CONSIDERACIONES TRIBUTARIAS SOBRE EL ARTÍCULO 108 DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES

Mercedes López Fajardo
Cuerpo Superior de Administradores de la Comunidad Autónoma de Canarias, escala de Administradores Financieros y Tributarios

SUMARIO

I. Introducción: normativa aplicable.
II. Regla general de exención en la transmisión de valores (art. 108.1 LMV).
A) Modalidades impositivas afectadas
B) Alcance del término "transmisión"
C) Concepto y clases de valores a los que se aplica
III. Excepciones a la regla general de la exención: supuestos de no aplicación de la exención (art.108.2 LMV).
A) Ámbito de aplicación
B) Supuestos de hecho contemplados en el artículo 108.2 LMV
1. Transmisión en el mercado secundario de valores que atribuyen el control de una entidad de tenencia de inmuebles
2. Adquisición en el mercado primario de valores que atribuyen el control de una entidad de tenencia de inmuebles por el ejercicio de derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones
3. Transmisión de valores recibidos por la aportación de inmuebles en la constitución o en la ampliación de capital de sociedades
C) Sujeto pasivo
D) Base imponible
E) Tipo de gravamen
IV. Posibles consecuencias de la aplicación del artículo 108.2 LMV en otras figuras tributarias, en especial el Régimen Económico y Fiscal de Canarias.
V. Conclusiones.

Resumen del contenido:

En este trabajo se analizan los criterios de aplicación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores, tratando de profundizar en la abundante problemática que supone especialmente su apartado 2 que incorpora una serie de disposiciones tendentes a evitar la elusión fiscal en la transmisión de inmuebles mediante la interposición de sociedades intermedias. Con este fin en su desarrollo, se ha intentado, sin dejar de lado la necesaria exposición teórica, dar una visión práctica de esta figura acompañada de los pronunciamientos administrativos y jurisdiccionales publicados al respecto.

Para ello se han seguido en varios puntos de la exposición, las pautas estructurales e interpretativas fijadas por el autor D.Alberto López Aldea en su artículo "Criterios de aplicación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores", adaptándolo a la situación actual y complementándolo con los problemas surgidos en la práctica de esta Administración de Tributos Cedidos, así como planteando las posibles consecuencias en otras figuras tributarias, con especial atención al REF de Canarias.

I. INTRODUCCIÓN: NORMATIVA APLICABLE

La utilización de sociedades interpuestas como medio de elusión de la imposición indirecta que grava el tráfico inmobiliario es un fenómeno que se conoce desde hace ya varias décadas.

La primera norma que vino a salir al paso de este tipo de prácticas fue el Reglamento de 15 de enero de 1959, que gravaba como transmisiones inmobiliarias las adjudicaciones de inmuebles en el momento de la disolución de sociedades, siempre que entre el acto de la aportación de los inmuebles y la disolución mediara un plazo inferior a tres años y el adjudicatario fuese un socio distinto a aquel que realizó la aportación.

Tras diversas modificaciones normativas llegamos a la redacción actual del artículo 108 de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), dada por la Disposición adicional 12ª de la Ley 18/1991 de 6 de junio de IRPF, a cuyo tenor:

"1. La transmisión de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, estará exenta del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD) y del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA).

2. Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el apartado anterior y tributarán por el concepto Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO) en el ITP y AJD:

1º Las transmisiones realizadas en el mercado secundario, así como las adquisiciones en los mercados primarios como consecuencia del ejercicio de los derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones, de valores que representen partes alícuotas del capital social o patrimonio de sociedades, fondos,

asociaciones y otras entidades cuyo activo esté constituido al menos en un 50 por ciento por inmuebles situados en territorio nacional, siempre que como resultado de dicha transmisión o adquisición, el adquirente obtenga la titularidad total de este patrimonio o, al menos, una posición tal que le permita ejercer el control sobre tales entidades.

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

A los efectos del cómputo del 50 por 100 del activo constituido por inmuebles, no se tendrán en cuenta aquéllos, salvo los terrenos y solares, que formen parte del activo circulante de las entidades cuyo objeto social exclusivo consista en el desarrollo de actividades empresariales de construcción o promoción inmobiliaria.

2º. Las transmisiones de acciones o participaciones sociales, recibidas por las aportaciones de bienes inmuebles realizadas con ocasión de la constitución de sociedades o la ampliación de su capital social, siempre que entre la fecha de aportación y la de transmisión no hubiera transcurrido un plazo de un año.

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

De la lectura de este precepto vemos que los tributos implicados son el ITP y AJD, el IVA y en Canarias el Impuesto General Indirecto Canario (IGIC), en los que su propia normativa ya contiene una referencia al mismo:

ITP y AJD:

- El artículo 17 del Real Decreto Legislativo 1/1993 de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido del ITP y AJD**,** establece: "*2. Las transmisiones de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, que queden exentas de tributar como tales, bien en el IVA o bien en la modalidad TPO del ITP y AJD, así como su adquisición en los mercados primarios como consecuencia del ejercicio de los derechos de suscrición preferente y de conversión de obligaciones en acciones, tributarán por la citada modalidad, como transmisiones onerosas de bienes inmuebles, en los casos y con las condiciones que establece el artículo 108 de la LMV".*

- El artículo 45.1.B) del mismo Texto Refundido (TR) dispone "*Estarán exentas:….9) Las transmisiones de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 LMV".*

- El artículo 17 del Reglamento del ITP y AJD, aprobado por el Real Decreto 828/1995 de 29 de mayo, reitera lo establecido por el artículo 17.2 del Texto Refundido y transcribe

casi literalmente lo dispuesto en le artículo 108.2º de la LMV.

IVA:

- El artículo 4.4 de la Ley 37/1992 de 28 de diciembre del IVA recoge la incompatibilidad entre ambas figuras cuando señala *"Las operaciones sujetas a este impuesto no estarán sujetas al concepto "transmisiones patrimoniales onerosas" del ITP y AJD.*

Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior las operaciones que se indican a continuación:

b) Las transmisiones de valores a que se refiere el artículo 108, apartado dos, números 1 y 2 de la Ley 24/1988 de Mercado de Valores, según la redacción dada por la disposición adicional 12ª de la Ley 18/1991 de 6 de junio del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas".

IGIC:

- El artículo 4.4 de la Ley 20/1991 de 7 de junio de Modificación de los Aspectos Fiscales del Régimen Económico y Fiscal de Canarias tiene el mismo contenido que el ya referenciado artículo 4.4 de la Ley del IVA, pero en relación con el IGIC.

II. REGLA GENERAL DE EXENCIÓN EN LA TRANSMISIÓN DE VALORES (ART.108.1 LMV)

De conformidad con los preceptos transcritos se extraen las siguientes conclusiones:

A) MODALIDADES IMPOSITIVAS AFECTADAS

Hay que diferenciar:

Si la transmisión de valores es realizada por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad están sujetas al IVA/IGIC, pero exentas del mismo por aplicación del artículo 20.uno.18 LIVA y 10.uno.18 de la LIGIC. Si además ese documento que formaliza la transmisión cumple los requisitos del artículo 31.2 del TR (por ejemplo venta de acciones en escritura pública, dado que esa escritura tiene acceso al Registro Mercantil), quedará sujeto a la modalidad AJD, pero finalmente exento por aplicación del artículo 45.1.B).9 del citado TR.

Si la transmisión de valores no ha sido realizada por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad, quedará sujeta a la modalidad TPO del ITP y AJD, de acuerdo con el artículo 7.1.A) del TR, pero igualmente exenta por el artículo 108.1 LMV y del propio artículo 45.1.B) del mismo TR. La sujeción a la modalidad TPO excluirá la posible tributación por AJD, dada la incompatibilidad existente entre ambas a tenor de lo dispuesto en el artículo 31.2 del TR.

B) ALCANCE DEL TÉRMINO "TRANSMISIÓN"

La exención se limita a las transmisiones onerosas de valores realizadas por actos "inter vivos", ya que si bien no lo dice expresamente, sí que nombra los impuestos en los que quedan exentas, los cuales

gravan este tipo de transmisiones (quedando excluidas pues las transmisiones gratuitas, ya sea "inter vivos" o "mortis causa", objeto del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones).

Pudiendo admitirse su extensión a los negocios que el artículo 7.2 del TR asimila a las transmisiones patrimoniales como son las adjudicaciones de valores en pago, para pago o en pago de asunción de deudas, así como a una permuta por ejemplo.

Sin embargo, lo que no parece admisible es la extensión de la exención a otros hechos imponibles definidos en el artículo 7.1B) del TR, como son la constitución o ampliación de derechos reales sobre valores, préstamos, fianzas, arrendamientos, pensiones…., dado que estas operaciones no son transmisiones propiamente dichas ni negocios fiscalmente asimilados (así se ha pronunciado la DGT en contestación de 28-3-1989).

C) CONCEPTO Y CLASES DE VALORES A LOS QUE SE APLICA

No hay una definición expresa del término "valores" en nuestro Derecho Positivo. Lo que parece claro, desde la entrada en vigor de la Ley 24/1988 es que dicho término incluye tanto los valores incorporados a documentos (títulos-valores) como los representados mediante anotaciones en cuenta.

Diferentes pronunciamientos administrativos y jurisprudenciales han ido analizando los supuestos de calificación más problemáticos, entre los que cabe destacar por su importancia práctica los siguientes:

Participaciones en Sociedades Limitadas: La Ley 2/1995 de 23 de marzo de Sociedades de Responsabilidad Limitada, sigue considerando igual que su antecesora de 1953 en su artículo 5.2, que las participaciones en este tipo de sociedades no son valores, pero su disposición adicional 4ª establece ya expresamente que el régimen de tributación aplicable en su transmisión será el previsto en el artículo 108 LMV (Ver Resolución del TEAC de 2 de junio de 1993 y Consulta de 27-02-2001…" *A efectos de la exención, debe entenderse por valores los títulos de participación social que atribuyen a su titular la condición de socio de sociedades mercantiles, tales como acciones de sociedades anónimas o participaciones en sociedades limitadas, así como otros títulos cuya consideración de valor ha sido expresamente señalada en la Ley...").*

Participaciones en Fondos de Inversión: ya el derogado artículo 20 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva según redacción dada por la disposición adicional sexta, 11 A de la Ley 24/1988, consideraba a sus participaciones valores negociables. Así el artículo 7 de la vigente Ley 35/2003 de 4 de noviembre de las Instituciones de Inversión Colectiva también les reconoce la condición de valores negociables (Ver Consulta de la DGT de 24-07-1997 y la de 27-02-2001).

Participaciones en Sociedades Agrarias de Transformación (SAT): la doctrina mayoritaria aboga por su no consideración fiscal como valores, al tratarse de una modalidad específica de sociedades civiles (Ver la Sentencia del TSJ Valencia de 29-07-1996 y del TSJ de Cataluña de 02-04-2003, cuando

se niega el carácter de título valor a los resguardos nominativos representativos de la participación en una SAT…"*Las Sociedades Agrarias de Transformación, según indica el artículo 1º del Real Decreto 1776/1984 de 3 de agosto son Sociedades Civiles de finalidad económico-social(…).El capital social de dichas sociedades, según expresa el artículo 8º, estará constituido por el valor de las aportaciones realizadas por los socios. Dichas aportaciones estarán representadas por resguardos nominativos que si bien materializan una parte alícuota del capital, no tendrán el carácter de títulos valores y su transmisión no otorgará la condición de socio al adquirente…".*

Participaciones en Comunidades de Bienes, Sociedades Civiles, Herencias Yacentes y demás entidades del artículo 35.4 de la vigente Ley 58/2003 General Tributaria: parece haber unanimidad en considerar que no tienen la consideración de valores (Ver Consulta de la DGT de 16-04-2001 "*cuando un partícipe de este tipo de entidades manifiesta que transmite su participación, en realidad no efectúa tal negocio jurídico sino que está procediendo a transmitir su cuota abstracta en los bienes concretos que integran la comunidad de bienes..*"; también la consulta de 19-05-2003 negó la condición de valor a la transmisión de una participación en un club social , por no constituir ninguna parte alícuota del capital social sino una cuota indivisa del patrimonio).

III. EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL DE LA EXENCIÓN: SUPUESTOS DE NO APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN (ART.108.2 LMV)

A) ÁMBITO DE APLICACIÓN

El apartado 2 del artículo 108 LMV establece varios supuestos en los que no es aplicable la exención en la transmisión de valores, quedando sujetos a gravamen por la modalidad TPO del ITP-AJD.

Al gravar la transmisión de estos valores, el objetivo del legislador es someter a gravamen de forma indirecta la transmisión de bienes inmuebles que subyace, para así salir al paso de conductas elusivas que pudieran producirse utilizando de forma fraudulenta el régimen de exención recogido en la norma.

Cuando el artículo 108.2 LMV señala que las operaciones exceptuadas de la exención tributen por el concepto TPO, se concluye:

- Por un lado, que la transmisión de valores ha de reunir los requisitos básicos de dicha modalidad impositiva, esto es, que ha de tratarse de operaciones realizadas por actos "inter vivos" y con carácter oneroso.

- Y por otro lado, surge la duda de si se refiere sólo a las transmisiones de valores sujetas y exentas de ITPAJD (y por tanto realizadas al margen de una actividad empresarial o profesional) o, por el contrario abarcan también aquellas otras transmisiones de valores sujetas y exentas del IVA/IGIC (siendo entonces indiferente la naturaleza jurídica o la actividad del transmitente).

Es conveniente detenernos en esta última cuestión e intentar aclararla. El artículo 12 de la nueva LGT se remite, para interpretar las normas tributarias al artículo 3 del Código Civil, que a su vez ordena tener en

cuenta el espíritu y finalidad de las normas; en este sentido parece claro que la intención del artículo 108.2 LMV es aplicar a determinados supuestos de transmisión de valores el mismo régimen fiscal que sufrirían la transmisión de los inmuebles a que permite acceder la propiedad de tales valores, y según este punto de vista se podría afirmar que el artículo 108.2 LMV se refiere a las dos transmisiones (sujetas y exentas de IVA/IGIC y de ITPAJD). Sin embargo para sostener esto hubiera sido necesario que el artículo 108.2 LMV hubiera equiparado fiscalmente las transmisiones de valores allí definidas con las transmisiones onerosas de bienes inmuebles. Pero quien sí dice expresamente que estas transmisiones de valores tributarán como transmisiones de inmuebles es el TR del ITPAJD y su Reglamento, lo cual implicaría que estarían incorporando dos modificaciones respecto a la redacción literal del artículo 108.2 LMV. Hasta la fecha no ha habido ningún pronunciamiento jurisprudencial sobre una posible extralimitación del Gobierno al realizar la tarea refundidora del ITPAJD o sobre la posible falta de cobertura legal del Reglamento aprobado por Real Decreto 828/1995, por lo que a tenor del artículo 17.2 del TR y 17 del Reglamento, el artículo 108.2 LMV es aplicable a todas las transmisiones de valores, tanto si el transmitente es particular como si es empresario o profesional.

B) SUPUESTOS DE HECHO CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 108.2 LMV

Se distinguen 3 supuestos en los que es de aplicación la citada disposición:

1. Transmisión en el mercado secundario de valores que atribuyen el control de una entidad de tenencia de inmuebles

Para que opere este supuesto deben concurrir simultáneamente dos requisitos:

• Que el patrimonio de la sociedad, fondo, asociación o entidad a que se refieran los valores transmitidos esté integrado en más de un 50% por inmuebles situados en territorio nacional, sin que se computen a estos efectos aquellos que formen parte del activo circulante de entidades cuyo objeto social exclusivo consista en el desarrollo de actividades empresariales de construcción o promoción inmobiliaria, salvo los terrenos y solares (que se computarán como inmuebles en todo caso).

De este primer requisito se extraen las siguientes pautas interpretativas:

- El concepto de bien inmueble a considerar es el contenido en el artículo 334 del Código Civil, al que se remite el artículo 12 de la LGT, así como el artículo 3 del TR del ITPAJD.

- Los inmuebles poseídos en virtud de contratos de arrendamiento financiero sólo deben computarse como bienes inmuebles cuando haya un compromiso firme de ejercicio de la opción de compra o se haya garantizado de alguna forma su ejercicio (dado que así se desprende de la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoria de Cuentas, ICAC, de 21-01-1992, que contiene las normas de valoración del inmovilizado inmaterial, tal y como ha establecido la DGT en Consulta de 10-05-1994).

- En coherencia con lo anterior, las sociedades de leasing deberán computar como inmuebles todos aquellos bienes sobre los que hayan formalizado contratos de esta naturaleza, excepto los que hayan sido objeto de un compromiso o garantía de opción de compra por el arrendatario.

- Uno de los problemas fundamentales es el valor de los inmuebles a considerar, para determinar si se cumple el porcentaje referenciado; ante el silencio de la LMV, se han planteado dos posturas:

1. La de la DGT que sostiene que para determinar el porcentaje que representan los inmuebles dentro del activo de la Sociedad aquellos deberán computarse por su valor real (Consultas de 19-2-1997 y 2-02-1998 que entienden que el único fundamento de su criterio es la finalidad "anti-elusoria" de la norma, ya que si lo que se pretende es gravar la transmisión de inmuebles que está implícita en la transmisión de los valores, y es el valor real lo que se ha de tomar como base imponible, lo lógico es medir la importancia relativa de los inmuebles en el activo social tomando ese valor real, para así evitar confrontar magnitudes heterogéneas).

2. Y por otro lado la del TEAR DE Cataluña, que en Resolución de 27-10-1999 aboga por realizar la comparación a valores contables, por mucho que el valor contable de los inmuebles haya quedado desfasado absolutamente alejado de su valor real actual (siguiendo así el criterio recogido por la Orden Ministerial de 14-01-1978 que desarrolló el artículo 40 de la Ley 50/1977 de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal –normativa anterior a la LMV- que gravaba como transmisión onerosa de bienes inmuebles, entre otras, la transmisión de más del 80 % de acciones o participaciones de sociedades cuyo activo estuviese integrado en más de un 80% por inmuebles).

- Si se acepta como válido el criterio de la DGT, la Administración deberá utilizar los medios enumerados en el artículo 57 de la LGT y, principalmente, el dictamen de peritos a su servicio, para practicar la valoración de los inmuebles y el resto del activo social.

- El activo total a considerar (denominador de la ratio) debería ser el activo "real", prescindiendo del activo "ficticio" compuesto por partidas que no tienen valor por sí mismas (gastos amortizables, cuentas de orden, pérdidas de ejercicios anteriores, computar el inmovilizado por el neto-descontando la amortización acumulada-….).

- Polémica también es la cuestión de determinar el momento en que debe medirse el activo de la entidad. Ante el silencio de la LMV se plantean dos posturas:

1. La Orden de 14-01-1978 tomaba como base el último balance cerrado y aprobado, lo que parecía coherente con tomar el valor contable de los inmuebles para determinar el porcentaje en el total del activo.

2. Y por otro lado si seguimos el criterio de la DGT de atender a valores reales para este cálculo, parece más conveniente referir esta medición a la fecha misma de la transmisión de los valores (en este sentido se manifiesta la Resolución del TEAR de

Cataluña de 27-10-1999, al no existir disposición reglamentaria alguna).

- En el caso de sociedades constructoras o promotoras hay que hacer dos matizaciones: por un lado que para excluir del cómputo los inmuebles de su activo circulante se exige que su objeto social sea exclusivamente esas dos actividades, incumpliendo ese requisito si su objeto es más amplio y comprende otras actividades, aunque no se estuvieran desarrollando; y por otro lado, dándose esa primera matización, nunca se excluirán del cómputo a los terrenos y solares sea cual sea su consideración contable.

Para determinar qué actividades pueden considerarse como construcción o promoción inmobiliaria pueden consultarse las Normas de Adaptación del Plan General Contable a las empresas constructoras e inmobiliarias aprobadas por Orden Ministerial de 27-01-1993 y 28-12-1994, respectivamente. Cabe precisar que el arrendamiento no tiene por sí mismo la consideración de actividades de promoción inmobiliaria, de forma que cuando esta actividad concurra con la promoción inmobiliaria en el objeto social, no podrá excluirse del cómputo ningún inmueble contabilizado en el activo social (al incumplir el requisito de la exclusividad exigido).

• Que como consecuencia de la transmisión de valores en el mercado secundario el adquirente obtenga la titularidad total del patrimonio social o, al menos, una posición tal que le permita ejercer el control sobre tal sociedad, fondo, asociación o entidad. Tratándose de sociedades mercantiles se entenderá obtenido dicho control cuando directa o indirectamente se alcance una participación en el capital social superior al 50%.

De este segundo requisito se extraen las siguientes pautas interpretativas:

- Para determinar cuándo se produce la toma de control por parte del adquirente hay que computar acumuladamente los valores adquiridos con anterioridad, cualquiera que sea la fecha de adquisición (pudiendo darse el caso extremo de adquirir el control por la transmisión de un solo valor). En el caso de una pluralidad de adquisiciones simultáneas, de vendedores diferentes, deberá atenderse al resultado final de dichas adquisiciones, computadas acumuladamente, para verificar si se produce dicha toma de control (Ver Sentencia del TSJ de Cataluña de 24-02-2000). Señalar que ya no procede acumular los valores adquiridos previamente por terceras personas vinculadas familiarmente con el adquirente -cónyuge e hijos menores no emancipados- (como sí disponía la Orden de 14-01-1978), al no preverlo el artículo 108.2 de LMV.

- En coherencia con lo anterior no se considera cumplido este segundo requisito cuando el adquirente de los valores ya tenía, con anterioridad a la operación considerada, una posición de control en la entidad de tenencia de inmuebles, ya fuese control directo o indirecto (Ver consultas de la DGT de 10-5-1994, 23-12-1997 y 22-10-1999: de manera que si la Sociedad A ya disponía del 75% de la Sociedad B, y ésta disponía del 100% de la Sociedad X (tenedora de inmuebles), en la transmisión del 100% de las

acciones de la Sociedad X que realiza la Sociedad B a favor de la Sociedad A no se cumple el requisito analizado, porque la Sociedad A ya disponía con anterioridad el control indirecto de la Sociedad X).

- Es irrelevante que la posición de control previo la detentase otra persona, física o jurídica, distinta del mismo adquirente, aunque estuviese vinculada familiar o mercantilmente con éste (Ver Consulta de la DGT de 17-7-1996).

- Para esclarecer cuándo se produce la "toma de control" hay que atender a la forma jurídica de la sociedad tenedora de los inmuebles, distinguiendo según se trate de una sociedad mercantil o de otras entidades que no revistan esta forma jurídica (sociedades civiles, fondos de inversión, asociaciones u otras entidades). Si son sociedades mercantiles el propio artículo 108.2 LMV mantiene un criterio objetivo, sin atender a criterio subjetivos, al establecer que dicha toma de control se produce cuando el adquirente alcanza directa o indirectamente una participación en el capital social superior al 50% (siendo irrelevante si tenía o tendrá una posición de control efectivo pero sin llegar a poseer ese porcentaje de acciones, así como si las acciones son sin voto). Si son entidades que no tienen forma jurídica de sociedad mercantil habrá que analizar cada caso por separado para determinar cuándo se entiende adquirido el control efectivo de la entidad, examinando sus estatutos sociales o norma equivalente (pudiendo acudirse al artículo 42.1 del Código de Comercio, al que se remite el artículo 4 de LMV).

- Una cuestión controvertida en relación con las situaciones de control indirecto estriba en precisar si la transmisión de acciones o participaciones de una sociedad "intermedia" (aquella que tiene una participación mayoritaria en la sociedad tenedora de inmuebles) puede suponer no incurrir en el presupuesto de hecho definido por la norma, tal y como se desprende de la redacción literal del precepto; sin embargo esta interpretación supondría abrir una vía para eludir la aplicación del artículo 108.2 LMV contra la que habría que reaccionar mediante las oportunas modificaciones legislativas (Ver Resolución del TEAC de 31-05-1995 que incluyó dentro del presupuesto de hecho contemplado en el artículo 108.2 LMV a la adquisición de participaciones indirectas referidas a sociedades intermedias, cuando en el supuesto en que la Sociedad A poseía el 15% de las acciones de la Sociedad X (tenedora de inmuebles) y adquiere el 100% de las acciones de las Sociedades B y C, quienes detentaban directamente el 85% restante de las acciones de X, consideró sujeta a la modalidad TPO la adquisición de las acciones de las sociedades B y C).

- Un tema que merece la pena tratar aquí por su trascendencia práctica es el relativo a los adquirentes personas físicas casadas bajo el régimen económico matrimonial de gananciales. Así cabría diferenciar cuatro supuestos:

1. Cuando se disuelve este régimen económico y entre los bienes hay participaciones de una Sociedad en la que más del 50% de su activo está forma-

do por inmuebles, adjudicándose por mitad a los cónyuges, de tal manera que uno de ellos –como ya poseía participaciones de esta entidad con carácter privativo- alcanza más del 50% del total del capital social: en este caso entiendo que no se puede aplicar el artículo 108.2 LMV, porque no hay ninguna transmisión entre los cónyuges sino una mera especificación o concreción del derecho abstracto preexistente (STS 28-06-1999).

2. Cuando se disuelve este régimen económico y entre los bienes hay participaciones de una Sociedad en la que más del 50% de su activo está formado por inmuebles, adjudicándose a uno sólo de los cónyuges el total de las participaciones y tener así más del 50% del capital social, compensando en metálico al otro cónyuge por este exceso de adjudicación: aquí sí entiendo que hay un supuesto de transmisión patrimonial sujeta (artículo 7.2.B) del TR del ITPAJD), al no ser indivisible el bien y ser de plena aplicación el artículo 108.2 LMV (Resolución del TEAR de Aragón de 28-10-2004).

3. Cuando se disuelve este régimen económico y en las adjudicaciones (no es necesario que existan este tipo de participaciones) se produce un exceso de adjudicación en uno de los cónyuges que es compensado por el otro cónyuge, no en metálico sino con la entrega de participaciones de una Sociedad en la que más del 50% de su activo está formado por inmuebles, y tener así más del 50% del capital social: aquí entiendo que además de tributar como exceso de adjudicación al ser un supuesto de transmisión patrimonial sujeta (artículo 7.2.B) del TR del ITPAJD), en el caso de que el bien no fuera indivisible, también hay una posterior transmisión de participaciones siendo de plena aplicación el artículo 108.2 LMV (Resolución del TEAR de Aragón de 28-10-2004).

4. Cuando se adquiere por un cónyuge dentro de la sociedad legal de gananciales, participaciones de una Sociedad en la que más del 50% de su activo está formado por inmuebles pasando a tener más del 50% del capital social de dicha entidad ¿cómo se debe computar esta toma de control, individualmente cada cónyuge o conjuntamente porque están en régimen de comunidad y la titularidad es en común y pro indiviso? A pesar de la concepción romana de la comunidad por cuotas, imperante en nuestro Código Civil, partes ideales o abstractas que no tienen concreción material hasta el momento de la división, que implicaría computar ese 50% conjuntamente, sorprendentemente hay una reciente Resolución del TEAC de 26-05-2004 que aboga por la división por mitad a ambos cónyuges para este cálculo, bajo el fundamento de que "*la sociedad de gananciales es un ente sin personalidad jurídica, que como tal no puede realizar negocios jurídicos, ni ser titular de bienes, por tanto, tam-*

poco puede ser sujeto pasivo de ningún impuesto, salvo cuando la ley lo establezca". Según esta Resolución cuando el cónyuge casado en gananciales adquiere el 97% del capital social, no tiene el control de la sociedad porque a cada cónyuge le corresponde un 48,5%, no superando por tanto el 50% del total del capital social.

Por último hay que indicar que el presupuesto de hecho contemplado en el artículo 108.2 se refiere a la modalidad TPO del ITPAJD, de tal manera que no quedarán gravadas aquellas operaciones, que a pesar de cumplirse los dos requisitos ya enumerados, se realicen como consecuencia de un negocio jurídico sometido a gravamen por la modalidad "Operaciones Societarias", dada la incompatibilidad entre ambas modalidades (artículo 1.2 del TR del ITPAJD), como por ejemplo aportaciones no dinerarias, fusiones, escisiones y canje de valores (Ver Resolución de 20-02-1998 "*en una ampliación de capital suscrita con aportaciones no dinerarias consistentes en acciones de sociedades -una de las cuales tiene su activo constituido en más de un 50% por inmuebles- por la que la que amplía capital obtiene una participación en el capital de ésta superior al 50%, no entraría en el ámbito del artículo 108.2 LMV, por quedar sujeta a Operación Societaria"*. En el mismo sentido ver Consultas de 23-05-200 para canje de valores y de 24-02-1993 para el supuesto de fusión).

2. Adquisición en el mercado primario de valores que atribuyen el control de una entidad de tenencia de inmuebles por el ejercicio de derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones

Para que opere este supuesto deben concurrir simultáneamente dos requisitos:

• Que el patrimonio de la sociedad, fondo, asociación o entidad a que se refieran los valores transmitidos esté integrado en más de un 50% por inmuebles situados en territorio nacional, sin que se computen a estos efectos aquellos que formen parte del activo circulante de entidades cuyo objeto social exclusivo consista en el desarrollo de actividades empresariales de construcción o promoción inmobiliaria, salvo los terrenos y solares (que se computarán como inmuebles en todo caso).

Deben darse aquí por reproducidas todas las pautas interpretativas que se formularon en relación con el primer requisito del supuesto 1 precedente.

• Que como consecuencia de la transmisión de valores en el mercado secundario el adquirente obtenga la titularidad total del patrimonio social o, al menos, una posición tal que le permita ejercer el control sobre tal sociedad, fondo, asociación o entidad. Tratándose de sociedades mercantiles se entenderá obtenido dicho control cuando directa o indirectamente se alcance una participación en el capital social superior al 50%.

La adquisición de los valores en los mercados primarios se ha de verificar forzosamente a través de alguno de los dos medios siguientes:

- Bien por el ejercicio de derechos de suscripción preferente o

- Bien por la conversión de obligaciones en acciones.

Lo primero que hay que advertir, como señala la doctrina, es la incorrección técnica de la norma. Recordemos que el artículo 108.2 LMV establece una serie de excepciones a la exención en IVA/IGIC y en ITPAJD que proclama el apartado 1 del artículo, declarándolas sujetas a gravamen por la modalidad TPO del ITPAJD. Al incluir dentro de este catálogo de excepciones un nuevo supuesto consistente en la adquisición de valores, lo que no es hecho imponible del IVA/IGIC ni tampoco del ITPAJD, la norma está excepcionando la aplicación de la exención en una operación que ni siquiera está sujeta a los impuestos a los que se refiere dicha exención. Este error deriva de situar en el mismo plano de gravamen la transmisión de determinados valores y la adquisición de esos mismos valores.

Sin embargo -como ya vimos-, en la tarea refundidora del ITPAJD se alteró de forma sustancial la redacción legal del artículo 108.2 LMV, formulando una ficción legal donde no la había. Dicha ficción legal se extiende también a este segundo supuesto, disponiendo que dichas adquisiciones de valores tributarán como transmisiones onerosas de bienes inmuebles. Si bien desde la entrada en vigor del TR no cabría hablar propiamente de un nuevo hecho imponible sino más bien, como dice López Aldea, de un supuesto de hecho que provoca la realización del hecho imponible "transmisión onerosa de bienes inmuebles".

Volviendo al análisis de este segundo requisito, vamos a diferenciar los supuestos contemplados allí:

Adquisición de valores por ejercicio de derechos de suscripción:

1. Los antiguos accionistas y los titulares de obligaciones convertibles tendrán derecho a la suscripción preferente de las nuevas acciones que se emitan en una ampliación del capital social, en proporción a las acciones que posean o a las que corresponderían a los titulares de obligaciones convertibles de ejercitar en ese momento la facultad de conversión (artículo 158 del TR de la Ley de Sociedades Anónimas, TRLSA). Cada acción antigua tiene un derecho de suscripción para acudir a una ampliación de capital.

2. No habrá lugar al derecho de suscripción preferente cuando el aumento de capital se deba a la conversión de obligaciones en acciones o a la absorción de otra sociedad o de parte del patrimonio escindido de otra sociedad (artículo 159.3 TRLSA).

3. Este derecho de suscripción preferente será transmisible en las mismas condiciones que las acciones de las que deriven.

4. No se cumplirá el presupuesto de hecho contemplado en la norma relativo a la toma de control, en el caso de no haber obligaciones convertibles emitidas y que todos los accionistas ejerzan los derechos de suscripción que les correspondan, porque no se alteraría el porcentaje de participación en el capital social.

5. Sí se cumpliría este requisito de toma de control si los accionistas transmiten todo o parte de su derechos de suscripción, que son ejercitados por los adquirentes y uno de éstos pasa a tener una participación mayoritaria en el capital social, computando, en su caso, las acciones que ya detentase anteriormente.

6. Hay dos situaciones en las que, a pesar de no haber transmisión de los derechos de suscripción, se produce una alteración en la composición del capital social:

a) Cuando tiene lugar un aumento de capital "incompleto" (artículo 161.1 TRLSA), por no haberse ejercitado la totalidad de los derechos de suscripción. En este caso si alguno de los accionistas que sí hayan ejercitado sus derechos de suscripción pasa a detentar una participación mayoritaria en el capital social, se cumpliría este requisito de toma de control.

b) Cuando existan emitidas y en circulación obligaciones convertibles y sus titulares ejerciten sus derechos de suscripción de las nuevas acciones emitidas, de tal forma que uno de dichos obligacionistas pase a detentar una participación mayoritaria en el capital de la sociedad emisora (tenedora de inmuebles).

Adquisición de valores por ejercicio del derecho de conversión de obligaciones en acciones:

1. Se refiere la norma al momento, no de la emisión de estas obligaciones, sino al de la conversión, esto es, cuando se entregan a los titulares de este tipo de obligaciones que hayan solicitado la conversión, las correspondientes acciones.

2. Para que se dé el supuesto del artículo 108.2 LMV es necesario que el obligacionista que acude a la conversión pase a detentar una participación mayoritaria, directa o indirecta, en el capital de la sociedad emisora (tenedora de inmuebles) como consecuencia de las acciones recibidas en la conversión.

3. Transmisión de valores recibidos por la aportación de inmuebles en la constitución o en la ampliación de capital de sociedades

Para que opere este supuesto deben concurrir simultáneamente dos requisitos:

• Que se produzca la transmisión de las acciones o participaciones sociales recibidas como contrapartida de las aportaciones no dinerarias de inmuebles, realizadas con ocasión de la constitución de sociedades o de posteriores ampliaciones de capital que tengan lugar en éstas.

• Que entre la fecha de aportación de los inmuebles y la fecha de transmisión de las acciones o participaciones sociales no haya transcurrido un plazo de un año.

En relación con este tercer supuesto pueden formularse las siguientes pautas interpretativas:

- Dados los términos en que está redactada la norma, parece que este supuesto

sólo es aplicable en relación con las sociedades que tengan forma jurídica mercantil.

- No se exige que la sociedad receptora de los inmuebles tenga más del 50% de su activo integrado por inmuebles situados en territorio español.

- No es óbice para la aplicación del precepto el que la aportación de los inmuebles se hubiese completado con un desembolso a metálico, pues bastaría con efectuar una aportación dineraria irrisoria para burlar la finalidad del precepto (Ver Resolución del TEAC de 16-12-1999).

- Es irrelevante el porcentaje de participación en el capital social que atribuya la aportación no dineraria de los inmuebles, así como el porcentaje total de participación en el capital social que pase a detentar el socio aportante como consecuencia de dicha aportación.

- Lo que se grava por la modalidad TPO es la transmisión de esas acciones o participaciones recibidas por la aportación de los inmuebles, y no la transmisión de otras acciones o participaciones que pudiera tener con anterioridad el socio aportante. Por lo que rápidamente se advierte el problema de cómo identificar esas acciones si el transmitente ya poseía otras acciones o participaciones con anterioridad y no están representadas mediante títulos numerados sino mediante anotaciones en cuenta.

Algunos autores plantean la aplicación del método FIFO utilizado en el IRPF (primera entrada, primera salida), pero tiene el inconveniente de que dada la limitación temporal de un año, puede beneficiar al contribuyente y favorecer la no aplicación del artículo 108.2 LMV. De ahí que otro sistema podría ser el de PONDERAR los valores, de tal forma que si por ejemplo tengo 100 acciones , 50 compradas hace más de 1 año y las otras 50 hace menos de 1 año, y vendo 40 acciones (el 40% del total poseídas), entender que ahora se ha vendido el 40% de las 50 compradas hace más de un año (son 20) y el 40% de las otras 50 compradas hace menos de 1 año (otras 20); según este criterio sólo se le aplicaría el artículo 108.2 LMV a la transmisión de estas últimas 20 acciones, mientras que con el método FIFO no se hubiera podido aplicar el mencionado precepto.

C) SUJETO PASIVO

Teniendo en cuenta que el artículo 17.2 del TR del ITPAJD ha establecido que los supuestos antes analizados tributarán por el concepto TPO, como "transmisiones onerosas de bienes inmuebles", y que el artículo 8, letra a) del mismo TR considera al adquirente como sujeto pasivo en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, cabe concluir que será el adquirente de los valores quien ostente la condición de sujeto pasivo en las operaciones que estamos analizando (la misma solución se aplica para el caso de la suscripción en mercados primarios).

D) BASE IMPONIBLE

La LMV en el último párrafo del artículo 108.2 establece como base imponible el valor de los bienes inmuebles calculado de acuerdo a las reglas contenidas en al normativa vigen-

te del ITPAJD; en este sentido el artículo 10 del TR del ITPAJD define la base imponible como el valor real del bien transmitido.

Por tanto lo único que deja claro este precepto es que debe acudirse al valor real de los inmuebles, pero no resuelve otras cuestiones fundamentales que pasamos a analizar:

• Una de las cuestiones más debatidas, junto a la ya estudiada de qué valores (reales o contables) tomar para el cálculo del porcentaje que determina la toma de control, es la relativa a qué inmuebles deben computarse en la base imponible ¿todos los incluidos en el activo de la sociedad o sólo la parte proporcional correspondiente a los valores transmitidos (o adquiridos)? Para responder a esta pregunta hay que comenzar por distinguir los supuestos previstos en el artículo 108 LMV:

a) En los supuestos de aplicación del artículo 108.2 LMV en los que es relevante la toma de control o la adquisición de una participación mayoritaria en el capital de la sociedad tenedora de inmuebles (previstos en el **párrafo 1º del artículo108.2 LMV**), es unánime la postura de la **DGT** (Consultas de 13-11-1991 y 20-02-1998), del **TEAC** (Resoluciones de 23-11-1995,23-07-1998 y 27-05-1999), así como de la **Doctrina**, en el sentido de que la base imponible viene dada por el valor real de la totalidad de inmuebles que integran el patrimonio de la sociedad, sin excluir aquellos inmuebles que no se computaron a efectos de determinar si el activo de la sociedad estaba integrado en más de un 50% por inmuebles (activo circulante de entidades dedicadas exclusivamente a la construcción o promoción inmobiliarias, salvo terrenos y solares), basándose fundamentalmente, como dice el TEAC en la última Resolución nombrada, en que "*el legislador de forma consciente ha querido gravar como si la transmisión del inmueble se hiciera en su totalidad, y ello no es sino una medida cautelar tendente a evitar la elusión fiscal que pueda producirse por el propio mecanismo de exención previsto en el artículo. Así podría ocurrir que gravándose sólo la transmisión por el porcentaje adquirido sobre el valor total del bien llegara éste a adquirirse en su totalidad no soportando gravamen alguno por el resto de la adquisición, al realizarse ésta mediante sucesiva compra de acciones cuya transmisión resulta exenta por el propio juego del artículo 108 LMV*". Si bien es verdad que , según esta Resolución, se podría llegar a adquirir la totalidad del capital social sin tributar o haciéndolo por un bajo importe, por ejemplo si va adquiriendo sucesivamente el 1% + 1%+ 1% del capital social, exenta cada transmisión de acciones, y en el momento en que por la adquisición del 1% poseyera más del 50% del capital , solamente tributaría al tipo de gravamen aplicable a los inmuebles, pero sobre una base imponible resultante de aplicar el 1% al valor real de los inmuebles, lo cual parecería contrario al espíritu y finalidad anti-elusoria de la norma, no es menos cierto que el artículo 108.2 LMV no dice expresamente que la base imponible deba ser la totalidad de los inmuebles.

No obstante el **Tribunal Supremo** en reciente Sentencia de 30-4-2004 (y el TSJ de Cataluña en Sentencia de 28-5-2004) desestima la tesis del Abogado del Estado basada en que "*se trata de una ficción tributaria,*

según la cual una transmisión de acciones, que estaría en principio exenta, se sujeta al Impuesto, como TPO, siempre que dicha transmisión suponga la asunción de todo el capital social o, al menos una posición tal que permita ejercer el control de la Sociedad(…)", señalando que las fictio iuris sólo se pueden establecer por normas con rango legal, y que el artículo 108 no contiene tal ficción legal.; y aunque sí la contiene el TR del ITPAJD y su Reglamento, estas normas no son aplicables al caso de autos, "ratione temporis", porque la adquisición de las acciones se produjo el 8 de junio de 1992 (antes de la entrada en vigor de aquéllas). Continúa la Sala diciendo "*resaltar la muy baja calidad técnica del artículo 108 LMV, porque la cuestión que estamos discutiendo era la más importante, es decir la que exigía un pronunciamiento legal claro y terminante, pues esta misma cuestión preocupó gravemente a los redactores de la Orden Ministerial de 14 de enero de 1978, que dispusieron que la base imponible sería la parte del valor de los bienes inmuebles, precepto que aplicado al caso de autos sería el 35% -porcentaje del capital social adquirido- del valor de los inmuebles..."*. En conclusión, según el Alto Tribunal la base imponible resultará de aplicar el porcentaje de acciones o participaciones transmitido sobre el valor real de los inmuebles incluidos en el patrimonio social, así por ejemplo si el valor real de los inmuebles es 100 y se adquiere el control social transmitiendo el 15% de las acciones, la base imponible sería 100 x 0,15= 15; A pesar de esta sentencia la DGT sigue manteniendo su postura, porque entiende que el fundamento de la misma es "ratione temporis ", sin entrar a analizar la cuestión.

Sería deseable pues, de "lege ferenda" una modificación que aclarase este tema.

b) En los supuestos de aplicación del artículo 108.2 LMV en los que grava la transmisión de acciones o participaciones recibidas como consecuencia de una aportación no dineraria de inmuebles (previsto en el **párrafo 2º del artículo 108.2 LMV**), parece lógico que la base imponible venga dada por el valor real de los inmuebles que fueron aportados ponderado por el porcentaje que representen las acciones transmitidas respecto del total de las recibidas como consecuencia de la aportación no dineraria de aquéllos; Así en el caso de que el inmueble aportado se hubiera valorado en 100 recibiendo a cambio 50 acciones, si antes de un año, se transmiten 10 acciones de las así recibidas, siendo en ese momento el valor real de los inmuebles 110, la base imponible vendría dada por 110 x 10/50=22. (Ver TEAC Resolución de 16-12-1999).

• La segunda cuestión a decidir es el momento que ha de ser tomado en consideración para valorar los inmuebles, a efectos de cuantificar la base imponible. Parece que esta valoración debe referirse necesariamente a la fecha de transmisión de los valores, puesto que todos los elementos de la obligación tributaria han de configurarse con referencia al momento del devengo.

• La valoración deberá realizarse utilizando los medios que se relacionan en el artículo 57 de la LGT, y en particular, el dictamen de peritos al servicio de la Administración. Contra el valor así determinado, que deberá cumplir los requisitos y

condiciones propias de todo acto de valoración, los interesados podrán solicitar la práctica de tasación pericial contradictoria.

E) TIPO DE GRAVAMEN

A tenor de lo dispuesto en el artículo 108.2 párrafo final, el tipo de gravamen aplicable será el correspondiente a las transmisiones onerosas de bienes inmuebles.

Dicho tipo será el establecido por la Comunidad o Comunidades Autónomas donde estén situados los inmuebles integrantes del activo de la entidad, de conformidad con la facultad conferida por el artículo 41.1.a) de la Ley 21/2001 de 27 de diciembre que regula las Medidas Fiscales y Administrativas del Nuevo Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas. Supletoriamente, en defecto de regulación autonómica se aplicará el 6% (artículo 11.1.a) del TR de ITPAJD).

Si los inmuebles estuvieran situados en Canarias, a partir del 1-1-2005 el tipo impositivo para los inmuebles es el 6,5% (con una serie de excepciones), modificación introducida por la Ley 5/2004 de 29 de diciembre de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2005.

IV. POSIBLES CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 108.2 LMV EN OTRAS FIGURAS TRIBUTARIAS, EN ESPECIAL EL RÉGIMEN ECONÓMICO Y FISCAL DE CANARIAS

Si como hemos reiterado en este trabajo, el artículo 17.2 del TR del ITPAJD equipara, cuando se cumplan los requisitos pertinentes, la transmisión de valores a la transmisión de inmuebles, cabe plantearse si esta consideración de inmueble puede trasladarse a otras figuras de naturaleza tributaria, como son los artículos 25 y 27 de la Ley 19/1994 y el IRPF.

En relación al **artículo 25 de la Ley 19/1994** de Modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias, que recoge la exención, tanto en el ITPAJD como para el IGIC, de las adquisiciones de bienes de inversión situados en Canarias, realizadas por sociedades, domiciliadas en Canarias, de nueva creación o que ya constituidas amplíen capital, podría plantearse si una sociedad que cumpla estos requisitos, adquiere acciones de otra cuyo activo está constituido en más de un 50% por inmuebles, pasando a poseer la adquirente más del 50% del capital social, dándose así el supuesto de hecho del artículo 108.2 LMV y haciendo tributar esta transmisión de valores como si fuera una transmisión de inmuebles, podría beneficiarse por esa adquisición de valores de la exención contemplada en este artículo 25, por ser extrapolable a otras figuras impositivas la ficción legal prevista en el artículo 17.2 del TR del ITPAJD, y considerar que se ha adquirido un bien de inversión(por cumplir los requisitos para tal consideración en el IGIC), inmueble (y no acciones). Entiendo, en principio, que la respuesta debe ser negativa por aplicación tanto del principio de legalidad de toda exención (no está prevista esa posibilidad en el artículo 25 de la Ley 19/1994), como de la prohibición de la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito de las exenciones (artículo 14 de la LGT). Si bien si atendemos a

criterios de la lógica, también habría que ponerse del lado del contribuyente y pensar que si hay una norma que le impide disfrutar de la regla general de exención de toda transmisión de valores, por cumplirse los requisitos del artículo 108.2 LMV, obligando a tributar como si fuera una transmisión de inmuebles, no tendría sentido que no le pueda afectar la exención del artículo 25 de la Ley 19/1994 (siempre y cuando se cumplan todos los requisitos allí previstos, ya sean subjetivos, objetivos y temporales), pues aquélla ficción legal debería ser "erga omnes". Coincidiendo con esta última lógica hermenéutica, se ha manifestado la DGT en consulta de 23 de marzo de 1999; esta consulta hay que leerla cautelosamente, ya que si bien en una primera lectura parece que admite sin más la aplicación de la exención del artículo 25 de la Ley 19/1994, lo cierto es que finaliza matizando que ello será así siempre que se cumpla la consideración de bien de inversión contenida en la normativa del IGIC; en este sentido el artículo 40 de la Ley 20/1991 exige que sea un bien corporal, mueble o inmueble, que por su naturaleza y función esté normalmente destinado a ser utilizado por un período de tiempo superior a un año como instrumentos de trabajo o medios de explotación; de lo cual se desprende que difícilmente puede ser un medio de explotación o instrumento de trabajo para el adquirente de las acciones, uno o varios inmuebles afectos a la actividad de otra persona (jurídica), ya que su titularidad sigue teniéndola la sociedad de cuyo capital social proceden tales valores. Concluyendo por tanto, desde mi punto de vista, la imposible aplicación práctica de tal exención por no cumplirse uno de los requisitos exigidos por ella, cual es el de la consideración de bien de inversión.

Con relación al **artículo 27 de la Ley 19/1994**, que regula la Reserva por Inversión en Canarias (RIC), figura que constituye un incentivo fiscal a la inversión en las Islas Canarias operando mediante una reducción en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades y a través de deducción en cuota en el IRPF (según que el sujeto pasivo sea sociedad o persona física que realiza actividad económica), con la condición de materializar dicha dotación de RIC en un plazo de 3 años, en activos fijos situados en el Archipiélago que contribuyan a la mejora y protección del medio ambiente (dejando al margen la posibilidad de materializar en acciones de sociedades y que posteriormente las mismas realicen las inversiones en activos fijos), cabe plantear si podría entenderse cumplida dicha materialización cuando se adquieren acciones de una sociedad cuyo activo está constituido en más de un 50% por inmuebles, pasando a poseer la adquirente más del 50% del capital social, dándose así el supuesto de hecho del artículo 108.2 LMV y haciendo tributar esta transmisión de valores como si fuera una transmisión de inmuebles, por ser extrapolable a otras figuras impositivas la ficción legal prevista en el artículo 17.2 del TR del ITPAJD, y considerar que se ha adquirido un activo fijo inmueble (y no acciones). Entiendo también aquí que la respuesta debe ser negativa por aplicación tanto del principio de legalidad de toda beneficio o incentivo fiscal (no está prevista esa posibilidad en el artículo 27 de la Ley 19/1994), como de la prohibición de la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito de los beneficios o incentivos fiscales (artículo 14 de la LGT). Suponiendo que la DGT se manifestara en la misma línea que res-

pecto del artículo 25 del mismo texto legislativo, esto es, admitiendo la materialización de la RIC en estas acciones a las que se ha aplicado el artículo 108.2 LMV, imagino también que matizaría al final su supeditación al cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa; y en este sentido el artículo 27 referenciado en el punto 4 apartado a) admite la materialización en activos fijos situados o recibidos en el archipiélago canario, siempre que sean utilizados en el mismo y necesarios para el desarrollo de actividades empresariales del sujeto pasivo; de lo cual se desprende que difícilmente pueden ser necesarios para el desarrollo de la actividad empresarial del sujeto pasivo (el adquirente de las acciones), uno o varios inmuebles afectos a la actividad de otra persona (jurídica), ya que su titularidad sigue teniéndola la sociedad de cuyo capital social proceden tales valores. Concluyendo por tanto, desde mi punto de vista, la imposible materialización de la RIC en estas acciones afectadas por el artículo 108.2 LMV, por no cumplirse uno de los requisitos exigidos por ella, cual es el de la afectación a la actividad empresarial.

Por lo que respecta al **IRPF**, se plantea si afecta o no al transmitente de los valores de una sociedad cuyo activo está compuesto en más de un 50% por inmuebles si el adquirente tiene más del 50% del capital social de la misma, y resulta aplicable el artículo 108.2 LMV; pensar que el transmitente tendrá que calcular su ganancia o pérdida patrimonial por diferencia entre el valor de adquisición y el valor de transmisión, pudiendo aplicar la Disposición Transitoria 9ª de la Ley 40/1998 del IRPF si los valores fueron adquiridos antes del 31-12-1994,lo cual implicaría tener en cuenta los coeficientes reductores previstos y así minorar la ganancia patrimonial inicialmente calculada; dichos coeficientes varían según la naturaleza del bien transmitido distinguiendo tres grupos:

• El 11,11%: bienes inmuebles, derechos que recaigan sobre los mismos, o valores de las entidades de la Ley 24/1988 artículo 108, con excepción de las acciones y participaciones representativas del capital social o del patrimonio de las sociedades o fondos de inversión inmobiliaria.

• El 25%: acciones emitidas a negociación en mercados secundarios oficiales, con excepción de las acciones representativas del capital social de las sociedades de inversión mobiliaria e inmobiliaria.

• El 14,28%: Restantes elementos.

A tenor de lo expuesto se plantea qué coeficiente habría que coger en este caso (suponiendo que los valores no cotizan), ¿el 14,28% atendiendo a la naturaleza del bien, o el 11,11% atendiendo a la ficción legal prevista? La respuesta es el 11,11%, pero no porque se atienda a la ficción legal nombrada que se considera extrapolable a otros impuestos, sino porque la propia Disposición Transitoria 9ª lo prevé cuando dice "valores de las entidades de la Ley 24/1988 artículo 108".

Lo cual requeriría la necesidad de poner de manifiesto el contenido del expediente y la propuesta de resolución a los transmitentes de los valores, con el fin de que puedan alegar lo que estimen conveniente a su Derecho.

V. CONCLUSIONES

Si bien son absolutamente imprescindibles en un Ordenamiento tributario avanzado, normas con fines anti-elusión como el artículo 108.2, con una tradicional presencia en la normativa fiscal española, aunque bajo diferentes formulaciones, también hay que criticar la falta de rigor técnico, ya reiterada a lo largo de la exposición, de la redacción de este precepto, situación que ya se prolonga por casi 17 años, y que ni el TR del ITPAJD ni su Reglamento ayudaron a resolver, propiciando la adopción de soluciones diversas por parte de la Administración y los Tribunales, con la consiguiente merma de seguridad jurídica que ello provoca en los contribuyentes.

Destacando como carencias especialmente graves, y que requerirían de "lege ferenda" una solución, la indefinición del criterio a seguir para determinar si más del 50% del activo está integrado por inmuebles (valor real o valor contable), así como el momento en el que debe realizarse dicha medición (último balance o fecha de la transmisión de los valores), y por último, entre otras, la forma de cuantificar la base imponible (el total de los inmuebles o el porcentaje que representan las acciones transmitidas en el total de inmuebles).