el pasado, no menos vicisitudes y controversias le auguramos a la redacción que se avecina si ésta es aprobada (y nada parece indicar que no vaya a serlo) en la versión que figura en el Proyecto de ley al tiempo de preparar estas líneas<sup>1</sup>.

### **1. EL ARTÍCULO 108 DE LA LMV COMO NORMA ANTI-ELUSIÓN DE CARÁCTER ESPECÍFICO**

#### **1.1. Tráfico inmobiliario versus tráfico mobiliario**

La interpretación que tanto la doctrina administrativa como los tribunales han realizado del artículo 108.2 de la LMV parte del reconocimiento de su finalidad declarada como norma anti-elusión que trata de reaccionar contra la utilización de figuras societarias para enmascarar tráfico inmobiliario (eludiendo su régimen de tributación) bajo una

---

<sup>1</sup> Para la preparación de este trabajo hemos tomado en consideración el Proyecto de Ley de Medidas para la prevención del fraude fiscal publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales -sección Congreso de los Diputados- el 24 de marzo de 2006.

aparición de transmisión de valores mobiliarios (que disfrutaban de un régimen jurídico más favorable).

- **Tributación del tráfico inmobiliario**

En efecto, el régimen de tributación indirecta correspondiente a las transmisiones de bienes inmuebles depende, como es sabido, de la condición empresarial o no de transmitente y adquirente, así como de la naturaleza del bien inmueble transmitido.

En principio, y como regla general, la transmisión de bienes inmuebles quedará sujeta al IVA<sup>2</sup> cuando el transmitente sea un empresario (se presume que lo son las sociedades mercantiles) y a TPO<sup>3</sup> en otro caso. Si existe sujeción a IVA, la formalización de la transmisión en escritura pública puede, además, quedar sujeta a la cuota gradual de AJD<sup>4</sup>.

No obstante, es posible que la transmisión de los bienes inmuebles, habiendo sido realizada por un empresario, se encuentre exenta de IVA, en cuyo caso dicha transmisión quedará sujeta a TPO.

En efecto, como el IVA es un impuesto que trata de gravar el valor añadido que se genera en el proceso de producción de bienes y servicios, la Ley 37/1992 establece la exención de las entregas de inmuebles anteriores (entregas de suelo rústico y de suelo no edificable<sup>5</sup>) o posteriores (segundas y posteriores entregas de bienes inmuebles<sup>6</sup>) al propio proceso de producción de edificaciones.

Sin embargo, puesto que por la atribución del derecho de deducción del impuesto el IVA es un tributo que consigue mayor neutralidad que TPO (evitando el efecto cascada

---

<sup>2</sup> Impuesto sobre el Valor Añadido, regulado por Ley 37/1992, de 28 de diciembre (“Ley 37/1992”).

<sup>3</sup> Concepto “Transmisiones Patrimoniales Onerosas” del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (“ITP y AJD”), regulado por el Texto refundido de la Ley del ITP y AJD (“TRLITP y AJD”) aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

<sup>4</sup> Concepto “Actos Jurídicos Documentados” del ITP y AJD.

<sup>5</sup> Artículo 20.Uno.20º de la Ley 37/1992.

<sup>6</sup> Artículo 20.Uno.22º de la Ley 37/1992.

o piramidación que ocasiona este otro impuesto cuando se aplica en fases intermedias de la producción de bienes y servicios), la Ley 37/1992 también trata de evitar la ruptura de la cadena de deducciones en las fases intermedias del proceso de producción de otros bienes y servicios y por esta razón se permite la renuncia a las anteriores exenciones cuando el adquirente es un empresario o profesional con derecho a la deducción total de las cuotas de IVA soportado<sup>7</sup>. Algunas Comunidades Autónomas han establecido un tipo incrementado de tributación por AJD para los casos en que se produzca la referida renuncia a la exención pues ésta les priva del ingreso por TPO.

- **Tributación de las transmisiones de valores mobiliarios. Regla general.**

Pues bien, frente a este régimen de tributación indirecta de las transmisiones inmobiliarias, las transmisiones de valores representativos del capital y fondos propios de entidades se encuentran, por lo general, exentas de tributación indirecta. Así, el artículo 108.1 de la LMV<sup>8</sup> establece, como regla general, la exención del ITP y AJD y del IVA de las transmisiones de valores, se encuentren o no admitidos a negociación en un mercado secundario.

Se entiende por valores tanto los incorporados a documentos (títulos-valores) como los representados mediante anotaciones en cuenta. El artículo también se aplica a las participaciones en Sociedades de Responsabilidad Limitada (pese a que no son valores) por así disponerlo expresamente la Disposición adicional cuarta de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Utilizando un criterio fiscal para la interpretación del término “valores”, la doctrina administrativa (consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos V0625/2005, de 14 de abril, V0916/2005, de 20 de mayo y V18883/2005, de 28 de septiembre) entiende que el artículo 108.1 de la LMV es aplicable a la transmisión de participaciones en entidades que son sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, resultando excluidas de su ámbito de aplicación entidades cuya tributación se realiza a través del mecanismo de atribución de rentas. Este criterio le ha llevado a concluir que se puede aplicar el artículo 108.1 de la LMV a la transmisión de las participaciones en sociedades agrarias de transformación (en contra, sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 29 de julio de 1996 por entender que la naturaleza de estas entidades es análoga a la de las sociedades civiles).

También se ha defendido por la doctrina administrativa (consultas 1508/2003 de 2 de octubre y 1687/1997 de 23 de julio) la aplicación del artículo 108 de la LMV a la transmisión de las participaciones en fondos de inversión.

---

<sup>7</sup> Artículo 20.Dos de la Ley 37/1992.

<sup>8</sup> Ley del Mercado de Valores, regulada por Ley 24/1988, de 24 de julio.

En consonancia con el artículo 108 de la LMV, el artículo 45.1.B.9 del TRLITP y AJD declara la exención de *“las transmisiones de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores”*, mientras que en el ámbito del IVA, el artículo 20.Uno.18.1) de la Ley 37/1992 establece la exención para *“la transmisión de los valores a que se refiere la letra anterior (esto es, las acciones, participaciones en sociedades, obligaciones y demás valores no mencionados en las restantes letras del artículo 20.Uno.18) y los servicios relacionados con ella, incluso por causa de su emisión o amortización, con las mismas excepciones”*<sup>9</sup>.

## **1.2. El artículo 108.2 de la LMV como norma anti-elusión**

El diferente tratamiento de las transmisiones de valores respecto del otorgado a la transmisión inmobiliaria pudo propiciar, en su momento, la utilización de sociedades para canalizar inversiones inmobiliarias y, de esta forma, evitar la aplicación del régimen tributario correspondiente a la transmisión directa de los inmuebles. El legislador, consciente de ello, decidió salir al paso de maniobras de elusión fiscal en el ámbito inmobiliario mediante la interposición de sociedades, exceptuando (en el apartado 2 del artículo del 108 LMV) la exención establecida en su apartado primero para algunas transmisiones de valores que pueden ocultar verdaderas transmisiones inmobiliarias.

La primera norma anti-elusión se encuentra en un Reglamento de 15 de enero de 1959 que gravaba como transmisiones inmobiliarias las adjudicaciones de inmuebles en el momento de disolución de las sociedades, siempre que entre el acto de aportación de los inmuebles y la disolución mediara un plazo inferior a tres años y el adjudicatario fuese un socio distinto de aquél que realizó la aportación.

No obstante, el precedente legislativo más cercano del actual artículo 108.2 de la LMV hay que buscarlo en el artículo 40 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal que gravó como transmisión onerosa de bienes inmuebles: (i) la transmisión onerosa de acciones o participaciones recibidas con ocasión de la aportación no dineraria de bienes inmuebles a sociedades, cuando entre la aportación y la transmisión hubiese transcurrido menos de un año, y (ii) la transmisión de más del 80 por 100 de acciones o participaciones de sociedades cuyo activo estuviese integrado en más de un 80 por 100 por inmuebles.

---

<sup>9</sup> Apuntamos en este sentido que la letra k del artículo 20.Uno.18 de la Ley 37/1992 exceptúa de la exención del IVA a los valores representativos de mercaderías y a aquéllos *“cuya posesión asegure de hecho o de derecho la propiedad, el uso o el disfrute exclusivo de la totalidad o parte de un bien inmueble”*, excluyendo de dicha consideración a *“las acciones o las participaciones en entidades”*.

La disposición transitoria 3ª del texto refundido de la Ley del ITP aprobada mediante Real Decreto Legislativo 3050/1980 declaró expresamente vigente las anteriores medidas hasta la entrada en vigor del IVA, con lo que en dicho momento se suscitó la cuestión de si tales medidas habían perdido su vigencia. Cuestión ésta que recibió una respuesta afirmativa en la resolución del TEAC de 26 de abril de 1989, posteriormente corregida en la resolución de 26 de mayo de 1992. Por su parte, la Dirección General de Tributos siempre mantuvo la vigencia de las normas referidas.

Por esta razón el artículo 108 de la LMV proclama primeramente la exención tanto del IVA como del concepto TPO de las transmisiones de valores, para después incorporar las medidas anti-elusión a nuestro ordenamiento.

En este sentido, la redacción vigente del artículo 108.2 de la LMV excepciona la exención establecida en el artículo 108.1 en dos supuestos:

- (i) Cuando los valores transmitidos representen partes alícuotas del capital social o patrimonio de entidades cuyo activo esté constituido al menos en un 50% por inmuebles situados en territorio nacional, siempre que, como resultado de dicha transmisión, el adquirente obtenga el control sobre tales entidades (artículo 108.2.a) de la LMV).
- (ii) Cuando las acciones o participaciones sociales transmitidas hayan sido 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 año (artículo 108.2.b) de la LMV).

La primera excepción trata de reaccionar contra situaciones en las que, siendo una entidad titular de un patrimonio inmobiliario y pretendiendo enajenarlo, se plantea la venta de la sociedad titular en lugar de la venta directa de los inmuebles.

La segunda excepción parte de una situación en la que un particular titular de un inmueble, en lugar de proceder a su venta directa, lo aporta a una sociedad para transmitir luego las acciones (o participaciones) representativas del capital de ésta.

Así, constituye una cláusula de estilo de las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central (“TEAC”) recaídas en reclamaciones contra acuerdos de liquidación por TPO emitidos en aplicación de esta norma que si bien, en principio y en concordancia con el Derecho comunitario, las transmisiones de valores se encuentran exentas de tributación indirecta por aplicación del artículo 108.1 de la LMV, como “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 tal regla general expuesta, en virtud de la cual, la transmisión de valores no solo no goza de exención sino que debe tributar por el tipo de las transmisiones de inmuebles”<sup>10</sup>.*

### **1.3. El artículo 108.2 de la LMV como norma anti-elusión de carácter específico. Consecuencias.**

No obstante, si partimos del concepto de las cláusulas anti-elusión como estructuras normativas en las que a su presupuesto de hecho, resultante de la tipificación de supuestos específicos de maniobras fraudulentas, se ligan unas consecuencias jurídicas, consistentes en la asignación a la Administración de la potestad de aplicar el régimen jurídico-fiscal que se ha tratado de eludir<sup>11</sup>, cabría cuestionar la naturaleza anti-elusiva del artículo 108.2 de la LMV habida cuenta de que ni el supuesto de hecho previsto en la norma requiere el concurso de un ánimo fraudulento por parte del sujeto pasivo, ni los efectos jurídicos correspondientes a dicho supuesto de hecho son los correspondientes a la norma supuestamente defraudada.

En efecto, que el supuesto de hecho no requiere ánimo fraudulento es algo sobre lo que ya se han pronunciado nuestros tribunales de justicia y así el TSJ de la Comunidad Valenciana en sentencia 981/2003 de 1 de julio señala que *“no es óbice a lo anterior [aplicación del artículo 108.2 de la LMV] el que se afirme -y no hay razón para dudar de ello- que no hay intención defraudatoria alguna en la operación, pero lo cierto es que la norma no recoge ninguna precisión al respecto de que concurra fraude, negocio indirecto o semejante, por lo que no es preciso que exista o se acredite tal elemento y basta con que se den los requisitos que la norma taxativamente establece”*. En similar

---

<sup>10</sup> Resoluciones del TEAC de 16 de febrero de 2005, de 28 y 15 de julio de 2004 y de 26 de mayo de 2004

sentido, el TSJ de Cataluña, en sentencia 608/2004, de 28 de mayo, afirma que “*lo cierto es que el hecho de perseguirse con la norma la evitación del fraude no implica en modo alguno que siempre que aquella se aplique lo sea bajo el entendimiento de su concurrencia*”.

Por otro lado, el efecto jurídico anudado a la concurrencia del supuesto de hecho puede ser muy distinto (y más gravoso para el adquirente) que el correspondiente a la norma supuestamente defraudada. Así ocurre en la mayor parte de los casos en los que la sociedad cuyas acciones se transmiten desarrolla una actividad empresarial a la que se encuentran afectos activos inmobiliarios. En estos casos, normalmente y como hemos apuntado, la transmisión directa de los inmuebles por la sociedad tributaría por IVA y el impuesto soportado por el adquirente sería directamente deducible en la medida en que el inmueble adquirido se utilice para realizar operaciones sujetas y no exentas del IVA.

La causa de que en la norma no encontremos ni el requisito de una intención defraudatoria ni la aplicación de la norma supuestamente defraudada radica en que, como señala la doctrina, el artículo 108.2 de la LMV constituye una norma antifraude de carácter específico y en este tipo de normas anti-elusivas (i) el abuso de derecho o la intención fraudulenta es apreciado y decidido por la propia normativa, sin posibilidad de razonar si concurre o no en el caso concreto, y (ii) la consecuencia negativa aparejada al cumplimiento de la hipótesis legal puede no ser la correspondiente a la aplicación de la norma presuntamente eludida.

Configurado así el artículo 108 de la LMV como una cláusula anti-elusiva de carácter específico, debe subrayarse que en este tipo de cláusulas el presupuesto de hecho es de carácter taxativo sin que quepa su interpretación extensiva a otros supuestos no previstos por la norma, ni la rectificación de la calificación otorgada al negocio jurídico realizado por las partes mediante el recurso a las cláusulas anti-abuso generales (como

---

<sup>11</sup> Así, por ejemplo en la definición de GARCÍA NOVOA: “*La cláusula antielusiva en la nueva Ley General Tributaria*”, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 259.

el conflicto en la aplicación de la norma tributaria o la simulación). Así lo ha entendido la doctrina científica cada vez que ha analizado una norma antifraude específica<sup>12</sup>.

En este sentido, cabe plantearse la legitimidad de las alternativas de planificación para evitar la aplicación del artículo 108.2 de la LMV cuando la configuración técnica de esta norma tiene consecuencias que van mucho más allá de su pretendida finalidad y que producen distorsiones en operaciones que nada tienen de fraudulentas. Esto es, nos planteamos si tratar de evitar la aplicación del supuesto de hecho de una norma anti-abuso cuando no hay abuso previo constituye en sí mismo un abuso o si, antes bien, debería considerarse que lo que resulta abusivo es forzar la aplicación de cláusulas antielusivas en supuestos en los que en modo alguno se plantea dicha elusión. Y ello porque, si el artículo 108.2 de la LMV es una norma que no necesita la existencia de propósito fraudulento para su aplicación y que establece una tributación distinta a la que normalmente resultaría de aplicación, podría afirmarse que el artículo 108.2 de la LMV lo que hace es establecer, para determinadas transmisiones de valores, un hecho imponible sustitutivo o subrogatorio del que sería normalmente de aplicación<sup>13</sup>. Pues bien, si se trata de una norma que define el supuesto de hecho de un nuevo hecho imponible, el artículo 14 de la Ley General Tributaria impide que pueda ser objeto de una interpretación que, con base en la analogía, extienda la aplicación de tal hecho imponible a supuestos no cubiertos por la norma.

Por ello, pensamos que las alternativas que se puedan plantear los particulares para no incurrir en el supuesto de aplicación de la norma anti-abuso sólo deberían poder ser atacadas mediante la modificación de la norma (vía reforma legislativa) para incluir en

---

<sup>12</sup> CLAVIJO, FALCÓN, MARTÍN, PALAO y PÉREZ ROYO a propósito de la cláusula antifraude establecida para la transmisión de derechos de imagen de deportistas (*El tratamiento jurídico-tributario de la explotación comercial de derechos de imagen de deportistas*”, Impuestos, Tomo I, 1996, págs. 532 y 433); FALCÓN Y TELLA (“*El fraude a la ley tributaria como mecanismo para gravar determinadas economías de opción*”, Revista Técnica Tributaria nº 31, 1995, pág. 59) o FERREIRO LAPATZA (“*Economías de opción, fraude de ley, sanciones y delito fiscal*”, Quincena Fiscal nº 8, abril 2001, pág. 10) cuando analizan el artículo 30 de la Ley 29/1987 o LOZANO SERRANO (“*La transparencia fiscal*”, Cuaderno de Jurisprudencia Tributaria, nº 17, Aranzadi, 2001, pág. 123) cuando analiza el régimen de transparencia fiscal.

<sup>13</sup> Así, por ejemplo, MARTÍN MORENO, José Luis: “*Transmisiones inmobiliarias sujetas al impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas y fraude fiscal*”; Ed. Centro de Estudios Financieros; Madrid; 1999; pág. 332.



el supuesto de hecho estas alternativas de planificación<sup>14</sup>. Esta es precisamente la opción que ha tomado el legislador que va a aprovechar la promulgación de la futura *Ley de medidas de prevención del fraude fiscal* para modificar el artículo 108 de la LMV ampliando (a nuestro juicio de forma excesiva) el supuesto de hecho de la norma para tratar de atajar las distintas vías de planificación que, hasta la fecha, se habían planteado para evitar la aplicación de norma en la práctica.

La doctrina había abogado por la supresión del artículo 108.2 de la LMV. Y es que ciertamente, entendemos que convendría replantearse toda la finalidad y el encaje del artículo 108.2 de la LMV en nuestro sistema tributario como tendremos ocasión de analizar a lo largo de este trabajo.

En este sentido, cabe plantearse si el artículo 108.2 de la LMV resulta adecuado a las disposiciones contenidas en la Sexta Directiva.

#### **1.4. Compatibilidad de la norma anti-elusión con el Derecho comunitario**

La Sexta Directiva 1977/388/CEE, de 17 de mayo de 1977, establece en su artículo 13.B la obligación para los Estados miembros de establecer una serie de exenciones (“*en las condiciones por ellos fijadas*”, “*a fin de asegurar [su] aplicación correcta y simple*” y “*de evitar todo posible fraude, evasión o abusos*”) una serie de operaciones entre las que se encuentran (apartado 5 del referido artículo) “*las operaciones, incluida la negociación, pero exceptuados el depósito y la gestión, relativas a acciones, participaciones en sociedades o asociaciones, obligaciones y demás títulos-valores, con excepción de: (...) los derechos o títulos enunciados en el apartado 3 del artículo 5*”. Por su parte el mencionado artículo 5.3 permite a los Estados miembros considerar como bienes corporales “*las participaciones y acciones cuya posesión asegure, de derecho o de hecho, la atribución de la propiedad o del disfrute de un inmueble o de una parte del mismo*”.

A nuestro juicio, la adecuación del artículo 108.2 de la LMV a estos preceptos de la Sexta Directiva plantea dos interrogantes: (i) en primer lugar, si la Sexta Directiva

---

<sup>14</sup> LÓPEZ ALDEA, Alberto: “*Criterios de aplicación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores*”; Revista de Contabilidad y Tributación (CEF) nº 217.

permite que la exención de las transmisiones de valores mobiliarios quede exceptuada para que dichas transmisiones queden sometidas a un impuesto que no goza de la neutralidad y generalidad características del IVA, y (ii) en segundo lugar, si la Sexta Directiva condiciona la excepción a que los Estados miembros otorguen a la transmisión de valores exceptuada de la exención el mismo régimen correspondiente a los bienes corporales inmuebles<sup>15</sup>.

Sobre esta cuestión, el TEAC, en resolución de 16 de febrero de 2005, entiende que la Sexta Directiva no ha regulado las exenciones con la precisión necesaria para que tengan efecto directo. Por su parte el TSJC de Cataluña, en sentencia nº 608/2004 de 28 de mayo, sostiene, en afirmación que no compartimos, que: *“la norma comunitaria no obliga en todo caso a sujetar al Impuesto sobre el Valor Añadido de las operaciones sobre acciones que comporten la adquisición del dominio de bienes inmuebles. El redactor de la norma, por el contrario, únicamente pretende posibilitar el establecimiento y aplicación efectiva de las exenciones que contempla autorizando, a su vez, ciertas exclusiones con el fin de evitar el fraude en la utilización de aquéllas, lo que, concretamente, autoriza la admisión del gravamen de operaciones sobre acciones que comporten la adquisición del dominio de bienes inmuebles a pesar de la exención que se permite establecer sobre el resto de operaciones con acciones. Se trata, pues, de autorizar la exención con excepciones, no de obligar en todo caso a sujetar efectivamente al Impuesto tales excepciones”*.

No nos consta que existan otros pronunciamientos en este sentido, pero pensamos que si las exclusiones a la exención autorizadas por el legislador comunitario se encuentran condicionadas a que dicha exclusión evite el fraude fiscal en la aplicación de la exención, el artículo 108.2 de la LMV excede con mucho tal condición (como tendremos ocasión de comprobar a lo largo de este trabajo) y que, en este sentido, cabe cuestionar que la excepción a la exención en IVA que dicho artículo establece se encuentra amparada por el Derecho comunitario.

---

<sup>15</sup> MARTÍN MORENO (op. cit. pág. 325) considera que *“la tributación como transmisión de inmuebles en el ITP de las transmisiones empresariales de valores tipificadas en el artículo 108.2, números 1º y 2º, debiera producirse en los mismos casos en que la entrega de aquéllos estuviera exenta del IVA y no pudiera ser renunciada la exención”*.

## **2. ELEMENTOS NORMATIVOS DEL ARTÍCULO 108.2 DE LA LMV. ANÁLISIS CRÍTICO.**

Hemos ya señalado que las normas tributarias anti-abuso de carácter específico constan de un presupuesto de hecho de carácter taxativo a cuyo cumplimiento se anuda un determinado régimen tributario.

Así, la norma anti-abuso contenida en el artículo 108.2 de la LMV contiene dos diferentes supuestos de hecho —operaciones con valores por las que se alcanza el control sobre una sociedad con un patrimonio mayoritariamente inmobiliario (artículo 108.2.1º LMV) y la transmisión de acciones o participaciones sociales recibidas por aportación de inmuebles (artículo 108.2.2º LMV)—, y una consecuencia jurídica: tributación por TPO aplicando el tipo correspondiente al valor real de los inmuebles.

Analizaremos a continuación cada uno de los elementos normativos incluidos en el artículo 108.2 de la LMV, partiendo (respecto de cada uno de ellos) de una descripción de los requisitos exigidos en la redacción vigente de la norma, y llevaremos a cabo una revisión crítica de la interpretación que doctrina científica, administrativa y judicial han efectuado, para terminar con unos comentarios acerca de las modificaciones que el *Proyecto de Ley de Medidas de prevención del fraude fiscal* pretende introducir en su redacción.

### **2.1. Primer supuesto de hecho: Operaciones con valores que determinan la adquisición del control en entidades con patrimonio predominantemente inmobiliario**

Es el supuesto de hecho contenido en el artículo 108.2.1º de la LMV que en su redacción vigente se refiere a *“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.”*

Sistematizando el precepto, podemos señalar que viene definido por la concurrencia de tres condiciones: (i) transmisión de valores representativos del capital o fondos propios de una entidad, o adquisiciones en los mercados primarios de dichos valores como consecuencia del ejercicio de los derechos de suscripción preferente o de conversión de obligaciones, cuando (ii) el activo de la entidad cuyos valores son transmitidos o adquiridos es mayoritariamente inmobiliario, y (iii) la adquisición de los valores supone la toma de control directo o indirecto sobre la entidad.

Vamos a analizar en detalle cada uno de estos requisitos.

### **2.1.1. Composición mayoritaria del activo de la sociedad por bienes inmuebles**

Para la aplicación del artículo 108.2.1º LMV lo primero que debe concurrir es una entidad cuyo activo esté compuesto en más de un 50 por 100 por bienes inmuebles situados en territorio español.

- **Concepto de bien inmueble y bienes inmuebles excluidos del cómputo**

A efectos del cómputo del activo, la norma excluye los bienes inmuebles (salvo los terrenos y solares), que formen parte del activo circulante de las entidades cuyo objeto social exclusivo consista en el desarrollo de actividades empresariales de construcción y promoción inmobiliaria.

Resulta muy criticable que la norma sólo permita la exclusión de los inmuebles contabilizados como existencias de sociedades promotoras y constructoras y no admita la exclusión de inmuebles afectos a cualquier otro tipo de actividades empresariales que requieren también inversiones significativas en activos inmobiliarios<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Crítica compartida por la doctrina científica y así, por ejemplo, José Luis GARCÍA GIL y Francisco Javier GARCÍA GIL (*“Tratado del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados”*; DIJUSA; San Fernando de Henares (Madrid); 2001; pág. 286) consideran que la norma incurre en *“estrechez”* por dejar *“fuera a otros sectores de la actividad económica cuyo activo está compuesto de manera significativa por inmuebles, como puede ser la industria hotelera”*.

En al menos una ocasión la propia doctrina administrativa se ha mostrado receptiva a este reproche. Así, la resolución del TEAC de 15 de julio de 2004 señalaba lo siguiente: “(...) *en el presente expediente, resulta muy relevante el objeto de la explotación misma; pues al tratarse de un parque, irremediamente su activo ha de sustentarse principalmente en inmuebles, e instalaciones que unidas a los anteriores, sirvan para el ocio al que está destinada la explotación, sin que del balance de la sociedad se infiera un volumen de terrenos y edificaciones que hagan sospechar que bajo la apariencia de una transmisión de valores se esconde una transmisión inmobiliaria que es, en definitiva, lo que persigue el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores, que por eso ya en su momento, exceptuó de la rigidez de la norma a las sociedades de promoción inmobiliaria, con un tratamiento más flexible en la consideración de los inmuebles a incluir para la aplicación del porcentaje de referencia. Y si bien, la norma sólo contempla este tipo de sociedades, ha de reconocerse que la realidad del mundo mercantil impone hoy día otros objetos sociales que requieran atemperar la aplicación de la norma si no se quiere atentar contra el propio espíritu de la misma*”.

Partiendo de estas premisas, la solución ofrecida por el TEAC en esta solitaria resolución fue la de excluir las instalaciones que, al amparo del artículo 334 del Código Civil pudieran ser calificadas como bienes inmuebles por destino o por incorporación, restringiendo la aplicación del cómputo a los inmuebles por naturaleza.

Téngase en cuenta a estos efectos que el artículo 3 del TRLITP y AJD establece que “*para la calificación jurídica de los bienes sujetos al impuesto en función de su diferente naturaleza, destino, uso o aplicación, se estará a lo que respecto al particular dispone el Código Civil o, en su defecto, el derecho Administrativo*”. Y que en principio, pues, el concepto jurídico de “bien inmueble” nos lo proporciona el artículo 334 del Código Civil, incluyendo tanto los bienes inmuebles por naturaleza<sup>17</sup>, como los inmuebles por incorporación<sup>18</sup>, o por destino<sup>19</sup>, así como las concesiones

---

<sup>17</sup> Artículo 334.1º CC: “*Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo*”.

<sup>18</sup> Artículo 334.3º CC: “*Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto*”.

administrativas de obras públicas, y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Por otro lado, el artículo 3 del TRLITP y AJD también dispone que se considerarán bienes inmuebles a efectos del Impuesto *“las instalaciones de cualquier clase establecidas con carácter permanente, siquiera por la forma de su construcción sean transportables, y aun cuando el terreno sobre el que se hallen situados no pertenezca al dueño de los mismos”*. No obstante, como decimos, el TEAC admitió en la resolución referida la exclusión de instalaciones de la regla de cómputo de los activos como solución práctica para salvar la exención en la transmisión de una sociedad activa que desarrollaba una actividad empresarial.

Lástima que la resolución referida no inaugurara un verdadero cambio interpretativo del artículo 108.2 de la LMV en la transmisión de sociedades que desarrollan actividades empresariales intensivas en el uso de bienes inmuebles ya que, para el propio TEAC, en posteriores ocasiones en las que se ha pronunciado sobre el particular, la transmisión de un negocio en funcionamiento no ha atemperado lo más mínimo la estricta aplicación de la norma anti-fraude y así, por ejemplo, la resolución de 16 de febrero de 2005 señala que *“el hecho de que el objetivo del negocio jurídico celebrado era transmitir un negocio en funcionamiento no es obstáculo para mantener el razonamiento anterior, pues la norma no atiende a la finalidad de la operación, de igual manera que con independencia del ánimo antielusorio, la norma se aplica de forma automática cuando se incurre en el supuesto tipo, como ocurre en el presente caso (...)”*.

Desgraciadamente, por tanto, la interpretación del artículo 108.2 de la LMV continúa sujetando a gravamen las transmisiones de paquetes de control sobre sociedades cuya actividad requiere un uso intensivo de bienes inmuebles de forma que la propia realización de la actividad comporta que el valor de los bienes inmuebles, entendidos en el amplio sentido del Código Civil, represente más del 50% del activo, a saber: entidades dedicadas a la hostelería, minería, concesionarias de autopistas, refinerías de hidrocarburos, producción de energía eléctrica, centros de enseñanza, hospitales, grandes centros de fabricación, cines, teatros, grandes almacenes, etc.

---

<sup>19</sup> Artículo 334.5º CC: *“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”*.

Evidencia esta enumeración lo desorbitado del ámbito de aplicación del artículo 108 de la LMV, su falta de neutralidad y la traba que genera en el normal desenvolvimiento de las operaciones de adquisición de empresas en numerosos sectores productivos.

En principio, si de lo que se trata es de evitar la utilización de sociedades interpuestas como medio de elusión de la imposición indirecta que grava el tráfico inmobiliario, hubiera sido deseable excluir la aplicación del artículo 108.2.a) de la LMV cuando los valores transmitidos corresponden a sociedades activas que llevan a cabo actividades empresariales, utilizando para ello, la definición que ofrecen otros ámbitos del Derecho tributario que tratan de desincentivar la canalización de inversiones pasivas a través de sociedades por motivos fiscales (sociedades patrimoniales, por ejemplo). Así, *lege ferenda*, debería propugnarse una modificación del artículo 108.2 de la LMV en el sentido de excluir su ámbito de aplicación en la transmisión de sociedades cuyo activo esté mayoritariamente afecto a una actividad empresarial. Y ello porque, en primer lugar, si lo que se pretende con la norma es evitar la elusión del tráfico inmobiliario, cuando se transmite una sociedad que desarrolla una actividad empresarial, la transmisión de tal sociedad (de la empresa en funcionamiento) no puede equiparse, en modo alguno, a la transmisión aislada de sus activos (sean éstos inmobiliarios o no). Y en segundo lugar, porque aun cuando resultara equiparable a la transmisión aislada de activos, si dichos activos se encuentran afectos a una actividad empresarial, resulta deseable —y mucho más consistente con nuestro sistema tributario— dar prioridad a la sujeción a IVA (tributo neutral) frente a la sujeción a TPO.

En cualquier caso, si por parte de la doctrina se esperaba del legislador una solución ecuéname a esta situación tan poco acorde con los principios de neutralidad tributaria, debemos constatar que la futura *Ley de Medidas de prevención contra el fraude* otorgará una solución sólo parcial y limitada a esta situación ya que excluirá la aplicación del artículo 108.2 de la LMV a las empresas cotizadas, pero no a otras empresas que, desarrollando actividades empresariales, no tengan sus acciones admitidas a negociación en un mercado secundario oficial.

En efecto, el Proyecto establece la no aplicación de la norma 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*”, sin computar a estos efectos aquellos períodos en los que se hubiera suspendido la negociación. El plazo de un año, no obstante, no será necesario cuando la transmisión se realice en el ámbito de ofertas públicas de adquisición o de venta.

Entiéndasenos bien: no nos parece mal la medida, pero nos resulta criticable su cortedad y su oportunismo. ¿Tendrá algo que ver esta modificación con el coste fiscal al que de otro modo deberían hacer frente las sociedades opantes con ocasión de ciertas OPAs?

Nótese que, como veremos más adelante, la adquisición de sociedades cuyas filiales de segundo o ulterior nivel tengan inmuebles que representen más del 50 por 100 del activo, llevará aparejada la tributación por TPO sobre el valor real de dichos inmuebles. En este sentido, nos parece discutible que la admisión a negociación constituya una causa objetiva que justifique el diferente tratamiento tributario de la transmisión de las acciones y, en esta medida, no será extraño que esta excepción sea tildada de discriminatoria.

Y es que, si bien es cierto que las transmisiones de valores admitidos a negociación no suelen enmascarar operaciones de tráfico inmobiliario, ello también ocurre, como hemos apuntando anteriormente, con todas aquellas ventas de sociedades que desarrollan actividades empresariales por más que, en ciertos casos, las inversiones requeridas en activos inmobiliarios determinen la aplicación de la norma. Por ello, nos parece que no hay razón que justifique que la admisión a negociación deba ser considerada como una especie de virtud a efectos de la aplicación de la cláusula anti-elusión frente a otras situaciones en las que tampoco hay voluntad alguna de realizar primordialmente tráfico inmobiliario.

Pero es que, si hubiera alguna causa objetiva por cuya razón la admisión a negociación suponga algún tipo de virtud, ocurre con frecuencia que en las OPAs lo que pretenden es excluir de cotización a la sociedad adquirida. Así, incluso si el hecho de cotizar constituyera una razón objetiva que justificara un mejor trato fiscal, resulta paradójico que se otorgue una ventaja fiscal precisamente a una operación (adquisición de más del 50% de la sociedad cotizada) que no pocas veces desembocará al cabo del tiempo en la exclusión de cotización de los valores en cuestión.



- **Valoración de los elementos del activo a efectos del cómputo**

Otro aspecto de la norma cuya aplicación ha suscitado controversia radica en el valor de los activos que debe tenerse en cuenta a efectos del cómputo, habida cuenta del silencio que la redacción vigente de la norma guarda sobre esta cuestión.

La DGT en consulta 275/1998, de 20 de febrero, entendió que debía tomarse el valor real de los inmuebles y no su valor contable (que bien pudiera haber quedado desfasado con lo que la finalidad de la norma como medida anti-fraude podría verse frustrada). Este criterio, confirmado también por el TEAC en resoluciones de 16 de febrero de 2005, 28 de julio de 2004 y 9 de mayo de 2001, es el que finalmente va a ser adoptado en el plano legislativo.

Por otro lado, la redacción vigente de la norma tampoco precisa la fecha a que debe quedar referido el valor del activo.

Básicamente, las alternativas son dos: o referir la valoración a la fecha del último balance aprobado, o valorar el activo y los inmuebles a la fecha de devengo del impuesto. La primera opción presenta la ventaja de que en ella el activo y los inmuebles se encuentran determinados, pero presenta el indudable inconveniente de que esta fecha puede encontrarse muy distanciada de la de transmisión de los valores, con lo que la finalidad antielusoria de la norma puede no materializarse.

En este sentido, la nueva redacción del artículo 108.2 de la LMV también aclara que el cómputo deberá realizarse a la fecha de transmisión de los valores, elaborando para ello un balance *ad hoc* en lugar de tomar como referente el último balance aprobado.

Así, la modificación que la *Ley de Medidas de prevención del fraude fiscal* introducirá en la norma establece que “*para realizar la medición del activo, los valores netos contables de todos los bienes se sustituirán por sus respectivos valores reales determinados a la fecha en que tenga lugar la transmisión o adquisición*” y que “*la medición deberá realizarse en la fecha en que tenga lugar la transmisión o adquisición de los valores, 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 ésta*”.

La nueva redacción también establece la obligación de minorar el denominador “*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*” con el objeto de evitar prácticas de dilución transitoria del valor inmobiliario del activo al objeto de quedar fuera del ámbito de aplicación del supuesto de hecho de la norma antiabuso<sup>20</sup>.

### **2.1.2. Adquisición del control**

El segundo condicionante para la aplicación del artículo 108.2.a) de la LMV es la adquisición del control sobre la sociedad que tiene un activo predominantemente inmobiliario. Es necesario, por tanto, que la transmisión de valores que se pretende excluir de la exención suponga, para el adquirente, la toma de control sobre la sociedad.

Para determinar cuándo se produce la toma de control, habrá que analizar la forma jurídica de la sociedad tenedora de los inmuebles, ya que según se trate de una sociedad mercantil o de otro tipo de entidades incluidas en la norma (asociaciones, fondos de inversión, sociedades agrarias de transformación), la adquisición del control puede tener lugar por cauces diferentes.

Tratándose de sociedades mercantiles, la LMV presume que dicha adquisición tendrá lugar cuando, directa o indirectamente, se alcance una participación en el capital social superior al 50 por 100. Se trata de una presunción *iuris et de iure* contra la que no cabe prueba en contrario y que, por tanto, opera en dos sentidos: si se adquiere el control por otras fórmulas pero no se tiene (directa o indirectamente) la mayoría del capital no hay control; por contra, hay control cuando se adquiere la mayoría del capital, aunque no se tenga el control efectivo.

Varios comentarios en cuanto al cómputo del grado de control:

---

<sup>20</sup> Algunos autores han apuntado que estas prácticas dilutorias podrían haberse evitado utilizando una medida más estable que la del activo para construir el supuesto de hecho de la norma. Así, por ejemplo, José Luis y Francisco Javier GARCÍA GIL (op. cit. pág. 284), entienden que “*habría sido más correcto el que la norma hubiese tomado en vez del activo, que se presta a confusiones y a posibilidades de cambio para eludir el artículo 108 de la LMV, el patrimonio de la entidad, que es más estable.*”

- No hay unanimidad doctrinal sobre si el cómputo de la participación en el capital debe restringirse al de las acciones que concedan a su titular plenos derechos políticos. A favor de la exclusión de las acciones sin derecho de voto, con el argumento de que la norma está vinculando la participación con la toma de control, se pronuncian, por ejemplo, MARTÍN MORENO<sup>21</sup> y JUÁREZ GONZÁLEZ<sup>22</sup>; en contra, con el argumento de que la norma atiende exclusivamente al porcentaje de participación en el capital y no a la situación de “control efectivo” sobre los órganos de gobierno de la sociedad y a fin de evitar situaciones de falta de seguridad jurídica —hay que tener en cuenta que las acciones sin voto recuperan en ocasiones sus derechos políticos<sup>23</sup>—, LÓPEZ ALDEA<sup>24</sup>. En nuestra opinión, como hemos apuntado, la presunción que realiza la norma es *iuris et de iure* y, por tanto, que la participación no conceda derechos políticos (o que los conceda en distinta proporción a la participación en el capital, como puede ser el caso de las participaciones en sociedades de responsabilidad limitada<sup>25</sup>) no debe resultar relevante a efectos del cómputo.
  
- Hasta la fecha, no se aplica la norma cuando antes de la transmisión de los valores el adquirente ya ostentaba una posición de control indirecto sobre la sociedad (entendiendo control como participación en el capital). Así, la consulta de la DGT nº 306/2004, de 17 de febrero concluye que *“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 (...) ya que no resultan*

---

<sup>21</sup> Op. cit. pág 329.

<sup>22</sup> CARBALLO CASADO, Concha, MICÓ GINER, Javier Concha y JUÁREZ GONZÁLEZ, Javier Máximo: *El patrimonio del promotor inmobiliario. Su fiscalidad y cuestiones conexas*”, en la obra colectiva coordinada por M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL *“El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos”*; Tomo VII; sección 2ª; Editorial Bosch, S.A.; Barcelona; 2005; pág. 302.

<sup>23</sup> Así, por ejemplo, cuando no se satisfaga el dividendo mínimo por no existir en cantidad suficiente beneficios distribuibles, según dispone el artículo 91 del TRLSA.

<sup>24</sup> Op. cit. pág. 79.

<sup>25</sup> Que, según lo dispuesto en el artículo 53.4 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, pueden conceder más de un voto si así se dispone en los estatutos de la sociedad.

*aplicables las excepciones reguladas en el artículo 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". En igual sentido, consultas DGT números 1907/1999, de 22 de octubre, y 2690/1997, de 26 de diciembre.*

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que esta situación va a cambiar con la nueva redacción de la norma ya que, según el Proyecto de *Ley de Medidas para la prevención del fraude fiscal*, el supuesto de hecho incluirá, no sólo las operaciones con valores que determinen la adquisición del control por el adquirente, sino también aquéllas en las que, una vez obtenido el control, aumente la cuota de participación del adquirente en ellas<sup>26</sup>. Habrá que ver cómo encaja la nueva redacción de la norma con el criterio administrativo anterior (lo más probable es que dicho criterio administrativo pierda eficacia práctica) y cómo se solucionan las cuestiones de derecho transitorio —no tratadas en el Proyecto— que puedan surgir por el cambio de la norma y su aplicación a situaciones en las que la toma de control se produjo antes de la entrada en vigor de la nueva redacción.

- Con la redacción actual, hay que atender al grado de control de cada sujeto pasivo adquirente con personalidad jurídica distinta. En este sentido, la doctrina administrativa se ha manifestado de forma reiterada en el sentido de que no se subsume en el supuesto de hecho del artículo 108.2.a) de la LMV la adquisición por un grupo familiar del control sobre una sociedad tenedora de inmuebles si ninguno de sus miembros, individualmente considerados, adquiere más del 50%. En este sentido, la resolución del TEAC de 26 de mayo de 2004 entiende que la adquisición del 97% de las participaciones en el capital de una Sociedad de Responsabilidad Limitada por una persona casada en régimen de gananciales no supone la aplicación del artículo 108.2 de la LMV, pues las adquisiciones de un cónyuge para la sociedad ganancial deben atribuirse por mitad a cada uno de los

---

<sup>26</sup> Como veremos, esta modificación trae causa de los cambios que el Proyecto introducirá también en el cálculo de la base imponible.

cónyuges. El mismo criterio mantiene la DGT en consultas vinculantes números V1045/2005, de 13 de junio, y V0272/2004, de 16 de noviembre, esta última respecto a la adquisición por cada uno de los cónyuges de un matrimonio casado en separación de bienes del 41% de las participaciones sociales en una sociedad limitada.

Curiosamente, sin embargo, cuando no se trata de grupos familiares, sino de grupos societarios, el criterio administrativo cambia. Así, la resolución del TEAC de 5 de marzo de 2003 ha admitido la aplicación del artículo 108 de la LMV a *“la transmisión de la totalidad de las acciones de una sociedad en favor de otras dos sociedades, a su vez participadas en un 100 por 100 y en un 50 por 100 por otra tercera”*. Se trataba de un caso en el que las sociedades adquirentes habían sido constituidas *ad hoc* y quizá por ello, el TEAC en la resolución referida afirma que como *“la tercera sociedad posee indirectamente el 75 por 100 del capital de la sociedad transmitida y por tanto su control”* aunque no tenga la condición de adquirente *“aparentemente y desde luego, formalmente”* debe concluirse que *“un abuso de las formas jurídicas no debe ser la vía para eludir el gravamen, estando en este caso en presencia de un negocio anómalo y más concretamente simulado, por realizarse a través de personas interpuestas y en aplicación del artículo 25 de la LGT se grava al verdadero adquirente de las acciones, que es la tercera de las entidades aludidas”*.

Teniendo en consideración que el artículo 108.2 de la LMV constituye una norma anti-fraude específica (en la que no cabe desvirtuar la presunción de existencia de fraude para evitar su aplicación, como reiteradamente nos han recordado nuestros Tribunales Superiores de Justicia) pensamos que sería de elemental justicia que tampoco cupiese extender la presunción a supuestos no previstos en la norma. Esto es, si el artículo 108.2 de la LMV es una norma que establece un hecho imponible sustitutivo o subrogatorio del aplicable con carácter general a las transmisiones de valores, en modo alguno puede ser objeto de una interpretación que, con base en la analogía, extienda tal hecho imponible a supuestos no cubiertos por la norma ya que tal proceder se encuentra prohibido por el artículo 14 de la Ley General Tributaria. Y esto es predicable, a nuestro juicio, tanto en

supuestos en los que el sujeto pasivo ha pretendido de forma deliberada quedar excluido del ámbito de aplicación de la norma (como es el caso de la resolución citada), como, con mucha mayor razón, en aquellos casos en los que no existe situación artificiosa alguna (por ejemplo, en una toma conjunta de control por filiales operativas de un grupo de empresa que pueda ser realizada en atención a consideraciones de mercado).

En cualquier caso, debe destacarse que con las modificaciones que experimentará la norma si el *Proyecto de Ley de Medidas contra el fraude fiscal* sale adelante en su redacción actual, no hará falta acudir a la interpretación que realiza el TEAC para extender el supuesto de hecho de la norma ya que estos casos ya estarán expresamente cubiertos por ella. Así, según la redacción de la norma que propone el Proyecto, a efectos de determinar el control “*deberán computarse los valores que sean titularidad tanto de la entidad que realice la adquisición como de las demás entidades pertenecientes al mismo grupo de sociedades*”. Lo que no aclara la nueva redacción de la norma es quién será el sujeto pasivo del impuesto en casos como el analizado por el TEAC en el que varias filiales de un mismo grupo adquieren al mismo tiempo una participación idéntica en una sociedad tenedora de inmuebles de forma que, sólo computando ambas participaciones, se pueda entender que el grupo de sociedades adquiere el control. Por ello, la aplicación literal de la norma, en la redacción que a fecha de hoy propone el Proyecto, puede llevar a la aberrante situación de exigir el gravamen tantas veces como sociedades adquirentes concurren en la toma de control. Confiamos que este defecto técnico de la norma se corrija de tal forma que quede claro que el impuesto sólo podrá ser exigido una vez bien a la sociedad que adquiere el control indirecto (aunque no se trate de la adquirente formal y aparente de los valores), bien a alguna de las sociedades adquirentes (formales y aparentes) que concurren en la toma de control, pero en ningún caso a todas ellas conjuntamente (salvo que la base imponible se reparta entre todas las adquirentes intervinientes).

### **2.1.3. Operaciones que determinan el supuesto de hecho**

Supuesta la adquisición del control sobre una sociedad cuyo activo está compuesto mayoritariamente por inmuebles, la redacción vigente requiere asimismo que esta toma

de control sea consecuencia de alguna de las siguientes operaciones: transmisión de los valores, o adquisición en el mercado primario de los valores como consecuencia del ejercicio bien de derechos de suscripción preferente, bien de derechos de conversión de obligaciones en acciones.

- **Valores a que se refiere la norma**

Para estos tres supuestos la redacción vigente de la norma requiere que los valores que se transmiten o adquieren sean representativos del capital de precisamente la sociedad de tenencia de inmuebles que pasa a estar controlada tras la operación. Esto es, la norma vigente, en su interpretación literal, no incluye en el presupuesto de hecho definido en el artículo 108.2.a) de la LMV, la transmisión de acciones o participaciones en una sociedad intermedia (aquella que tiene participación mayoritaria en la sociedad tenedora de los inmuebles)<sup>27</sup>.

En este sentido José Luis GARCÍA GIL y Francisco Javier GARCÍA GIL<sup>28</sup> consideran que existe una contradicción interna en el artículo 108 de la LMV porque *“el supuesto que contempla se refiere a la transmisión de participaciones del capital de la entidad de tenencia de inmuebles (...) y precisamente cuando se consigue un control de manera indirecta puede que no se transmitan participaciones de la sociedad de tenencia de inmuebles, sino de las sociedades intermedias que intervienen en la relación de control”*.

Esta aparente contradicción interna en la redacción vigente de la norma puede ser salvada a fecha de hoy interpretando que el supuesto de hecho sólo incluye la transmisión de una participación directa sobre la sociedad de tenencia de inmuebles como resultado de la cual se adquiera el control sobre la sociedad, bien porque el porcentaje directo adquirido sea por sí solo superior al 50 por 100, bien porque adicionado con el porcentaje de participación, directo o indirecto, que tuviera previamente se alcance dicho umbral de participación.

---

<sup>27</sup> LÓPEZ ALDEA, op. cit., pág. 80.

<sup>28</sup> Op. cit. pág. 283.

No obstante, la doctrina administrativa ha mantenido en alguna ocasión una posición distinta. Así, por ejemplo, en la resolución del TEAC de 31 de mayo de 1995 donde se analizaba el supuesto en que una sociedad (Sociedad A) titular del 15% de las acciones representativas de una sociedad tenedora de inmuebles (Sociedad X), adquiriría la totalidad del capital de otras dos sociedades (Sociedades B y C) que tenían directamente el 85% del capital restante de la Sociedad X. En la resolución citada el TEAC considera aplicable el artículo 108.2 de la LMV porque entiende que la adquisición del control indirecto sobre la Sociedad X por la Sociedad A se encuentra incluido en el supuesto de aplicación de la norma, interpretación que fue posteriormente refrendada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de enero de 2003.

La *ratio decidendi* de esta sentencia toma como punto de partida la afirmación de que *“las excepciones al sistema de exenciones tributarias en las transmisiones de valores previstas en el citado artículo 108 responden a la lucha contra el fraude fiscal y pretenden impedir que queden exceptuadas operaciones que impliquen la adquisición del poder de control y disposición —en este caso— sobre el patrimonio inmobiliario de un grupo de sociedades”*. Y de ahí deduce el Alto Tribunal que al adquirir la Sociedad A *“el 100% de las acciones de [las Sociedades B y C], ha adquirido también, con ese 100%, al menos de un modo indirecto, el 85% de las acciones que dichas dos sociedades ostentaban en el capital social de [la Sociedad X] y, en consecuencia, [la Sociedad A], que detentaba ya el 15% de las acciones de la citada [Sociedad X], tiene el poder control y la disposición del patrimonio de las otras sociedades y, en consecuencia, de los inmuebles comprendidos en el mismo”*.

Ante estas situaciones de adquisición de la sociedad intermedia, MARTÍN MORENO<sup>29</sup> se plantea la posibilidad de apreciar, cuando en el activo están *“presentes (...) acciones por encima del 50 por 100 del capital de otra sociedad cuyo activo, a su vez, se componga en más de un 50 por 100 de bienes inmuebles”* que *“dichas acciones, cual molinos por gigantes, deban ser tenidas por inmuebles cuando su presencia permita el control de la sociedad participada”*. No es una posibilidad, no obstante, que se encuentre permitida en la redacción vigente de la norma y por ello resulta criticable, a

---

<sup>29</sup> Op. cit. pág. 335.



nuestro juicio, la interpretación extensiva realizada por la Administración y confirmada por el Tribunal Supremo en el supuesto anteriormente analizado. Reiteramos los comentarios ya realizados acerca de la imposibilidad de extender la aplicación de una norma que establece un hecho imponible sustitutivo (como es el caso) a supuestos no previstos por ella.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que la línea de interpretación apuntada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de enero de 2003 es la que adoptará la nueva redacción de la norma en la *Ley de Medidas de prevención contra el fraude fiscal*.

En efecto, el supuesto de hecho en la nueva redacción se construye en torno a los valores “*que representen partes alícuotas del capital social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones y otras entidades cuyo activo esté constituido al menos en un 50 por 100 por inmuebles situados en territorio nacional, (hasta aquí ninguna novedad significativa que no sea de mera redacción) o en cuyo activo se incluyan valores que le permitan ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado en más de un 50 por 100 por inmuebles*”.

Mucho nos tememos que con esta redacción, el ámbito de aplicación de la norma se extenderá más allá de lo que criterios de neutralidad fiscal aconsejarían. En efecto, con la nueva redacción ya no será necesario que la composición mayoritaria del activo de la sociedad cuyos valores son transmitidos sean inmuebles; bastará con que la sociedad tenga una participación mayoritaria en una sociedad inmobiliaria (aunque dicha participación suponga sólo, por ejemplo, el 5% de su activo) para que se desencadene la aplicación de la norma. Se pone en peor posición, por tanto, a la sociedad que mantiene inversiones inmobiliarias a través de sociedades intermedias (lo que a veces se plantea en el mercado para separar los riesgos del negocio de los riesgos inmobiliarios), que a la misma sociedad que ostenta las mismas inversiones inmobiliarias de forma directa. Nos resulta absurdo que la estructura corporativa de un grupo de sociedades pueda condicionar hasta tal punto el régimen de tributación indirecta aplicable en su transmisión.

- **Operaciones previstas en la norma**

En la redacción vigente, la norma prevé tres operaciones sobre valores que pueden desencadenar el devengo del tributo: transmisiones onerosas de valores, adquisición de valores como consecuencia del ejercicio de derechos de suscripción preferente, y adquisición de valores como consecuencia del ejercicio del derecho de conversión de obligaciones en acciones.

El Proyecto añade un nuevo supuesto, cual es la transmisión de los valores a la propia sociedad tenedora de los inmuebles para su posterior amortización por ella a cuya aplicación auguramos no pocas discusiones: ¿Será aplicable en los casos en los que la adquisición de autocartera por la sociedad no se enmarque en un acuerdo de reducción de capital? ¿Necesita que la amortización se practique sin solución de continuidad respecto de la adquisición de los valores? ¿Qué sucederá si las acciones adquiridas no son objeto de amortización sino de su venta a terceros?.

En la redacción original de la LMV sólo se preveía la transmisión onerosa de valores. Posteriormente este supuesto de hecho se ha ido sucesivamente ampliando por el legislador en lo que podría calificarse como un intento de ponerle puertas al campo ya que es evidente que, debiendo ser la norma objeto de interpretación taxativa, la inclusión de unas operaciones en el supuesto de hecho de la norma supone necesariamente la exclusión del supuesto de hecho de todas las restantes. Así, por ejemplo, todos aquellos supuestos en los que el derecho de suscripción preferente queda excluido (por ejemplo, en la suscripción de acciones o participaciones con prima de emisión). Quizá por ello, la nueva redacción de la norma incluye en su supuesto de hecho *“las adquisiciones en los mercados primarios como consecuencia del ejercicio de los derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones o mediante cualquier otra forma, de valores (...)”*.

En cualquier caso, está claro que del primitivo supuesto de hecho de la norma antielusiva (i.e., la transmisión de valores) que es coherente tanto con el hecho imponible del concepto TPO regulado en el artículo 7.1.A) del TRLITP y AJD<sup>30</sup> y con

---

<sup>30</sup> Transmisiones onerosas por actos inter vivos de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas.

el hecho imponible del IVA regulado en el artículo 4.Uno de la Ley 37/1992<sup>31</sup>, se ha ido evolucionando hacia un supuesto de hecho construido en torno al concepto “toma de control” y que cada vez más, va perdiendo sus puntos de conexión con el primigenio hecho imponible. Así, por ejemplo, en estos casos previstos por la norma no hay *strictu sensu* la “transmisión de bienes y derechos” definitorio del hecho imponible TPO. Existe, eso sí, una adquisición de valores, pero no la transmisión de estas, ya que la dilución experimentada por los anteriores socios o accionistas de una entidad no es generalmetne considerada como una transmisión a efectos de IVA y de TPO. Y ello abunda en nuestra opinión de que el 108.2 de la LMV supone más el establecimiento de un hecho imponible sustitutivo o subrogatorio del hecho imponible del IVA y del concepto TPO, más que el establecimiento de supuestos de excepción a la exención en estos tributos para determinadas transmisiones de valores<sup>32</sup>.

## **2.2. Segundo supuesto de hecho: Transmisión de valores adquiridos como consecuencia de la aportación no dineraria de bienes inmuebles en la constitución o ampliación de capital de entidades**

En este caso, la norma excluye de la exención a las transmisiones de acciones o participaciones sociales cuando éstas hubieran sido recibidas por aportaciones de bienes inmuebles al capital social, siempre que entre la fecha de aportación y la de transmisión no hubiera transcurrido un año.

Si no existiera este supuesto de hecho, la aportación del bien inmueble a la sociedad tributaría por la modalidad Operaciones Societarias del ITP y AJD, al tipo de gravamen del 1 por 100<sup>33</sup>, y la transmisión posterior de las acciones estaría exenta, con un ahorro

---

<sup>31</sup> Entregas de bienes realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional.

<sup>32</sup> Así lo sostiene también MARTÍN MORENO, op. cit. pág. 332, centrandó la atención en que las transmisiones de valores incluidas en el artículo 108.2 de la LMV quedan sujetas y exentas del IVA o del ITP en tanto que transmisiones de acciones, para luego tributar por el concepto transmisiones patrimoniales onerosas.

<sup>33</sup> Y también por el IVA si el aportante es un empresario a efectos de este tributo y se trata de un bien inmueble cuya transmisión no esté exenta o si se renuncia a la exención.

mínimo del 5 por 100. Por tanto, puede considerarse que la norma antielusiva está justificada.

El supuesto de hecho establece en este caso una conexión causal entre las acciones recibidas en virtud de las aportaciones de bienes inmuebles realizadas al capital (con ocasión de la constitución de sociedades o la ampliación de su capital social), y las acciones transmitidas. Esta conexión causal “*evita la liquidación de las sucesivas transmisiones de acciones o participaciones en el período de un año por persona distinta del aportante*” (MARTÍN MORENO<sup>34</sup>) ya que como señala MARTÍNEZ LAFUENTE<sup>35</sup> en relación con esta norma “*en el espacio previsto en la ley sólo cabe eludir el impuesto una vez, por lo que una segunda transmisión de acciones o participaciones seguiría el régimen tributario normal, por la evidente razón de que ya no figuraría como transmitente el aportante*”.

De la redacción vigente la doctrina había criticado la cortedad del intervalo temporal previsto en la norma que se consideraba insuficiente para desincentivar a quienes quieren utilizar sociedades interpuestas con fines de ahorro fiscal. Precisamente por ello, la *Ley de Medidas de prevención del fraude fiscal* va a ampliar el plazo a tres años.

Llegados a este punto, debemos realizar una valoración sobre la oportunidad y necesidad del artículo 108.2 de la LMV como norma para evitar el fraude fiscal en las transmisiones inmobiliarias. A nuestro juicio, sólo existe cabe predicar una hipotética finalidad elusoria a las transmisiones de valores en una sociedad inmobiliaria cuando los inmuebles han sido previamente aportados a tal sociedad por un particular no empresario en una operación sujeta a Operaciones Societarias y no a TPO. No hay por contra finalidad elusoria cuando la sociedad ha devenido titular del inmueble por adquisición sujeta a IVA. Por tanto, si de lo que se trata de verdad es de evitar prácticas elusorias y no de procurar vías de financiación alternativas a nuestras CC.AA, ¿por qué no establecer un tipo más elevado a la aportación no dineraria de inmuebles a una sociedad cuándo ésta queda sujeta a Operaciones Societarias, o dar prioridad en estos

---

<sup>34</sup> Op. cit., pág. 351.

<sup>35</sup> MARTÍNEZ LAFUENTE, Antonio: “*Manual del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*”; Marcial Pons; Madrid; 1997; pág. 208.

casos al concepto TPO que al concepto OS? Cualquiera de estas dos soluciones arrojaría resultados más ponderados y neutrales que los que arroja el artículo 108.2 de la LMV, al tiempo que se conseguirían evitar las prácticas presuntamente elusorias del régimen de tributación indirecta de las transmisiones de bienes inmuebles que se encuentra en el origen de la norma.

### **2.3. Consecuencia jurídica: Tributación por TPO**

Una vez analizado el supuesto de hecho de la norma anti-elusión, es el momento de revisar cuál es la consecuencia jurídica que el legislador liga a su cumplimiento y que no es otra que la tributación por TPO.

En este sentido, la redacción vigente del precepto establece que *“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 con las reglas contenidas en la normativa vigente del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados”*.

- **Base imponible**

La doctrina administrativa siempre pensó que el objetivo de la norma de gravar propiamente la transmisión de inmuebles para corregir posible situaciones fraudulentas exigía que el tipo de gravamen se aplicara sobre la totalidad del valor real de los inmuebles, como medida cautelar para evitar que el propio mecanismo de exención establecido en el precepto evitara que la tributación llegara a producirse si el gravamen sólo se exigiere por el porcentaje del capital adquirido sobre el valor del bien, realizándose la adquisición total de la sociedad mediante sucesivas entregas.

Por eso el TEAC, en resoluciones de 23 de noviembre de 1995, 23 de julio de 1998 y 27 de mayo de 1999 considera justificado hacer coincidir la base imponible con el valor total de los inmuebles, aunque no se adquiriera la totalidad del capital.

El reverso de esta tesis es que la transmisión de una participación muy pequeña del capital (en el caso límite, una sola acción) podría desencadenar la tributación por el

valor total del activo. MARTÍN MORENO<sup>36</sup> ha considerado “*excesivo que la enajenación de una sola acción desate tanta feracidad recaudatoria*”, valoración ésta que compartimos y con la que también parecen coincidir nuestros tribunales de justicia.

Así, el TSJ de Madrid, en sentencia 946/2004, de 15 de octubre, señala que “*el hecho imponible [transmisiones patrimoniales onerosas] viene determinado por el desplazamiento de un bien o derecho desde el patrimonio de una persona física o jurídica, a otro patrimonio, es decir, la denominada adquisición derivativa. La adquisición de acciones de una sociedad, (...) está incluida en el supuesto del hecho imponible citado, y, por tanto, sujeto al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. En consecuencia, no puede admitirse que el hecho imponible viene constituido por la obtención de una participación en el capital social superior al 50 por 100, ni por la obtención del control sobre la sociedad, sino que, como dice el precepto, viene constituido por las transmisiones en este caso, de los valores específicamente transmitidos, algo que es cuantificable o evaluable económicamente, lo que no sucede con la obtención del control de la sociedad, que comprende una serie de facultades sociales en la gestión o representación de la persona jurídica*”. Por tanto, el TSJ de Madrid, partiendo de que el hecho imponible no es la adquisición del control, sino la transmisión de acciones cuando, además, el que adquiere obtiene el control, concluye que la base imponible del impuesto está constituida por el valor real del bien transmitido o del derecho que se constituya o ceda (los valores transmitidos en nuestro caso) sin que proceda, como pretendía la Comunidad de Madrid, considerar como base imponible el valor total de los terrenos propiedad de la sociedad, con independencia del tanto por ciento del capital de la sociedad que representa el número de acciones transmitidas y que, en el caso concreto, era del 75%.

También se ha pronunciado en este sentido el propio Tribunal Supremo en sentencia de 30 de abril de 2004 en la que afirma que 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*

---

<sup>36</sup> MARTÍN MORENO, op. cit, pág. 337.

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 aquélla que, por supuesto, tendría que respetar la prescripción de la primera, que no es el caso de autos”. El Tribunal admite que la “ratio legis” del precepto “surgió frente a la conducta consistente en transmitir los inmuebles mediante la transmisión de las acciones de la sociedad propietaria”, pero considera que en dicha “ratio legis” existe “una correlación sustancial, a modo de “desideratum”, consistente en la adquisición del 100 por 100 del capital o sea del 100 por 100 de la propiedad del inmueble”, de forma que “en cambio la tesis de considerar como hecho imponible la adquisición total de los inmuebles, con una participación del 50,01 por 100 resulta inadmisibile por desmesurada y alejada de la realidad societaria”. Termina el Tribunal Supremo resaltando la “muy baja calidad técnica del artículo” y subrayando que la base imponible era una cuestión que “exigía un pronunciamiento legal claro y terminante”.

El Proyecto de *Ley de Medidas para la prevención del fraude fiscal*, tomando nota de sólo esta última consideración de nuestro Alto Tribunal, y haciendo caso omiso de todas las demás, introducirá nuevas normas para la determinación de la base imponible.

- Para el supuesto de adquisición del control sobre una sociedad con un patrimonio mayoritariamente inmobiliario, la base imponible será la del “*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 obtención del control*”.

La solución que adopta esta iniciativa legislativa (que la base imponible es el porcentaje adquirido hasta la toma de control sobre la totalidad del valor real de los inmuebles) es la que propugnaban algunos autores<sup>37</sup> para conseguir que la norma produjera resultados más ponderados desde el punto de vista recaudatorio sin perder eficacia antielusoria.

Por otro lado, hay que señalar, como aspecto positivo de la modificación, la precisión que contiene la norma en el sentido de que la base imponible se toma por referencia al valor de las partidas del activo que “*a los efectos de la aplicación de esta norma, deban computarse como inmuebles*” lo que aclara definitivamente que el valor de los inmuebles contabilizados como existencias (distintos de los terrenos y solares) de las empresas constructoras e inmobiliarias debe quedar excluido de la base imponible<sup>38</sup>.

- Para el supuesto de que, una vez obtenido el control de forma onerosa o lucrativa, se pase a aumentar la cuota de participación del adquirente en la sociedad, la base imponible será “*el porcentaje en el que se aumente la cuota de participación*” sobre el valor real de la totalidad de los activos que deban computarse como inmuebles. Esta precisión tiene por objeto evitar particiones de la adquisición, de forma que, en la práctica, sólo quede gravada la adquisición del 51% de las acciones de una sociedad. Para ello, la norma va a dejar de limitar sus efectos al momento de la toma de control y va a desplegar su eficacia a momentos posteriores. Y ello nos suscita dos comentarios. En primer lugar, que la inexistencia de normas de derecho transitorio podrá plantear problemas de compatibilidad con la norma actual que deberían resolverse, a nuestro juicio, mediante la aplicación de las nuevas normas sólo a supuestos en los que la toma de control tenga lugar después de la entrada en vigor de la modificación. Y en segundo lugar, que la inexistencia de un lapso temporal que acote la eficacia de la nueva norma en el tiempo puede desvirtuar, en cierta forma, la exención establecida en el apartado 1 del artículo 108.2 de la LMV para las transmisiones de valores.

---

<sup>37</sup> MARTÍN MORENO, op. cit., pág. 339.

<sup>38</sup> Con la redacción actual ésta era la solución propugnada por algunos tratadistas que consideraban que si la ley excluye estos inmuebles para determinar la aplicación de la norma anti-abuso es porque no los considera idóneos para producir situaciones de elusión fiscal por lo que entienden que también deberían quedar excluidos a efectos de determinar la base imponible. Así, por ejemplo PARRONDO AYMERICH, J.: *Imposición indirecta sobre las transmisiones de valores*”; Papeles de Economía Española, nº 32/1990. En contra, por entender que la literalidad de la norma, en su redacción vigente, sólo autoriza la exclusión de determinados inmuebles a efectos del cómputo (y no de la base imponible), MARTÍN MORENO (op. cit. pág. 338) y LÓPEZ ALDEA (op. cit. pág. 88).



- Para el caso de que en el activo de la sociedad cuyos valores son transmitidos o adquiridos se incluyan participaciones tales que le permitan ejercer el control en sociedades inmobiliarias (entendiendo por ellas aquellas cuyo activo está compuesto mayoritariamente por inmuebles) la norma dispone que *“para determinar la base imponible sólo se tendrán en cuenta los inmuebles de aquéllas cuyo activo esté integrado al menos en un 50 por 100 por inmuebles”*.
- Para el supuesto de transmisión de valores adquiridos en la aportación de inmuebles al capital de una sociedad, la base imponible será *“la parte proporcional del valor real de los inmuebles que fueron aportados en su día correspondiente a las acciones o participaciones transmitidos”*.

- **Tipo de gravamen**

El tipo de gravamen a aplicar será el correspondiente a las transmisiones onerosas de bienes inmuebles, esto es, el establecido por la Comunidad Autónoma o Comunidades Autónomas donde estén situados los inmuebles integrantes del activo de la entidad. supletoriamente, en defecto de regulación autonómica, se aplicará el tipo del 6 por 100.

### **3. CONSIDERACIONES FINALES**

Como hemos apuntado a lo largo de este trabajo, del origen histórico del artículo 108.2 de la LMV se desprende que la finalidad de esta norma es luchar contra la elusión del régimen tributario del tráfico inmobiliario (evitando que, mediante la interposición de figuras societarias, se realicen transmisiones de valores que enmascaran auténticas transmisiones de bienes inmuebles). No obstante, el hecho de que no se exija la concurrencia de un ánimo fraudulento para su aplicación, unido a la circunstancia de que el régimen tributario contenido en el artículo 108.2 de la LMV no es el pretendidamente eludido, nos lleva a concepcionar el artículo 108.2 de la LMV como una norma anti-elusión de carácter específico en la que se utiliza la técnica de establecimiento de un hecho imponible sustitutivo o subrogatorio para determinadas transmisiones de valores.

Este planteamiento del artículo 108.2 de la LMV como norma anti-elusión de carácter específico deberá ser cuestionado tras las modificaciones que en su redacción

introducirá la *Ley de Medidas de prevención del fraude fiscal*. Así, los diferentes elementos constitutivos de la norma (supuesto de hecho, sujeto pasivo, base imponible) se van a configurar con la nueva redacción alrededor del concepto “toma de control” sobre una sociedad con patrimonio mayoritariamente inmobiliario, concepto éste que presenta poca o ninguna conexión el hecho imponible del IVA (entrega de bienes) o con el concepto TPO del ITP y AJD. Por otro lado, de un supuesto de hecho taxativo y con un ámbito de aplicación muy limitado, se va a pasar a un supuesto de hecho de contornos indefinidos y mucho más amplio. Siendo así, nos parece que la nueva redacción de la norma inaugura el establecimiento de un nuevo hecho imponible donde cabe cuestionar que la verdadera finalidad del artículo 108.2 de la LMV sea la lucha contra el fraude fiscal ya que se admitirá su aplicación en situaciones (por ejemplo, la venta de sociedades cabeceras de grupos empresariales que puedan tener filiales en un nivel muy ulterior con inversiones en activos inmobiliarios) en las que se sabe de antemano que no concurre intención defraudatoria alguna.

La consecuencia de todo ello es que se va ampliar de forma excesiva el ámbito de aplicación de una norma (antes taxativa) para dar respuesta a las exigencias de las Comunidades Autónomas que, como es sabido, son los entes territoriales que tienen atribuida la competencia en materia de recaudación del ITP y AJD. Y ello, paradójicamente, en un contexto en el que algunas de esas mismas Comunidades Autónomas están reduciendo el ámbito de aplicación de otros tributos de competencia autonómica con la inevitable pérdida de coherencia de nuestro sistema tributario que todo ello comporta.

En nuestra opinión, hubiera sido mucho más deseable abordar en otros términos la lucha contra el fraude fiscal realizado mediante la interposición de sociedades, y extender el certificado de defunción de una norma que ha recibido críticas proporcionales a su veteranía por cuantos se han acercado a su análisis e interpretación.

Madrid, abril de 2006