

**CUESTIONES PRÁCTICAS DERIVADAS DE LA
NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 108 DE
LA LEY 24/1988, DE 28 DE JULIO, DEL
MERCADO DE VALORES (Parte II)**

Autores: Víctor Viana Barral / Miguel Bastida Peydro
Abogados
Uría Menéndez

1. INTRODUCCIÓN	3
2. ASPECTOS RELATIVOS A LA ADQUISICIÓN O INCREMENTO DE CONTROL SOBRE LA SOCIEDAD INMOBILIARIA	3
2.1. Existencia de una transmisión o adquisición.....	3
2.2. Obtención de control sobre una sociedad inmobiliaria	5
2.3. Transmisiones de control en operaciones societarias	7
3. TRANSMISIÓN DE ACCIONES O PARTICIPACIONES PARA SU AMORTIZACIÓN	10
4. TRANSMISIÓN DE ACCIONES O PARTICIPACIONES RECIBIDAS COMO CONSECUENCIA DE LA APORTACIÓN DE BIENES INMUEBLES	12
5. ASPECTOS RELATIVOS A LA DETERMINACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE Y LA CUOTA.....	13
5.1. Base imponible en los supuestos de adquisición o incremento de control.....	14
5.2. Base imponible en los supuestos de transmisión de acciones o participaciones recibidas por aportación de inmuebles	17
6. ASPECTOS RELATIVOS A LA DETERMINACIÓN DEL SUJETO PASIVO	17
7. CUESTIONES DE DERECHO TRANSITORIO.....	19

1. INTRODUCCIÓN

Como continuación de la primera parte del trabajo publicada en el número anterior, en esta segunda nos referiremos a los siguientes aspectos problemáticos en las operaciones de adquisición de sociedades inmobiliarias:

- (i) Transmisión de acciones o participaciones para su amortización.
- (ii) Transmisión de acciones o participaciones recibidas como consecuencia de la aportación de bienes inmuebles.
- (iii) Aspectos relativos a la determinación de la base imponible y la cuota.
- (iv) Aspectos relativos a la determinación del sujeto pasivo.
- (v) Cuestiones de derecho transitorio.

2. ASPECTOS RELATIVOS A LA ADQUISICIÓN O INCREMENTO DE CONTROL SOBRE LA SOCIEDAD INMOBILIARIA

En la redacción del artículo 108 de la LMV, son dos los elementos esenciales que determinan el devengo del ITP en la transmisión de sociedades inmobiliarias; uno es la configuración del activo de la sociedad (que debe ser predominantemente inmobiliario) y el otro es la necesidad de que exista una toma de control (o incremento de éste, si ya se tenía el control).

En relación con este segundo requisito, la redacción del artículo 108 de la LMV establece que la transmisión o adquisición de valores o participaciones estará sujeta a ITP *“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”*.

Además, precisa la norma que si los valores o participaciones adquiridos o transmitidos han sido emitidos por sociedades mercantiles, se entenderá obtenido el control cuando directa o indirectamente se alcance una participación en el capital social superior al 50%. La norma incluye, a los efectos de este cómputo, como participación del adquirente los valores de las demás entidades pertenecientes al mismo grupo de sociedades.

2.1. Existencia de una transmisión o adquisición

Aunque el hecho de que la exigibilidad del impuesto esté supeditada a la existencia de una transmisión o de una adquisición pueda parecer una obviedad, el análisis de la compleja variedad de situaciones que se pueden presentar en la vida mercantil de una sociedad hace imprescindible dedicar unas líneas a la delimitación de ambos conceptos.

En primer lugar, estos dos términos deben ponerse en relación con el primer párrafo del artículo 108.2 de la LMV, que establece que quedan exceptuadas de la aplicación de la exención dispuesta en el apartado anterior (y, por tanto, sujetas a tributación) las *“transmisiones [de valores] realizadas en el mercado secundario, así como las adquisiciones [de valores] 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”.

La delimitación de la existencia de transmisiones que se realicen en el mercado secundario plantea menos problemas conceptuales en cuanto que parece evidente que la norma se está refiriendo a las transmisiones que se consideran como tales a efectos de la Ley de ITP¹ y que están delimitados en el artículo 7.1.a) de ese texto normativo. Entendemos que como transmisiones se deberían incluir igualmente las enumeradas en el artículo 7.2 de la Ley de ITP (adjudicaciones en pago y para pago de deudas, adjudicaciones en pago de asunción de deudas, excesos de adjudicación), puesto que se trata de supuestos específicos del género de las transmisiones, aunque el hecho de que estén incluidas en un apartado diferente ha llevado a un sector de la doctrina a no considerarlas como una transmisión a estos efectos².

Por el contrario, no se incluyen dentro del perímetro del artículo 108 de la LMV las operaciones que supongan la constitución de derechos reales sobre las acciones o participaciones³. Esta situación implicaría que la concesión de un derecho de usufructo sobre las acciones de una sociedad inmobiliaria quede sujeta al régimen general de tributación indirecta, esto es, sujeción sin exención al ITP en caso de que el concedente sea un particular (sería aplicable el tipo del 4% por tratarse de constitución de un derecho real sobre un bien mueble), y sujeción y exención al IVA en caso de que el concedente sea un empresario o profesional.

Esta situación podría provocar situaciones en las que la transferencia del control, siquiera temporal, sobre la sociedad inmobiliaria no quedase sujeta al ITP. Así ocurriría si se combina la constitución de un derecho de usufructo con la atribución de los derechos políticos al usufructuario⁴. Si el nudo propietario es un empresario o profesional, la operación estaría exenta de IVA y no sujeta a ITP, y el usufructuario habría conseguido el control económico y político de la sociedad inmobiliaria, aunque estaría limitado en el tiempo al plazo durante el cual se hubiera constituido el derecho.

Respecto del concepto de adquisición en el mercado primario, la determinación de su existencia se torna más compleja. A ello ha contribuido decisivamente la nueva redacción del artículo 108 de la LMV, al establecer que dicha adquisición se debe producir en el mercado primario como consecuencia del *“ejercicio de los derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones o mediante cualquier otra forma”*.

¹ Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados.

² BAS SORIA, José: “El artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores: comentarios a propósito de un precepto complejo”, *Revista Impuestos*, 7, 2008, págs. 11-32.

³ Así la ha confirmado la DGT en contestaciones a consultas de fechas 28 de marzo de 1989 y 26 de noviembre de 2002.

⁴ De acuerdo con el artículo 67 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (“LSA”), el usufructuario tendrá derecho a los dividendos acordados durante la vigencia del usufructo. El resto de los derechos corresponden al nudo propietario, aunque es posible atribuirlos al usufructuario a través de una disposición expresa en los estatutos.

Parece claro, y así lo han manifestado algunos autores⁵, que el objeto de incluir una referencia tan genérica es evitar que escapen del ámbito del impuesto supuestos en los que se entiende que existe una transferencia encubierta de control. Nos estamos refiriendo a los casos en los que se produce la exclusión de los derechos de suscripción preferente o incluso los supuestos en los que los socios renuncian a tal derecho.

En este sentido, se puede interpretar que en un caso en el que la supresión de los derechos de suscripción preferente se ve compensada con la existencia de prima de emisión, los socios que no acuden a la ampliación de capital están siendo compensados por la pérdida de su derecho patrimonial. Se daría en nuestra opinión el presupuesto esencial del ITP, que es la existencia de una disposición a título oneroso de bienes y derechos, y podría estar justificada la tributación en virtud del artículo 108 de la LMV.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, la referencia genérica de la norma no debería servir como justificación para someter a imposición a todo tipo de situaciones en las que uno de los socios adquiere o incrementa el control, puesto que, repetimos, la norma supedita la exigencia del impuesto a la existencia de una adquisición.

Así, por ejemplo, en un supuesto de sociedad inmobiliaria con dos socios con el 50% cada uno y en el que se realiza una ampliación de capital a la que sólo acude uno de ellos (puede ser por insuficiencia de fondos del otro socio sin que haya ninguna otra intención detrás de su actuación), es claro que, si la ampliación se puede suscribir con carácter parcial, el socio que ha suscrito sus participaciones ha incrementado el control.

Consideramos que este supuesto no debería conducir a la exigencia del impuesto, ya que, si bien se produce una adquisición (la de las acciones que corresponden a su participación original), es elemento determinante en la toma de control que el otro socio no acude a la ampliación de capital. Es decir, la toma o incremento de control no se deriva de una actuación activa (como sería en el caso de que adquiriera los derechos de suscripción preferente o cuando aporte prima para excluirlos), sino que su posición es meramente pasiva.

Otro supuesto que, en nuestra opinión, podría escapar de la actual redacción del artículo 108 de la LMV son determinadas renunciaciones a los derechos de suscripción preferente que pueden beneficiar a otros socios, puesto que entendemos que no se da en este caso uno de los elementos esenciales del hecho imponible del impuesto, que es la transmisión a título oneroso.

2.2. Obtención de control sobre una sociedad inmobiliaria

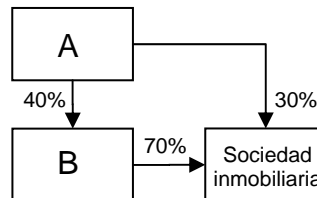
Tradicionalmente, se han utilizado dos criterios para determinar en qué supuestos se produce la adquisición del control sobre una sociedad inmobiliaria; uno basado en el tanto de participación efectiva, y otro que atendía al control efectivamente detentado.

⁵ Entre ellos, UTANDE SAN JUAN, José María: “La nueva redacción del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores en la Ley 36/2006, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal: especial referencia a la toma de control indirecto”, *Noticias de la Unión Europea*, 280, 2008, págs. 61-83.

Para ilustrar de forma sencilla ambos criterios, proponemos los siguientes ejemplos:

Ejemplo 1

Una sociedad A posee de forma directa el 30% de la sociedad inmobiliaria y adquiere el 40% de la sociedad B, que es la titular del restante 70% del capital de la sociedad inmobiliaria.

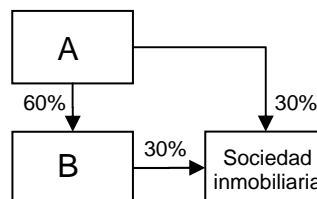


En este caso, si se atiende al criterio de tanto de participación efectiva, llegaríamos a la conclusión de que la sociedad A está adquiriendo el control sobre la sociedad inmobiliaria, ya que posee el 30% directamente y el 28% indirectamente (resultante de multiplicar la participación en la sociedad B, 40%, por el porcentaje que esta última sociedad tiene en la sociedad inmobiliaria).

Sin embargo, de acuerdo con el criterio de atender al control efectivamente poseído, resulta que la sociedad A no tiene el control directamente por poseer menos del 50% sobre la sociedad inmobiliaria y tampoco tiene el control de las participaciones de las que es titular la sociedad B al participar en esta última en un porcentaje inferior al 50%.

Ejemplo 2

Una sociedad A posee de forma directa el 30% de la sociedad inmobiliaria y adquiere el 60% de la sociedad B, que es titular del 30% del capital de la sociedad inmobiliaria.



Atendiendo al criterio de tanto de participación efectiva, la sociedad A no adquiere el control sobre la sociedad inmobiliaria, ya que posee el 30% directamente y el 18% indirectamente (resultante de multiplicar la participación en la sociedad B, 60%, por el porcentaje que esta última sociedad tiene en la sociedad inmobiliaria).

Por el contrario, siguiendo el criterio de atender al control efectivamente poseído, resulta que la sociedad A controlaría las participaciones titularidad de B en A por poseer más del 50% de esta sociedad. La participación total en A sería así del 60%.

Aunque la redacción de la norma no es clara a este respecto, creemos que lo más acorde con la finalidad del precepto, que es gravar las auténticas adquisiciones de control sobre los bienes inmuebles poseídos a través de sociedades mercantiles, es atender al control jurídico sobre la

sociedad inmobiliaria. De esta manera, no se gravarán supuestos en los que, a pesar de que el tanto de participación pueda ser superior al 50%, la sociedad adquirente no controle realmente a la sociedad inmobiliaria.

Otro aspecto relevante a efectos de la determinación del porcentaje de control viene determinado por la obligación de tener en cuenta a efectos de su cómputo las participaciones poseídas por otras sociedades que formen parte del mismo grupo de sociedades⁶. Aunque el artículo 108 de la LMV no se remite expresamente al concepto de grupo que establece el artículo 42 del Código de Comercio, tal remisión parece innecesaria puesto que la propia LMV en su artículo 4 ya acoge tal concepto.

Esta modificación tiene para la doctrina administrativa una repercusión adicional, y es convertir al grupo de sociedades en una suerte de sujeto pasivo a los efectos de analizar la existencia de control. Así, en la contestación a consulta vinculante de 20 de noviembre de 2007, la DGT consideró que no se devengaba ITP en una operación de transmisión dentro del grupo (en concreto, una matriz que transmitía la participación a su filial) de una participación de control sobre una sociedad inmobiliaria.

El argumento que utilizó la DGT para entender que no era aplicable el impuesto en una operación como la descrita era que *“para examinar si se produce la obtención o el aumento del control sobre la sociedad cuyos valores se adquieren deben computarse también como participación del adquirente los valores de las demás entidades pertenecientes al mismo grupo de sociedades, lo cual determina que el control era ya del 100 por 100, lo que implica que tal control ni se obtiene ni aumenta con esta operación”*.

Es preciso tener en cuenta que con la anterior redacción, y respecto de una operación muy similar, el Tribunal Económico Administrativo Central en resolución de fecha 20 de junio de 2001 entendió que la transmisión estaba sujeta a ITP por cuanto que la filial adquiría control sobre una sociedad inmobiliaria que con anterioridad a la operación no tenía.

Por ello, la necesidad de tener en cuenta las participaciones de sociedades del grupo no sólo va a tener como efecto aumentar los supuestos comprendidos en el ámbito de la norma, sino que, particularmente respecto de transmisiones dentro del grupo, va a ocasionar la no sujeción al impuesto de operaciones que con el anterior criterio administrativo quedaban plenamente sujetas.

2.3. Transmisiones de control en operaciones societarias

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley de ITP, la exigencia de la modalidad de Operaciones Societarias (“OS”) es incompatible con la de cualquiera de las otras dos modalidades del impuesto y, entre ellas, la que se devenga por aplicación del artículo 108 de la LMV.

En este sentido, y aunque la norma no establece de manera expresa qué modalidad de las reguladas tendrá preferencia en caso de que concurran los presupuestos de hecho de dos o de

⁶ Según establece el artículo 108.2.a) de la LMV, *“tratándose de sociedades mercantiles, se entenderá obtenido dicho control cuando directa o indirectamente se alcance una participación en el capital social superior al 50 por 100. A estos efectos se computarán también como participación del adquirente los valores de las demás entidades pertenecientes al mismo grupo de sociedades”*.

las tres modalidades, la DGT se ha encargado de recordar en diversas contestaciones a consultas que OS tiene preferencia sobre las otras dos modalidades al tratarse de una norma especial.

De esta manera, se puede concluir que, con carácter general, la realización de una operación societaria determinará la no exigencia del ITP en los términos que prescribe el artículo 108 de la LMV. Sin embargo, esta conclusión únicamente es predicable del sujeto pasivo que realiza la operación societaria, es decir, la sociedad que incrementa el capital o los socios que reciben la devolución de las aportaciones como consecuencia de la reducción de capital o de la disolución de una sociedad.

La situación es distinta respecto de los socios que no sean sujetos pasivos de la ampliación de capital u otra operación societaria realizada por la sociedad.

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

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

Aunque el ejemplo anterior puede ser fácilmente comprensible, la realidad mercantil y de las operaciones societarias genera una pluralidad de situaciones cuyo análisis puede no resultar tan intuitivo.

Este sería el caso de una escisión total no proporcional de una sociedad en la que haya dos socios y en cuyo activo convivan bienes inmuebles que formen una rama de actividad y otros activos afectos a una rama de actividad no inmobiliaria. El efecto de la realización de la escisión total no proporcional sería que uno de los socios recibiría el 100% de las acciones de una sociedad cuyo activo es estrictamente inmobiliario.

Teniendo en cuenta que la nueva redacción del artículo 108 de la LMV recoge la posibilidad de que el control se adquiriera “*de cualquier otra forma*”, parece que esta operación estaría sujeta a ITP ya que el resto de los requisitos se cumplirían. Esta conclusión se mantendría incluso en el caso de que resultase de aplicación el régimen fiscal especial para reestructuraciones empresariales.

Esta operación podría ser equivalente a la constitución de una sociedad por aportación de inmuebles, en cuyo caso no tendría sentido exigir la tributación por ITP respecto de unos inmuebles que ya se controlaban. Es cierto que en la operación de escisión total no proporcional planteada los inmuebles no eran controlados previamente por el socio que recibe las acciones de la nueva sociedad inmobiliaria, aunque esta es una cuestión que se deriva de la propia mecánica mercantil de la operación y que no debería tener incidencia en la liquidación del impuesto.

Esta teoría parece que ha sido respaldada por la DGT en su contestación a consulta vinculante de fecha 21 de julio de 2008, en la que se afirma la no sujeción a ITP de una operación de fusión por la cual la sociedad absorbente se convierte en sociedad inmobiliaria por razón de los activos recibidos de la absorbida y uno de los socios recibe una participación superior al 50%.

La DGT considera que la composición mayoritariamente inmobiliaria del activo de la sociedad sobre la que se adquiere el control debe existir con anterioridad a la operación realizada, y no como resultado de la propia operación. Por ello, si la sociedad absorbente no tenía la consideración de inmobiliaria antes de la fusión y uno de los socios pasa a poseer más del 50% de su capital simultáneamente con su conversión en sociedad inmobiliaria, el ITP no se devengará. Este criterio se aplicaría igualmente a los supuestos de escisión que hemos comentado anteriormente.

Creemos que el criterio de atender a la configuración del activo con carácter previo a la realización de la operación debería servir tanto en los casos en los que la sociedad es titular de bienes inmuebles como en aquéllos en los que la sociedad sobre la que se adquiere el control recibe como consecuencia de la fusión o escisión valores que le permiten obtener el control sobre una sociedad inmobiliaria.

No obstante, es preciso hacer una referencia a la nueva regulación de determinadas operaciones societarias derivadas de la aprobación de la Ley 4/2008⁷. Así, en virtud de esta norma, las operaciones de reestructuración (las que se califiquen como fusión, escisión, aportación de rama de actividad, canje de valores o aportación no dineraria especial) no estarán sujetas a la modalidad de OS. Adicionalmente, esas mismas operaciones estarán exentas de la modalidad de TPO y de la de Actos Jurídicos Documentados (“AJD”).

Esta modificación se explica de manera sucinta en la Exposición de motivos por razón de la necesaria transposición de la Directiva 7/2008/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, por lo que entendemos que no pretende alterar el *statu quo* existente respecto de la interpretación de la operación de toma de control de sociedades inmobiliarias en el seno de determinadas operaciones societarias.

Por esa razón, si seguimos con el ejemplo de escisión total que hemos planteado anteriormente, la operación de escisión estará no sujeta a la modalidad de OS, mientras que la adquisición de los inmuebles por la sociedad beneficiaria receptora de la rama de actividad inmobiliaria estaría exenta de TPO o de AJD (según la operación esté exenta de IVA o no).

No obstante, la exención de la modalidad de TPO no se aplicaría a las transmisiones y adquisiciones de control a nivel de los socios, que estarían sujetas y no exentas en caso de que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 108 de la LMV. En el ejemplo de la escisión total, la adquisición del control sobre la entidad beneficiaria de la rama de actividad

⁷ Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual en el Impuesto sobre el Valor Añadido, y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria.

inmobiliaria no estaría sujeta a la modalidad de TPO en aplicación de la doctrina de la DGT (pero no por la nueva regulación del OS), que descarta la aplicación del artículo 108 de la LMV en los casos en que la sociedad sobre la que se obtiene el control no tenga la consideración de inmobiliaria antes de la operación societaria, sino con posterioridad a ella.

3. TRANSMISIÓN DE ACCIONES O PARTICIPACIONES PARA SU AMORTIZACIÓN

El artículo 108 de la LMV considera también hecho imponible del ITP la transmisión de acciones o participaciones a la propia sociedad tenedora de los inmuebles para su posterior amortización por ella cuando ello suponga que otro accionista obtiene el control de la sociedad o lo incrementa.

En tales casos, y ésta es la única norma sobre el sujeto pasivo que encontramos en la nueva redacción del artículo 108 de la LMV, corresponderá autoliquidar el impuesto al accionista que como consecuencia de dichas operaciones obtenga el control sobre la sociedad. Aunque esta norma únicamente se refiere a la obtención del control, entendemos que también debería aplicarse a los supuestos de incremento de control, aunque se trata de un descuido por parte del legislador que podría dar lugar a futuras controversias respecto de la interpretación del precepto.

La cuestión relevante aquí es cuándo se entiende que la transmisión de las acciones o participaciones se realiza para su posterior amortización, puesto que la normativa mercantil, como es sabido, permite, con ciertos límites⁸, la adquisición derivativa en el caso de sociedades anónimas. En caso de no cumplirse con los citados límites, se establece la obligación de enajenación de las acciones en el plazo de un año y, en defecto de enajenación, la obligatoria amortización.

Por su parte, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (“LSRL”)⁹, establece en sus artículos 39 y 40 como regla general la prohibición de adquisición de participaciones propias con ciertas excepciones. En caso de que se produzca su adquisición, la sociedad debe proceder a la enajenación o a la amortización de las participaciones adquiridas en el plazo de tres años.

En la regulación mercantil se recoge por lo tanto la posibilidad de que la adquisición de las acciones o participaciones propias tenga lugar sin que su finalidad sea su amortización y reducción de capital.

Se plantea así la dificultad de determinar cuál debe ser el tratamiento a efectos del artículo 108 de la LMV de operaciones en las que la adquisición no tiene como finalidad la amortización de las acciones o participaciones, sino que ésta viene impuesta a posteriori por

⁸ De acuerdo con el artículo 75 y 79.3^a de la LSA, para que la adquisición derivativa de acciones propias esté permitida se requiere autorización de la junta general, existencia de reserva indisponible, íntegro desembolso de las acciones adquiridas y que el valor nominal de las acciones no supere el 10% del capital social (5% en el caso de sociedades cotizadas).

⁹ Ley 2/1995, de 23 de marzo.

razón del incumplimiento de las limitaciones impuestas por la norma mercantil, y supone que alguno de los accionista toma el control o lo incrementa tras la referida amortización.

Aunque no es una cuestión clara, entendemos que dada la naturaleza del artículo 108 de la LMV de cláusula antiabuso específica, así como la prohibición de la analogía para extender más allá de sus límites el hecho imponible, toda adquisición de acciones o participaciones propias que no se realice con la expresa intención de proceder a su amortización no debería quedar incluida en el presupuesto del artículo 108 de la LMV. Ello con independencia de que, con posterioridad, se produzca la amortización de las acciones o participaciones¹⁰.

Algunos autores, por el contrario, al analizar este tipo de situaciones, consideran que esta cuestión se debe tratar desde la óptica del devengo, lo que supone que el ITP será exigible en el momento en el que la amortización tenga lugar por el cumplimiento de las limitaciones mercantiles.

No estamos de acuerdo con ese criterio, puesto que el artículo 108 de la LMV no establece ninguna regla especial de devengo para este supuesto y considera como hecho imponible la adquisición de acciones o participaciones propias, y por ello es en ese momento cuando se debe analizar la concurrencia de los presupuestos legales y producirse el devengo. Según nuestro criterio, no hay ninguna disposición que autorice a la Administración tributaria a diferir la tributación al momento en el que se efectúe la amortización.

Finalmente, entendemos que la operación de compra de acciones o participaciones propias debe distinguirse de las operaciones de reducción de capital con devolución de aportaciones mediante amortización de acciones o participaciones.

En estos supuestos, la LSA permite ejecutar una reducción de capital por amortización de acciones no proporcional al amparo de los artículos 163 y 164.3, sin que ello implique la transmisión de acciones (éstas se amortizan o cancelan en sede del propio accionista) y, al no existir transmisión, pensamos que no debería devengarse el impuesto aunque la operación suponga la toma de control o incremento del que ya se tenga por parte de alguno de los socios preexistentes.

Esta diferenciación entre las operaciones de recompra de acciones para amortización y las de reducción de capital fue expresamente admitida por la DGT (y confirmada por la Audiencia Nacional) en el ámbito del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, considerando que mientras que las primeras eran generadoras de ganancias patrimoniales, las segundas originaban rendimientos del capital mobiliario.

Además, el legislador ha reformado la norma en fecha reciente (en noviembre de 2006) y ha tenido la oportunidad de incluir nuevos supuestos de hecho, por lo que, si no los ha incluido, la tributación debería limitarse a lo expresamente previsto.

¹⁰ POZUELO ANTONI, Francisco de Asís: “Modificación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores por la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, 286, 2008, págs. 37-68.

Dicho lo anterior, es cierto que la operación de reducción de capital produce los mismos efectos económicos que la transmisión de acciones a la sociedad para su amortización, y parece que esa igualdad de efectos ha llevado a la DGT en contestación a consulta vinculante de fecha 9 de abril de 2008 a adoptar una posición contraria a nuestras tesis. Así, respecto de una operación de reducción de capital no proporcional, en una interpretación extensiva del concepto de adquisición, afirma:

“De conformidad con el precepto transcrito, para que la sociedad limitada pueda amortizar determinadas participaciones, previa o simultáneamente a la reducción de capital, debe adquirir las participaciones que va amortizar y que harán que uno de los socios se convierta en participe mayoritario de una sociedad que posee mas del 50 por 100 de su activo en bienes inmuebles, por lo que le será de aplicación lo dispuesto en la letra a) del apartado 2 del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores, además de la tributación correspondiente a la reducción del capital”.

Reiteramos que nuestro criterio es que operaciones como la descrita no deberían suponer el devengo del impuesto y consideramos que la DGT ha dado un salto interpretativo de discutible soporte legal. No obstante, la existencia de esta consulta y su carácter vinculante respecto de las autoridades competentes para la exacción del ITP suponen un claro riesgo de que se inicie un procedimiento de regularización en caso de considerarse como no sujetas por los contribuyentes este tipo de operaciones.

4. TRANSMISIÓN DE ACCIONES O PARTICIPACIONES RECIBIDAS COMO CONSECUENCIA DE LA APORTACIÓN DE BIENES INMUEBLES

La segunda modalidad de devengo del ITP que se regula por el artículo 108 de la LMV es la referida a la transmisión de las acciones o participaciones recibidas como contraprestación por la previa aportación de un bien inmueble en caso de que entre el momento de la aportación y el de la transmisión no hayan transcurrido más de tres años.

La nueva redacción del artículo 108 de la LMV se limita a modificar el plazo durante el cual cualquier transmisión de las acciones o participaciones recibidas genera el devengo del ITP. Dicho plazo, que originariamente era de un año, pasa a ser de tres años.

Por ello, y más allá de las cuestiones de derecho transitorio que se suscitan y que se analizan en un apartado posterior, continúan plenamente vigentes las dudas e incertidumbres existentes con la anterior redacción.

Entre ellas, se encontraba la posible aplicación del supuesto previsto en la norma en aquellos casos en los que el objeto de la aportación estaba constituido por un negocio o rama de actividad en el que se incluía un inmueble. Aunque existían argumentos a favor de la no exigencia del impuesto en caso de transmisión de las acciones¹¹, el Tribunal Económico Administrativo Central, en su resolución de fecha 19 de diciembre de 2001, consideró que el

¹¹ Por ejemplo, el hecho de que la rama de actividad, como concepto equivalente al de establecimiento mercantil, es considerado en numerosas normas como un elemento independiente de los componentes que lo integran y puede ser objeto de negocios jurídicos como tal (por ejemplo, la hipoteca sobre establecimientos mercantiles).

elemento decisivo era la aportación del inmueble y que por esa razón la aportación debía quedar plenamente sujeta a la regla prevista en el artículo 108 de la LMV.

Respecto de la interacción de esta modalidad con la prevista en el primer apartado del artículo 108.2 de la LMV, hay varias cuestiones relevantes, que se apuntan a continuación.

La primera es que la modalidad a la que nos referimos en este apartado no requiere que las acciones o participaciones lo sean de una sociedad inmobiliaria ni que permitan adquirir el control o aumentarlo. Es una modalidad totalmente independiente de la anterior, con sus propios requisitos y excepciones.

El segundo aspecto al que nos queremos referir es a la compatibilidad entre las dos modalidades que regula el artículo 108 de la LMV. En este sentido, entendemos que la modalidad referida a la toma de control sobre la sociedad inmobiliaria debería de prevalecer en caso de que entre las acciones o participaciones que le permiten obtener tal posición haya algunas que se hayan recibido como consecuencia de la aportación de inmuebles.

La razón para concluir en este sentido es que si la finalidad de la norma que prevé el devengo del ITP en los supuestos de transmisión de acciones o participaciones recibidas tras la aportación de inmuebles es asimilar el negocio de aportación y posterior transmisión al de transmisión directa de los inmuebles a favor del nuevo comprador, esta finalidad queda totalmente cubierta en los casos en los que se devenga el ITP por adquirirse o incrementarse el control a favor de ese adquirente.

Dicho lo anterior, es preciso tener en cuenta que existe un precedente jurisprudencial en el que el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en sentencia de 29 de septiembre de 2001, consideró que la segunda de las modalidades prevista en el artículo 108 de la LMV constituía ley especial respecto de la primera.

En concreto, en el caso enjuiciado se concluía que, al haber transcurrido más de un año desde la aportación de los inmuebles, la transmisión de las acciones recibidas por la aportación no debía tributar por ITP aunque permitiera obtener el control sobre la sociedad inmobiliaria. No compartimos esta opinión por las razones que hemos expuesto anteriormente.

También conviene precisar que la norma despliega sus efectos en el caso de transmisión de las acciones o participaciones recibidas como consecuencia de la aportación de inmuebles, sin que quepa extender, a nuestro juicio, su ámbito de aplicación al supuesto de transmisión de acciones o participaciones recibidas por aportación de una sociedad inmobiliaria.

Por último, queremos referirnos a la identificación del sujeto pasivo en la modalidad que estamos analizando, por cuanto que la norma omite cualquier referencia. Ante esta ausencia, consideramos necesario acudir a la regla general establecida en la Ley de ITP y, por tanto, entender que el sujeto pasivo será el adquirente de las acciones o participaciones.

5. ASPECTOS RELATIVOS A LA DETERMINACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE Y LA CUOTA

El artículo 108 de la LMV establece en su apartado 3 una serie de reglas relativas a la determinación de la base imponible y de la cuota del impuesto devengado. En concreto, se

establece que se aplicará el tipo correspondiente¹² a la transmisión de bienes inmuebles sobre el valor real de tales bienes de acuerdo con las reglas contenidas en la normativa del ITP.

A continuación especifica que la base imponible será, para los supuestos de adquisición o incremento de control sobre la sociedad inmobiliaria, *“la parte proporcional sobre el valor real de la totalidad de las partidas del activo 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”*.

A estos efectos, la norma precisa que cuando los valores transmitidos representen partes alícuotas del capital social o patrimonio de entidades en cuyo activo se incluya una participación tal que permita ejercer el control en otras entidades, para determinar la base imponible sólo se tendrán en cuenta los inmuebles de aquellas cuyo activo esté integrado al menos en un 50%.

Finalmente, se establece la regla relativa a la base imponible respecto de los supuestos de transmisión de acciones o participaciones recibidos como consecuencia de la aportación de bienes inmuebles, en los que 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 transmitidas”*.

5.1. Base imponible en los supuestos de adquisición o incremento de control

Las normas sobre base imponible que se recogen en la nueva regulación del artículo 108 de la LMV son directamente deudoras del debate jurisprudencial que se originó con la anterior redacción de esta disposición.

Así, la norma no aclaraba si la obtención de control sobre una sociedad inmobiliaria suponía la obligación de liquidar el impuesto tomando como base el valor de mercado de la totalidad de los bienes inmuebles con independencia del tanto de control obtenido o si la base imponible debería ser proporcional a dicho porcentaje¹³. La Administración tributaria, a través de las contestaciones de la DGT, se posicionó a favor de la primera interpretación, mientras que los tribunales de justicia parecieron acoger el segundo criterio.

Finalmente, el Tribunal Supremo en sentencias de 30 de abril de 2004 y 17 de mayo de 2006, consideró que la base imponible debía limitarse al porcentaje de participación adquirida. En concreto, en la primera de las sentencias y respecto de un supuesto en el que una persona

¹² Con carácter general, este tipo será el 7%, aunque se habrán de identificar las CC. AA. en las que estén localizados los bienes inmuebles con objeto de aplicar las disposiciones específicas que puedan estar en vigor respecto del tipo de gravamen. Así, por ejemplo, el tipo aplicable será inferior en los territorios forales, y en Canarias, Ceuta y Melilla.

¹³ Siguiendo la primera teoría, la adquisición del 51% del capital social de una sociedad inmobiliaria implicaba liquidar el ITP sobre el valor de mercado del 100% de los inmuebles poseídos por dicha sociedad. De acuerdo con la segunda vía de interpretación, la base imponible se reduciría al 51% del valor de los inmuebles.

física que poseía el 44,14% de una sociedad inmobiliaria adquiriría el 35% adicional, el Tribunal Supremo concluyó que la base imponible debía ser del 35%.

De no haberse modificado la redacción relativa al hecho imponible y la base del impuesto, la posición del Tribunal Supremo hubiera determinado una considerable reducción del impuesto en casos de adquisición de control en varias etapas (puesto que solamente tributaría la adquisición que finalmente permitiera adquirir más del 50%¹⁴) y a una imprecisión respecto del tratamiento de los posteriores incrementos de control que se fueran produciendo (con el consiguiente riesgo de que también quedasen fuera del ámbito del impuesto).

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

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

En este sencillo ejemplo, si asumimos que el valor de los inmuebles permanece constante, la base imponible de la segunda adquisición sería proporcionalmente inferior en tanto que existe ya una parte de los inmuebles que no deben computarse en la base imponible. Es más, de darse el supuesto de que los inmuebles situados en territorio extranjero supusieran más del 50% del activo de la sociedad, la segunda adquisición del 49% no estaría sujeta a ITP por no darse el presupuesto de hecho de incremento de control sobre una sociedad inmobiliaria (entendida como inmobiliaria “española”).

Lo mismo ocurriría en el caso de que se adquiriera el 51% sobre una sociedad cuyo activo sea puramente financiero y en el momento en el que se adquiriera el 49% restante se hubiese invertido más del 50% de su activo en inmuebles situados en territorio español. La primera adquisición no estaría sujeta al ITP, mientras que la segunda tomaría como base el 49% del valor de mercado de los inmuebles¹⁵.

¹⁴ Por ejemplo, en caso de que la participación originaria fuese del 49% y posteriormente se adquiriera el 2%, la tributación se referiría exclusivamente al 2% adicional adquirido.

¹⁵ Aunque no es una cuestión que esté resuelta por la doctrina de la DGT, creemos que esta sería la interpretación más razonable de la norma. A pesar de ello, no es descartable que se pueda entender que en el momento de la adquisición del 49% adicional se deba considerar la adquisición de una sociedad inmobiliaria y liquidar el impuesto sobre la base del valor total de los inmuebles.

Merece también cierta atención la referencia a que en los casos de incremento de control, la base imponible será el porcentaje en el que aumente la participación, con independencia de que dicho control se haya obtenido onerosa o lucrativamente.

Entendemos que la referencia a la adquisición de control lucrativa no debe suponer en ningún caso que se graven por ITP operaciones que no tengan la condición de onerosas, ya que, aunque la norma del artículo 108 de la LMV sea regla especial respecto de la regla general de tributación de la transmisión de acciones o participaciones, está enmarcada en un impuesto patrimonial que grava las transmisiones a título oneroso, y no debe extenderse más allá de ese ámbito.

Esto supone que el incremento de control sobre una sociedad inmobiliaria que tenga lugar a título de donación o por razón de una herencia estará sometido al impuesto que corresponda en función de la naturaleza del adquirente, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o Impuesto sobre Sociedades, y nunca al ITP. Esta conclusión, que puede parecer evidente en un caso como el planteado, puede requerir de un mayor esfuerzo interpretativo en casos en los que la adquisición de control se produzca en virtud de varias operaciones y alguna de ellas pueda tener el carácter de lucrativa.

Por ejemplo, si una persona física adquiere el 20% de una sociedad por título hereditario y el 80% restante a través de una compraventa, está claro que se deberá liquidar el ITP por haber tenido lugar el hecho imponible gravado por la norma del artículo 108 de la LMV. Sin embargo, la única manera de no dar lugar a una doble imposición sobre la adquisición original por dos impuestos incompatibles es adaptar la aplicación de las normas sobre base imponible.

Así, creemos que la base imponible será equivalente al 80% del valor de los inmuebles en el momento en el que se produce la compraventa de las acciones o participaciones. El restante 20% no se incluirá en la base imponible del ITP, ya que será gravado por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Otro aspecto relevante es la determinación de la base imponible en caso de adquisición de participaciones en sociedades inmobiliarias en el curso de operaciones societarias. Así, como ya dijimos, la DGT ha considerado que no se devengará el ITP en caso de que la condición de sociedad inmobiliaria se adquiriera con posterioridad a la operación societaria, por entender que la composición del activo debe apreciarse con carácter previo a la adquisición de control.

Pues bien, en caso de que la operación que se vaya a efectuar determine la adquisición de control sobre una sociedad que ya tiene la condición de inmobiliaria a través de la aportación de activos inmobiliarios (inmuebles o acciones en sociedades inmobiliarias), creemos que la base imponible únicamente debería tomar en cuenta los inmuebles previamente poseídos por la sociedad que se pasa a controlar.

Por ejemplo, si se posee el 50% de una sociedad inmobiliaria en la que el valor de los inmuebles es de 100 u.m., y se aportan inmuebles por valor de 50 u.m. que permiten al aportante pasar a tener una participación del 75% (porque se haya excluido el derecho de suscripción preferente), la base imponible será el 75% de los inmuebles inicialmente poseídos (100 u.m.). Utilizar como base imponible el valor total de los inmuebles una vez realizada la operación supondría que el aportante estaría obligado a pagar el ITP sobre el 75% de unos inmuebles que anteriormente eran de su propiedad.

Por último, y respecto de la mención del artículo 108.3 de la LMV relativa a que, cuando los valores transmitidos lo sean de sociedades en cuyo activo se incluya una participación de control sobre otras sociedades, sólo se tendrán en cuenta los inmuebles de aquellas que sean inmobiliarias, creemos que se trata de una mera aclaración en el sentido de evitar interpretaciones que conduzcan a efectuar un balance consolidado de todas las sociedades controladas a efectos de liquidación del impuesto.

Así, en un caso en el que se adquiere el 100% de una sociedad que posee dos filiales íntegramente participadas, una cuyo activo es exclusivamente inmobiliario y está valorado en 100 u.m. y otra con un activo valorado en 200 u.m. del que el 40% es inmobiliario (80 u.m.), la base imponible estará constituida por 100 u.m. Ello, independientemente de que en el consolidado del grupo adquirido el peso de los activos inmobiliarios sea de 180 u.m. sobre 300 u.m.

5.2. Base imponible en los supuestos de transmisión de acciones o participaciones recibidas por aportación de inmuebles

La norma sobre base imponible aplicable a este supuesto no parece plantear excesivas dificultades, al limitarse a señalar que se tomará como tal *“la parte proporcional del valor real de los inmuebles que fueron aportados en su día correspondiente a las acciones o participaciones transmitidas”*.

Aunque no se recoge expresamente, consideramos que dicho valor debe medirse en el momento en el que tiene lugar la transmisión de las acciones o participaciones, por ser ese el momento del devengo del impuesto y, por tanto, cuando debe medirse el hecho imponible en su dimensión cuantitativa. Así lo certifica igualmente el artículo 21.1 de la Ley General Tributaria (“LGT”)¹⁶ al disponer que *“la fecha del devengo determina las circunstancias relevantes para la configuración de la obligación tributaria, salvo que la ley de cada tributo disponga otra cosa”*.

6. ASPECTOS RELATIVOS A LA DETERMINACIÓN DEL SUJETO PASIVO

En la nueva redacción del artículo 108 de la LMV se echa en falta alguna referencia a la determinación del sujeto pasivo, dadas algunas de las modificaciones que se han realizado en la definición del hecho imponible.

Como ya hemos anticipado, el hecho de que se deban tener en cuenta las participaciones poseídas por entidades que forman parte del mismo grupo a los efectos de determinar la existencia de control ha tenido una incidencia directa en la doctrina de la DGT respecto del ámbito de aplicación de la norma.

Sin embargo, esa configuración, que es admisible a los efectos de determinar el presupuesto de hecho de la norma y que además es consecuente con el espíritu que ha impregnado la nueva redacción del artículo, puede plantear dudas respecto de la determinación del sujeto

¹⁶ Ley 58/2003, de 17 de diciembre.

pasivo, puesto que la normativa del ITP no prevé la posibilidad de atribuir la condición de sujeto pasivo a una entidad sin personalidad jurídica como sería el grupo de sociedades.

Por esa razón, se podrían dar supuestos en los que la regla general que se establece en la Ley de ITP, consistente en que el sujeto pasivo sea el que adquiere el bien o el derecho, sea insuficiente y se exija un esfuerzo interpretativo para alcanzar una posición al respecto. Para ilustrar las situaciones a las que nos referimos, vamos a plantear una serie de supuestos que obviamente no agotan la multitud de situaciones que se pueden generar en la realidad.

Ejemplo 1:

Una sociedad matriz, titular del 50% de una sociedad inmobiliaria, es también titular del 100% de una filial A. Esta filial A adquiere el 50% restante del capital social de la sociedad inmobiliaria.

En este caso, cabrían varias posibilidades. La primera sería considerar que el sujeto pasivo es la filial A por cuanto que es la única que tiene la condición de adquirente cuando adquiere el grupo control sobre la sociedad inmobiliaria. Alternativamente, se podría considerar que el obligado a autoliquidar el impuesto debe ser la sociedad matriz por cuanto que el control no lo adquiere la filial sino ella. Una última posibilidad es que cada una de las dos sociedades deba liquidar el impuesto por mitades en el momento de la adquisición del control.

En nuestra opinión, la solución más acorde con el sentido de la norma es que el sujeto pasivo sea la sociedad matriz, por cuanto que es la que obtiene el control a pesar de que no esté adquiriendo bien o derecho alguno en el momento de la toma de ese control. Sin embargo, esta solución choca frontalmente con la disposición del artículo 8 de la Ley de ITP, que considera sujeto pasivo al que adquiere el bien o derecho.

En este sentido, hay que tener en cuenta que el recurso a la analogía está proscrito por la LGT en su artículo 14, por lo que la interpretación que proponemos podría considerarse como una extensión del hecho imponible al imputarse su realización a una sociedad que no ha adquirido participación alguna.

Por ello, y aunque la solución pueda parecer poco satisfactoria, creemos que lo más respetuoso con la regulación legal será considerar como sujeto pasivo a la filial A.

Ejemplo 2:

Una sociedad matriz tiene dos filiales íntegramente participadas, A y B, cada una de las cuales adquiere el 50% de una sociedad inmobiliaria.

En este caso, nos encontramos de nuevo con que la única sociedad que está adquiriendo control sobre la sociedad inmobiliaria es la sociedad matriz, que es la única que no está adquiriendo ningún bien o derecho.

Por esa razón, y de acuerdo con la tesis que hemos expuesto anteriormente, creemos que los sujetos que deberán realizar las correspondientes autoliquidaciones del ITP serán las dos filiales A y B, cada una tomando como base imponible el 50% del valor de mercado de los inmuebles de la sociedad inmobiliaria.

Ejemplo 3:

Una sociedad matriz tiene dos filiales, A y B, ambas participadas en el 51%, cada una de las cuales adquiere el 50% de una sociedad inmobiliaria.

En este caso, la conclusión debería ser la misma que en el ejemplo anterior, puesto que el control (siguiendo el criterio de control efectivo que ya hemos comentado) se adquiere a partir de la adquisición que realizan las dos filiales. Ello supondría que cada una de las dos filiales debería de autoliquidar el impuesto tomando como base el 25,50% del valor de los inmuebles de la sociedad inmobiliaria, que es la participación indirecta que se adquiere.

La diferencia con el ejemplo anterior en cuanto a la base imponible se deriva de que en dicho supuesto las filiales estaban íntegramente participadas, mientras que en este caso la participación era del 51%. Es decir, existen otros accionistas minoritarios que poseen el 49% restante y que se verán perjudicados como consecuencia de que la sociedad A y B deban pagar el ITP y sin que obtenga ningún tipo de beneficio en la operación ya que quien adquiere realmente el control es el grupo formado por la matriz, A y B.

Es preciso destacar que la determinación del sujeto pasivo en estos casos no es irrelevante incluso en los casos de operaciones en grupos de sociedades participados íntegramente por una misma matriz, por cuanto que el impago del impuesto (y sus consecuencias) únicamente será imputable al sujeto pasivo.

Así, si se transmiten las acciones de la sociedad filial que debiera haber autoliquidado el impuesto, cualquier actuación de comprobación sólo se podría seguir respecto de dicha filial y no respecto de la sociedad matriz. Obviamente, sin perjuicio de la posible existencia de actuaciones de colaboración en la comisión de infracciones tributarias que puedan generar la existencia de responsabilidades tributarias.

7. CUESTIONES DE DERECHO TRANSITORIO

Como consecuencia de la modificación del artículo 108 de la LMV, y dado el calado de alguna de las medidas que se introducen, se han planteado algunas cuestiones relativas a la eficacia temporal de la nueva redacción. La mayoría de estas cuestiones han sido planteadas y resueltas por la DGT, aunque, como veremos, no siempre de forma satisfactoria.

En primer lugar, y a raíz de la creación de un hecho imponible complementario a la toma de control sobre sociedades inmobiliarias, como es el de incremento de control, se plantea la forma de autoliquidar el impuesto en el caso de que la toma de control se produjera encontrándose vigente la anterior norma, y con posterioridad se incrementase dicho control estando en vigor la nueva redacción.

Lo primero que queremos poner de manifiesto es que el hecho imponible consistente en el incremento de control es un hecho imponible complementario del de toma de control, por lo que su liquidación únicamente debería plantearse en el caso de que la toma de control hubiera tenido lugar con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva norma. De lo contrario, se estaría otorgando a esta disposición un efecto retroactivo no expresamente querido por el legislador.

Esta teoría estaría soportada por el hecho de que con la anterior redacción la postura oficial de la Administración era considerar que en el momento en que se accedía a controlar la compañía se debía liquidar el impuesto tomando como base imponible la totalidad de los inmuebles poseídos por la sociedad.

Es decir, la adquisición del 51% de una sociedad inmobiliaria determinaba la exigencia del ITP sobre el 100% de los inmuebles. Nadie discutiría que en ese caso la adquisición del restante 49% no debería dar lugar a liquidación adicional por ITP, porque lo contrario atentaría contra las reglas más esenciales del sentido común y de la prohibición de interdicción. Así lo ha admitido la DGT en su contestación a consulta vinculante de fecha 28 de enero de 2008.

Sin embargo, si el sujeto pasivo hubiera adoptado un criterio distinto al mantenido por la DGT y hubiera liquidado únicamente sobre la base del 51% del valor de mercado de los inmuebles, y la adquisición del restante 49% se realizase estando en vigor la nueva redacción, surge la duda de si es preciso realizar una nueva liquidación del impuesto.

A favor de la necesidad de realizar una nueva liquidación jugaría el hecho de que el sujeto pasivo se acogió a la interpretación que realizó el Tribunal Supremo en relación con la forma de determinar la base imponible y que, por tanto, en el momento de incrementar el control debería de actuar consecuentemente y de acuerdo con sus propios actos. Sin embargo, como ya hemos indicado, el Tribunal Supremo no se posicionó respecto de la necesidad de hacer autoliquidaciones complementarias en el momento de incrementar el control, sino que se limitó a considerar como base imponible la proporción correspondiente al porcentaje de participación que se adquiere y que permite tomar el control.

Sin embargo, hay un supuesto en el que se plantea de manera más evidente la contradicción de aplicar el supuesto de hecho de incremento de control cuando la adquisición se efectuó con la anterior redacción. Se trata de los casos en los que esa adquisición se produjo en virtud de operaciones societarias y, por tanto, no estuvo sujeta en ningún momento a ITP. Por ejemplo, si una persona física aporta el 75% del capital social de una sociedad de nueva constitución mediante una aportación dineraria y adquiere con posterioridad el 25% restante una vez que la sociedad se ha convertido en inmobiliaria. En este caso, estaba plenamente admitido que la adquisición de control no estaba sujeta a ITP por haberse estado sujeta a la modalidad de OS y ser incompatible.

El posterior incremento de control también se venía entendiendo como no sujeto por cuanto que con la anterior redacción el hecho imponible estaba constituido por la adquisición del control y no se contemplaba este segundo supuesto de hecho. Por ello, se podría considerar que el hecho imponible inicial había quedado agotado y que la nueva redacción no podía rehabilitarlo.

A pesar de que creemos que este criterio debería ser defendible, la DGT ya se ha encargado de descartarlo en su contestación a consulta vinculante de fecha 28 de enero de 2008, donde manifiesta lo siguiente:

“A este respecto, cabe indicar que es irrelevante que el control que ya tenía la consultante sobre la sociedad limitada se hubiera tenido desde la constitución de esta o se hubiera adquirido con posterioridad, pues el presupuesto de hecho que

configura el hecho imponible que ahora se grava es el aumento de la cuota de participación en la entidad ya controlada”.

Aunque la opinión administrativa manifestada en esta contestación no plantea dudas, consideramos que existen argumentos para sostener la tesis propuesta en las líneas anteriores.

Por último, haremos referencia a los problemas de orden transitorio derivado de la modificación del plazo de cuarentena establecido en el caso de transmisión de acciones o participaciones recibidas como consecuencia de la aportación de bienes inmuebles.

Esta cuestión ha sido expresamente abordada por la contestación a consulta vinculante de fecha 15 de mayo de 2007. En ella, la DGT consideraba que en caso de que en el momento de entrada en vigor de la nueva redacción (22 de noviembre de 2006) las acciones o participaciones recibidas se hubieran tenido durante más de un año (que era el plazo de mantenimiento previo), no se aplicaría el nuevo plazo.

Es decir, en caso de que se haya realizado la aportación de un inmueble el día 20 de noviembre de 2005 y se transmitiese el 22 de noviembre de 2006, la operación no estaría sujeta a ITP por cuanto que en el momento de la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 108 de la LMV ya había transcurrido el plazo de un año previsto en la anterior redacción.