

# LA IMPOSICION INDIRECTA SOBRE LA TRANSMISION DE VALORES

Jaime PARRONDO AYMERICH

## I. INTRODUCCION

Para abordar el estudio del tratamiento que el sistema fiscal español otorga, en su vertiente indirecta, a la transmisión de valores, resulta imprescindible tener en cuenta la fecha —29 de enero de 1989— en que entró en vigor parte de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Ello no significa que antes no hayan existido otros momentos que cabría calificar de cruciales; sin embargo, la LMV prácticamente los oscurece.

Es imprescindible tomar como punto de partida esa fecha porque, aunque en cierta medida pueda suponer un avance sobre algo en lo que luego habrá ocasión de profundizar, en esta parte introductoria debe dejarse constancia de una situación: el ordenamiento jurídico español, al menos desde una perspectiva histórica, ha producido un enlace (las más de las veces muy difícil de romper) entre el vehículo documental del «valor» y el «valor» en sí mismo. Es decir, la teoría del título-valor ha pesado tanto en nuestro acarrero histórico —e incluso hoy, después de la nueva concepción, que luego veremos, sigue pesando— que la desvinculación entre el título y aquello a que éste se refiere resulta especialmente dificultosa.

Y si esto es así en la vida privada, nada de extraño tiene que, sumergiéndonos en el ámbito fiscal, se haya producido una serie de confusiones o malas interpretaciones a la hora de comprender una determinada operatoria. Nos estamos refiriendo, precisamente, a las implicaciones o nueva situación surgida de la LMV, al ser comparada con las redacciones tradicionales de la normativa legal reguladora de la imposición indirecta, pues en ésta las referencias son siempre a títulos, como vehículo que soporta el valor y nunca al valor en sí mismo. Incluso, como veremos, en la normativa más pró-

xima a la entrada en vigor de la LMV se sigue manteniendo aún la tesis del título.

Pues bien, la LMV ha constituido una pieza clave —si no «la» pieza clave— en la disociación, por lo cual nada de extraño tiene que pueda hablarse del «antes» y del «después» de esa Ley, y de aquí su trascendencia.

## II. DELIMITACION DEL ESTUDIO

### 1. Concepto de «valor»

La primera cuestión que cabe plantear es la referida a qué son «valores». Para partir de una idea, digamos, siguiendo a Cabanellas (1), que «valores» son títulos o documentos representativos de la participación en sociedades mercantiles, por cantidades prestadas, mercaderías y otros objetos de las operaciones del Fisco, de los bancos, del comercio o de la industria. Esta concepción descriptiva puede ser tachada de incompleta; sin embargo, presta una idea muy clara sobre el núcleo alrededor del cual gira este trabajo: financiación propia, financiación externa y colocación de recursos.

Es indudable que si en el campo de los préstamos el término «valor» lo identificamos con «derecho» (básicamente un derecho de crédito), el estudio se ampliaría a la mera transmisión de un crédito (de un préstamo) pactado entre dos sujetos, caso típico del préstamo concedido por un banco a un cliente. Sin embargo, delimitando aún más el estudio, éste se referirá, sólo, a las operaciones de captación de «recursos ajenos», es decir, a las operaciones de préstamo ofrecidas al público en general; en suma, a las basadas en la emisión de una pluralidad de títulos.

Respecto a su naturaleza jurídica, bastará señalar que nos encontramos ante bienes (entendiendo esta palabra en un sentido amplio) muebles.

## 2. Operaciones sobre «valores»

Desde un principio debe quedar claro que el objeto del presente estudio se refiere a un conjunto de operaciones (transmisiones) que se efectúan con independencia del nacimiento del valor. Es decir, no nos ocuparemos de la constitución, por ejemplo, de una sociedad anónima, sino de la imposición indirecta que recae sobre la transmisión de sus acciones, ni nos ocuparemos de la fiscalidad latente al tiempo de concertar un préstamo o formalizarse un empréstito, sino de los tributos que gravan la transmisión del valor que surge de la suscripción.

De otra parte, debe advertirse que el principio de libertad que proclama el artículo 1.255 de nuestro Código Civil supone la apertura de un abanico de posibilidades que resultaría muy difícil «cerrar» para reunir en una sola conclusión el régimen tributario que se trata de analizar. De aquí que, para acotar el tema, la referencia genérica deberá serlo a la imposición que recae sobre la compraventa de valores.

Indudablemente, existen otros institutos jurídicos merced a los cuales puede operarse un resultado económico similar al que deriva de la transmisión, en sentido estricto, del valor. No obstante, en este capítulo trataremos sólo de la fiscalidad que recae sobre la transmisión del dominio.

### III. EVOLUCION HISTORICO-FISCAL

A lo largo de las próximas páginas van a destacarse los hitos fundamentales que ha atravesado el régimen jurídico-fiscal indirecto de la transmisión de valores.

Es necesario advertir que ese régimen, que parte en su examen del año 1967, se vio modificado en su estructura en los años 1980 y 1986. Es decir, el examen de la evolución legislativa nos hará concluir que la «estructura» de tributación se altera en 1980 y en 1986, siendo las restantes modificaciones «trascendentes», pero no «estructurales», en cuanto entendamos que los «retoques» en ciertos conceptos no alteran más que la «forma de tributar», pero no la «esencia» de la tributación.

#### 1. El texto refundido de los impuestos generales sobre las sucesiones y sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados

Como ha señalado algún autor (2), el texto refundido de 1967 (aprobado por Decreto 1018/1967,

de 6 de abril) se centró, al tiempo de regular la fiscalidad de los valores, en unos muy concretos: los valores mobiliarios (3), y en ellos puso especial énfasis, lo cual no quiere decir que la transmisión de los restantes valores no estuviese contemplada.

De acuerdo al artículo 54 del texto refundido:

Están sujetas: 1.º Las transmisiones por actos intervivos de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas.

De acuerdo al artículo 70 del mismo texto:

Servirá de base imponible: 1.º En las transmisiones, el valor de los bienes y derechos declarado por los interesados, a menos que la comprobación administrativa arrojase uno superior [...]

Ahora bien, como se adelantó, el legislador puso especial énfasis en determinados valores. En efecto, en el apartado 3.º del artículo 70 encontramos lo siguiente:

En la transmisión de títulos-valores, el valor efectivo que resulte de la cotización de Bolsa del día en que tenga lugar la adquisición o, en su defecto, la del primer día inmediato anterior en que hubiese cotizado, dentro del trimestre precedente, sin perjuicio de la comprobación administrativa.

Posteriormente, la Ley 60/1969, de 30 de junio, de Reforma Tributaria, estableció la siguiente matización:

Cuando los valores no sean cotizables en Bolsa, y su transmisión no se intervenga por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor oficial de Comercio colegiado, [servirá de base imponible] la que resulte de capitalizar al tipo de interés legal el dividendo acordado repartir con arreglo a los resultados del último ejercicio social, o la que se obtenga de su valor teórico según balance debidamente comprobado. De los dos resultados obtenidos prevalecerá el mayor. Si la transmisión hubiere sido intervenida por dichos Agentes mediadores, el precio del mercado y, en su defecto, el convenido.

Efectuando una remisión general a la normativa, concluyamos la referencia al texto de 1967 señalando que durante su vigencia, dejando a salvo las exenciones subjetivas, no existió un precepto que, de forma genérica, eximiese de tributación la transmisión de valores; sí existieron, sin embargo, preceptos específicos para determinado tipo de títulos.

## 2. El texto refundido del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados

Este texto refundido trae su pieza de arranque en la Ley 32/1980, de 21 de junio, del ITP, que en su disposición final 3.<sup>a</sup> ordenaba al gobierno, previo informe del Consejo de Estado, la elaboración y aprobación de un texto refundido y del Reglamento del tributo.

En el texto refundido, como trasunto de la Ley, sigue aún pesando ese ánimo del legislador a que antes tuvimos ocasión de referirnos.

### a) Hecho imponible.

De acuerdo al artículo 7.1 a):

1. Son transmisiones patrimoniales sujetas:

a) Las transmisiones onerosas por actos «intervivos» de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas.

### b) Sujeto pasivo.

De acuerdo al artículo 8.º:

Estará obligado al pago del impuesto, a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario:

a) En las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere.

### c) Base imponible.

Con carácter general, el artículo 10 del texto refundido, en su redacción original, dispuso:

La base imponible vendrá determinada por el valor real del bien transmitido o del derecho que se constituya o ceda; su fijación se llevará a efecto aplicando las reglas establecidas al efecto en el Impuesto sobre el Patrimonio Neto.

Tras la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (4), el precepto quedó redactado así:

La base imponible está constituida por el valor real del bien transmitido o del derecho que se constituya o ceda. Únicamente serán deducibles las cargas que disminuyan el valor real de los bienes, pero no las deudas, aunque estén garantizadas con prenda o hipoteca.

Con carácter especial, el artículo 10.2g) del texto refundido establece:

En las transmisiones de títulos-valores, el valor efectivo que resulte de la cotización de Bolsa del día en que tenga lugar la adquisición o, en su defecto, la del primer día inmediato anterior en que se hubieren cotizado, dentro del trimestre precedente.

No conteniendo, como ocurría en el texto refundido de 1967, una norma que, de forma expresa, fijase la base imponible para el caso de transmitirse valores «sin cotización».

### d) Tipo de gravamen.

Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, lo dispuesto en el artículo 12.3:

En la transmisión de acciones, derechos de suscripción, obligaciones y títulos análogos, admitidos o no a cotización oficial e intervenidas por fedatario mercantil, se utilizarán efectos timbrados según la siguiente escala:

	Pesetas
Hasta 10.000 pesetas .....	10
De 10.000,01 a 30.000 .....	30
De 30.000,01 a 75.000 .....	80
De 75.000,01 a 150.000 .....	160
De 150.000,01 a 300.000 .....	330
De 300.000,01 a 1.000.000 .....	1.200
De 1.000.000,01 a 2.000.000 ...	2.400

Exceso: 11 pesetas por 10.000 o fracción.

Las transmisiones de valores que no cupieran en el precepto reproducido tributarían según el tipo general que, para la transmisión de bienes muebles, previó el artículo 11.1b) del texto refundido.

Lo más significativo, sin perjuicio de las conclusiones que luego se extraerán, consiste en seguir manteniendo la dicotomía en función de la intervención o no de fedatario mercantil.

Tampoco, durante su primera época, existe una exención genérica para la transmisión de valores.

## 3. La Ley de Régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros

La Ley 14/1985, de 19 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros, inició un proceso, culminado en la LMV, consistente en disminuir la presión fiscal indirecta sobre determinados valores.

La constitución de un préstamo, representado por los títulos que a continuación se recogerán, era una operación sujeta al concepto «transmisiones patrimoniales» del ITP. La transmisión de los títulos en que materializaba la captación de ese recurso ajeno estaba sujeta por idéntico concepto.

La LRFDAF alteró el «sistema de tributación» que hasta ese momento resultaba aplicable a las operaciones de préstamo (empréstito) antes citadas, trasladando su tributación desde «transmisiones patrimoniales» a «actos jurídicos documentados», de forma que de un gravamen «patrimonial» se pasa a uno «documental» («actos jurídicos documentados») y, consiguientemente, no se fija ya en el empréstito como tal, sino en el vehículo que lo representa. Así, tras la reforma, el artículo 33 del texto refundido del ITP establecerá:

1. Están sujetas las letras de cambio, los documentos que realicen función de giro o suplan a aquéllas, los resguardos o certificados de depósito transmisibles, así como los pagarés, bonos, obligaciones y demás títulos análogos emitidos en serie, por plazo no superior a dieciocho meses, representativos de capitales ajenos por los que se satisfaga una contraprestación establecida por diferencia entre el importe satisfecho por la emisión y el comprometido a reembolsar al vencimiento.

Aplicándose a una base constituida por el importe del capital que la emisora se compromete a reembolsar un tipo de tres pesetas por cada mil o fracción, que se liquidará en metálico (artículos 36.4 y 37.4 del texto refundido).

Paralelamente —y ya que la constitución de préstamos era operación sujeta a «transmisiones onerosas»— fue preciso introducir una exención que eliminase «transmisiones patrimoniales onerosas» en los títulos que quedarían sometidos a «actos jurídicos documentados». A tal fin se introdujo, *ex novo*, un nuevo número en el artículo 48.I.B del texto refundido, el número 19:

Los préstamos representados por pagarés, bonos, obligaciones y títulos análogos emitidos en serie, por plazo no superior a dieciocho meses, por los que se satisfaga una contraprestación establecida por diferencia entre el importe satisfecho en la emisión y el comprometido a reembolsar al vencimiento, en cuanto a la modalidad del impuesto que recae sobre transmisiones patrimoniales onerosas. *La exención se extenderá, asimismo, a las transmisiones posteriores de estos títulos.*

Con ello, encontramos una primera referencia concreta en el texto refundido a la exención de una transmisión, transmisión que, de no haberse recogido de forma expresa, habría provocado la tributación por el concepto «transmisiones patrimoniales onerosas».

La finalidad perseguida por la LRFDAF, al introducir esta exención, fue clara: hasta el 29 de mayo

de 1985 (pues la Ley entró en vigor el día 30) la tributación de las operaciones que fueron declaradas exentas se exigía según un tipo del 1 por 100; con posterioridad, dicha tributación sería del 3 por 1.000. Es decir, se rebajó la carga fiscal de ese tipo de productos financieros en un 70 por 100. El medio empleado para lograr tal «ventaja fiscal» consistió, para no introducir un tipo nuevo en «transmisiones onerosas», en trasladar el gravamen a uno de naturaleza «documental», pero, se insiste, al tiempo de constituir el empréstito, declarándose «exenta» del ITP la transmisión de los títulos que lo representen.

#### 4. La Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido

A partir de la entrada en vigor, el 1 de enero de 1986, de la Ley 30/1985, de 30 de agosto, del IVA, a dicho tributo quedarán sujetas no sólo las operaciones «habituales», sino también las ocasionales. Junto a esta circunstancia, debe destacarse que, tras la entrada en vigor del IVA, sigue dominando aún la idea del «título-valor». De aquí que no deban extrañar los términos en que se pronuncia el artículo 8.1.19g) de la Ley del IVA, al declarar:

Artículo 8. Exenciones en operaciones interiores.

1. Están exentas de este impuesto:

19. Las siguientes operaciones financieras, cualquiera que sea la persona o entidad que las realice:

g) Los servicios y operaciones, exceptuados el depósito y la gestión, relativos a acciones, participaciones en sociedades, obligaciones y demás títulos valores, no mencionados en las letras anteriores de este apartado 18, con excepción de:

a) Los representativos de mercaderías.

b) Los títulos cuya posesión asegure de hecho o de derecho la propiedad, el uso o disfrute exclusivo de un bien inmueble.

Por su parte, el artículo 13.1.18.1 del Real Decreto 2028/1985, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del IVA, establece:

Artículo 13. Exenciones en operaciones interiores.

1. Están exentas de este Impuesto:

18. Las siguientes operaciones financieras, cualquiera que sea la persona o entidad que las realice:

1) La transmisión de los títulos valores a que se refiere la letra k) anterior, incluso por causa de su emisión o amortización.

Pues bien, a pesar de la posible tacha de reiteración, es importante citar aquí la letra *k*) apuntada, pues, no obstante repetir los términos transcritos de la Ley, establece nuevas precisiones, que se destacan en cursiva:

*k)* Los servicios y operaciones, exceptuados, el depósito y la gestión, relativos a acciones, participaciones en sociedades, obligaciones y demás títulos valores, no mencionados en las letras anteriores de este apartado 18, con excepción de:

*a')* Los representativos de mercaderías.

*b')* Los títulos cuya posesión asegure de hecho o de derecho la propiedad, el uso o disfrute exclusivo de un bien inmueble.

*No tienen esta naturaleza las acciones o las participaciones en sociedades u otras entidades.*

*La exención no se extiende al depósito de títulos valores ni a la gestión de los mismos por cuenta de los titulares, sean o no depositantes.*

*A estos efectos se considerará que no constituyen gestión los servicios relacionados con la transmisión de títulos valores.*

A nuestros efectos —y a los previstos en la letra *k)*— en las letras anteriores del número 18.1 del artículo 13 del Reglamento del IVA no figuran «títulos» que puedan afectar al contenido del presente estudio.

En definitiva, desde 1 de enero de 1986, la transmisión de valores —con las excepciones señaladas en las letras *a')* y *b')*—, bien se trate de operaciones habituales, bien de ocasionales, estará exenta del IVA.

Como tuvo ocasión de ponerse de relieve en el apartado introductorio, en nuestra legislación parece haber existido, desde hace un tiempo, un cierto «ánimo» en relación a determinadas fórmulas de financiación empresarial. La Ley del IVA parece «pecar» de lo mismo, pues al referirse a «títulos-valores» vemos que aglutina bajo tal denominación no sólo a las «acciones» (como financiación propia) y a las «obligaciones» (como vehículo de financiación externa), sino también a las «participaciones». Quizá hubiese sido deseable una mejor sistemática, reuniendo por una parte la financiación externa y por otra la interna; sin embargo, la meta de nuestro legislador, que tenía la mirada puesta en nuestro ingreso en la CEE, resultó cumplida.

Sin embargo, ese ánimo que antes citábamos, muestra un alto grado de conciencia en el legislador sobre los temas que estaba tratando, por lo cual no debe extrañar que, junto a fórmulas de financiación vía préstamo —concretamente em-

préstito (la exención se refiere a obligaciones)—, encontremos otras que se refieran al préstamo o crédito (como forma singular) —artículo 13.1.18 *e)* del Reglamento del IVA— o a fórmulas —como la del artículo 13.1.18 *b)*— de colocación de recursos (transmisión de depósitos en efectivo, incluso mediante certificados de depósito o títulos que cumplan análoga función).

Paralelamente a la exención que introduce en el campo de las actividades empresariales o profesionales, la propia Ley del IVA dio nueva redacción al recientemente creado (por la LRFDAF) número 19 del artículo 48.I.B del texto refundido del ITP. Tal nueva redacción declara exentos:

19. Los depósitos en efectivo y los préstamos, cualquiera que sea la forma en que se instrumenten, incluso los representados por pagarés, bonos, obligaciones y títulos análogos. La exención se extenderá, asimismo, a la transmisión posterior de los títulos que documenten el depósito o el préstamo.

Con ello, vemos ampliada en el ITP la exención que ya generara la Ley del Régimen Fiscal. El beneficio se aplica, desde 1 de enero de 1986, a las transmisiones cuyo *tradens* es un no sujeto pasivo del IVA.

Aunque al inicio del trabajo se puso de manifiesto que su objeto no incluiría el régimen tributario de la constitución del préstamo o empréstito, si es necesario que en este momento, de forma muy breve, se expongan unas primeras consecuencias de los cambios que operó la Ley del IVA.

Como se vio al tratar la LRFDAF, la constitución de los préstamos que ella contempla deja de gravarse en su forma patrimonial (constitución del préstamo) y pasa a una documental, declarándose exenta la transmisión de los títulos. Tras la entrada en vigor de la Ley del IVA, esta situación se mantiene; es decir, la constitución del préstamo representado por pagarés, bonos, obligaciones y demás títulos análogos emitidos en serie, por plazo no superior a dieciocho meses y cuya contraprestación consista en la diferencia entre la cantidad satisfecha en la emisión y la comprometida a reembolsar al vencimiento, sigue estando sujeta en su forma documental, mientras que la constitución de los restantes préstamos, como quiera que continuó gravada por el concepto «transmisiones onerosas» del ITP, estará exenta desde el 1 de enero de 1986.

Por otra parte, se comienza a distinguir, de forma nítida, entre actividades empresariales (como término genérico) y particulares. La transmisión de «valores» que representen «empréstito», cualquier-

ra que sea su forma, estará exenta tanto del IVA como del ITP. Sin embargo, la transmisión de «valores» que representen la captación de recursos propios estará exenta sólo cuando el transmitente sea sujeto pasivo del IVA, pues siendo particular la transmisión, estará sujeta y no exenta en el ITP.

### 5. La Ley de Presupuestos para 1988

La Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, operó dos modificaciones sustanciales.

Por una parte, otorgó nueva redacción al artículo 11 y al apartado 3 del artículo 12 del texto refundido del ITP de 1980.

Por lo que se refiere al artículo 11, interesa destacar la nueva redacción de la letra *b)* del apartado 1 (relativo a la cuota tributaria); obsérvense las diferencias:

<i>Redacción anterior</i>	<i>Nueva redacción</i>
<p><i>b)</i> El 2 por 100 si se trata de la transmisión de bienes muebles y semovientes, así como la constitución y cesión de derechos sobre los mismos, salvo los derechos reales de garantía y cualquier otro acto sujeto no comprendido en las demás letras de este apartado.</p>	<p><i>b)</i> El 4 por 100 si se trata de la transmisión de bienes muebles y semovientes, así como la constitución y cesión de derechos sobre los mismos, salvo los derechos reales de garantía.</p> <p>Se aplicará este tipo igualmente a cualquier otro acto sujeto no comprendido en las demás letras de este apartado.</p> <p>La transmisión de acciones, derechos de suscripción, obligaciones y títulos análogos tributará, en todo caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 12 de esta Ley.</p>

Por otra parte, la redacción del artículo 12.3 fue y es la siguiente:

<i>Redacción anterior</i>	<i>Nueva redacción</i>
<p>En la transmisión de acciones, derechos de suscripción, obligaciones y títulos análogos, admitidos o no a cotización oficial e intervenidas por fedatario mercantil, se utilizarán efectos timbrados según la siguiente escala:</p>	<p>La transmisión de acciones o derechos de suscripción, obligaciones o títulos análogos, tributarán según la siguiente escala:</p> <p>En las transmisiones intervenidas por fedatario mercantil se utilizarán efectos timbrados para satisfacer la deuda tributaria.</p>

Veamos entonces que, mientras en la antigua redacción el artículo 11.1*b)* del texto refundido es-

tablecía, con carácter general, la aplicación del tipo del 2 por 100 a cualquier otro acto sujeto no comprendido en las demás letras del apartado, la nueva redacción matiza que la transmisión de acciones, derechos de suscripción, obligaciones y títulos análogos tributará, en todo caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 12.

Pues bien, dejando al margen la disparidad de redacción que se advierte entre el 11.1*b)*—que se refiere a acciones, derechos de suscripción, obligaciones y títulos análogos— y el 12.3—que trata de acciones o derechos de suscripción, obligaciones o títulos análogos (lo cual podría plantear dudas en cuanto a qué o cuáles son esos títulos análogos)—, lo cierto es que la Ley de Presupuestos para 1988 dio un nuevo impulso a la «rebaja» de la fiscalidad indirecta. En efecto, antes de su entrada en vigor, sólo la transmisión intervenida por fedatario mercantil tributaba según la escala (mediante el empleo de efectos timbrados). A partir del 1 de enero de 1988, esa transmisión, estuviese o no intervenida por fedatario mercantil, tributaría según escala, reservándose a los casos de intervención el empleo de efectos timbrados.

Durante esta época, se planteó como cuestión peculiar el tratamiento tributario de las transmisiones de acciones en que concurriesen un fedatario mercantil y un notario, pues, antes de la nueva redacción consecuencia de la Ley de Presupuestos, la aplicación de la escala, únicamente posible cuando se tratase de fedatarios mercantiles, concurría con el tipo general para bienes muebles, aplicable cuando la transmisión se efectuaba ante notario.

La segunda modificación introducida por la Ley de Presupuestos para 1988 consistió en otorgar nueva redacción (la tercera) al número 19 del artículo 48.I.B del texto refundido. La nueva redacción (hoy vigente) declara exentos:

19. Los depósitos en efectivo y los préstamos, cualquiera que sea la forma en que se instrumenten, incluso los representados por pagarés, bonos, obligaciones y títulos análogos. La exención se extenderá a la transmisión posterior de los títulos que documenten el depósito o el préstamo, así como al gravamen sobre actos jurídicos documentados que recaen sobre pagarés, bonos, obligaciones y demás títulos análogos emitidos en serie, por plazo no superior a dieciocho meses, representativos de capitales ajenos por los que se satisfaga una contraprestación por diferencia entre el importe satisfecho en la emisión y el comprometido a reembolsar al vencimiento.

No es preciso (ya se hizo al tratar el IVA) explicar ahora la problemática de la «constitución de

los préstamos». Baste, pues, señalar que el único rescoldo de tributación que quedaba a la hora de constituir préstamos (el gravamen documental de los retribuidos al descuento) deja de existir al ampliarse la exención.

## 6. La Ley del Mercado de Valores

### A) Introducción

Una de las mayores preocupaciones de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, consistió en eliminar —en la parte que ahora nos importa— la unión existente entre los «títulos» y los «valores»; es decir, en diseccionar los «títulos-valores». No es una tarea sencilla, y así, a los que hemos buceado (o al menos eso creemos) en el campo jurídico, la «teoría de los títulos-valores» nos es bien conocida. Recordemos, por ejemplo, a Garrigues (5). Este se refiere al título-valor como «documento sobre un derecho privado cuyo ejercicio está condicionado jurídicamente a la posesión del documento». Esta caracterización de los títulos-valores (que se repite igual o parecida en otros tratadistas) es la que pretende superar la LMV (6).

Si de las palabras de Garrigues extirpamos (en un difícil intento) todo aquello que hace referencia al «título» como algo físico, podríamos hablar del «valor» como un «derecho privado ejercitable». Ahora bien, la LMV concreta que los «valores» a que se refiere, y sobre los cuales despliega su campo, son «valores negociables».

Qué sean «valores negociables» es algo difícil de precisar (7), pero, sin embargo, no tan difícil de caracterizar, como dice y hace la propia exposición de motivos de la Ley. En ella podemos leer:

Las notas adicionales que definen los «valores» a los que se refiere la Ley, a los efectos de su aplicación, son su *negociabilidad* y su *agrupación en emisiones*. En cuanto a la negociabilidad, baste señalar que con tal expresión se ha querido hacer referencia a algo más amplio que la mera transmisibilidad, propia de prácticamente todos los derechos, y que deberá definirse en términos de un mercado que, aunque sea de proporciones reducidas, se caracterice por el predominio de los términos económicos en que se produzca la transmisión sobre las características personales de los contratantes. En cuanto a la agrupación en emisiones, se ha abandonado el concepto de valores emitidos «en serie», tanto por la difícil concreción legal del mismo, como por el hecho de que no hay razón para no considerar agrupados en una «emisión», de conformidad con las prácticas actuales de numerosos mercados financieros, instrumentos que puedan ser bastante heterogéneos en algunas de sus características económicas (por

ejemplo, plazo o tipo de interés) y que en ausencia de este planteamiento podrían escapar totalmente a las previsiones de la presente Ley.

Concluamos este breve análisis de la exposición de motivos de la Ley con la siguiente cita:

La disociación del concepto de valores negociables de una determinada fórmula de instrumentación jurídica es patente también en la inclusión, en determinados casos, de instrumentos tales como las letras de cambio, los pagarés o cualquier otro que reúna las restantes características contempladas en la Ley.

En resumen, la LMV «obliga» a evitar la identificación entre el título y el valor que pueda representar. O, lo que es igual —y que luego matizaremos—, el valor es «algo» (fundamentalmente, el derecho al que antes nos referíamos), mientras que el título será aquello que «representa» a ese «algo». Esta tesis queda avalada por lo dispuesto en el primer inciso del artículo 5 de la Ley. Con ello, tenemos aún más claro que los «valores» a que la Ley se refiere (los derechos) podrán tener un soporte físico (el título) o contable (la anotación). Y también podremos tener más claro que, por ejemplo, en las tradicionales acepciones de la palabra «acción» —como título, como parte del capital, como conjunto de derechos— el «valor» englobaría alguna de tales acepciones (8) y la «representación» sería otra, todas inicialmente unidas en el concepto «título-valor», hoy disociadas.

Esta disociación es, por otra parte, completamente lógica, pues si se admite —y regula— el sistema de anotaciones en cuenta, las acciones que pusimos como ejemplo, una vez acogidas a tal sistema, parece que perderán su acepción de «título» como algo físico, pero nunca la de «conjunto de derechos» en un sentido amplio. Sin embargo, no debe perderse de vista nunca —y menos por ahora— que la propia LMV parte de una complejidad conceptual; de la complejidad de definir (mediante dos notas tipificadoras: «negociabilidad» y «agrupación en emisiones») los valores que pretende regular. Por ello, y como inmediatamente veremos, esa complejidad inicial ha podido provocar un cierto grado de indeterminación (y, a veces, confusión) al tiempo de intentar extraer consecuencias por vía interpretativa.

### B) La especialidad del «valor» en el artículo 108

#### 1. Planteamiento del problema

Como posteriormente veremos, la exención predicada por el párrafo inicial del artículo 108 de la

LMV y, quizá con mayor motivo, las excepciones que a tal exención determina su párrafo segundo, nos obligan a detenernos en el «valor», máxime si se observa que, en función de la mayor o menor amplitud que a dicho término se otorgue, será, a su vez, más o menos amplia la exención, y consiguientemente más o menos limitado el campo de las excepciones a la exención.

Teniendo en cuenta todo lo dicho respecto a una de las finalidades de la nueva Ley (disociación entre «título» y «valor»), debe observarse que en el artículo 108 la palabra «valor» (en singular o plural) aparece tres veces. De ellas, una no nos interesa por ahora (la contenida en el párrafo tercero), ya que se refiere a «valor de bienes» (a efectos de fijar la base imponible), y no a «valor» en el nuevo sentido que da la Ley.

En relación a las otras dos (párrafo primero y número 1 del párrafo segundo), cabe decir que, aunque en la primera (9) parece que el término «valores» se refiere, precisamente, al valor en el nuevo sentido que la Ley crea, es decir, valor como derecho o como conjunto de derechos, la segunda (10) parece denotar el peso que en el legislador aún tenía la concepción tradicional de los títulos valores.

En efecto, si la Ley dice que los valores negociables podrán «representarse» mediante títulos o mediante anotaciones en cuenta, es decir, el título o la anotación representan el valor, no parece propio (salvo que se esté pensando en la unidad «título-valor») que la nueva Ley se refiera a «valores que representen» (número 1 del párrafo 2). Y no parece propio porque el «valor» no representa, el «valor es aquello que se representa». El peso de la concepción tradicional queda patente, además, en el número 2 del mismo párrafo segundo; allí se comienza hablando de «acciones o participaciones», y así, si bien es cierto que tanto la acción como la participación pueden conceptuarse (según lo dicho al tratar de las acciones) como un auténtico derecho o conjunto de derechos, cabría cuestionarse —como duda legítima— qué ha querido decir el legislador con tales términos; pues, a la vista del número 1 («valores que representen»), parece ser que el número 2 puede referirse también a los títulos y no a los «valores» que la nueva Ley define.

Esta interpretación, evidentemente literal, no puede, sin embargo, conducirnos al absurdo que supondría eliminar la exención —que luego veremos— cuando la transmisión del «valor» tiene base documental y, por el contrario, no eliminarla cuando la transmisión del valor no tenga dicha base.

En definitiva, no obstante el «peso» de la concep-

ción tradicional, el término «valor» (o «valores») que figura en el párrafo primero y en el número 1 del párrafo segundo deben entenderse en su nueva acepción, aunque, como parece lógico, el legislador entienda que la transmisión de tal valor se produzca mediante el «ente» que lo representa.

Como tuvimos ocasión de mencionar, la mayor o menor amplitud que «pueda» darse al término «valor» no repercutirá sólo en la exención, sino también en las excepciones a ésta. Ya hemos tenido ocasión de examinar el empleo que hace el artículo 108 de la voz «valor»; pues bien, para comprender la amplitud antes citada, habrá que responder a la siguiente pregunta: ¿qué son los «valores» a que se refiere el artículo 108?

Para responder, son precisas las siguientes consideraciones: *Primera*: si se interpreta el «valor» como algo integrado en el conjunto de la Ley —cuestión fuera de toda duda— y restringido, de forma exclusiva, a los valores que cumplan las circunstancias tipificadoras que la Ley establece, estará claro que exención y excepciones a ésta sólo podrán proceder en tanto se trate de «transmisiones» que tengan por objeto los «valores» que reúnan dichas circunstancias tipificadoras. *Segunda*: por el contrario, si se advierte el «valor» como algo propio de la Ley, pero, en cierta medida (por las razones que veremos), superando su campo inicial, podría concluirse que tanto la exención como sus excepciones jugarían baza sobre dos tipos de «valores»: unos, los que reúnan las dos circunstancias básicas que la Ley define, otros que, no siendo objeto de contratación en mercados secundarios, no por ello pierden su concepto de «valor», aunque no se tratará de los «valores» regulados por la LMV.

De ambas posibilidades, de ambas consideraciones, parece más lógica la segunda (11), por las siguientes razones:

Por una parte, la exposición de motivos de la LMV establece, en el punto 16:

Con objeto de atender la propuesta de Directiva de la Comunidad Económica Europea relativa a los impuestos indirectos sobre las transacciones de valores, la exención prevista en el IVA para las operaciones sujetas al mismo, se hace extensiva al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Se justifica, pues, la reforma argumentando la normativa de la Comunidad Económica Europea. Una precisión es necesaria: la referencia que hace la exposición de motivos a la propuesta de directiva comunitaria debe entenderse en sus justos tér-

minos. En efecto, ya se ha dicho que una de las novedades fundamentales de la nueva Ley es la consistente en abandonar la relación única «valor»-«título valor», ya que los valores podrán representarse mediante títulos o mediante anotaciones en cuenta. Luego lo importante será atender a la transmisión del «valor» (entendida como cambio de titularidad), pero teniendo en cuenta cómo se transmite ese valor. De aquí que el título de la propuesta de directiva, que parte de la representación del valor, y no del valor en sí mismo, se refiera a «impuestos indirectos sobre las transacciones con títulos», pues la Comunidad, en su propuesta, mantiene aún la relación única antes mencionada, que nuestra normativa ya tiene superada.

En segundo término, debe observarse que la exposición de motivos manifiesta que el deseo de la Ley no es otro que hacer extensiva al ITP la exención que, desde el 1 de enero de 1986, jugaba su papel en el IVA. Hojeando lo que en su momento se apuntó sobre este tributo, rápidamente se entenderá que la extensión a que se refiere la exposición de motivos quedaría cercenada si se restringiese la exención de los «valores» que cumplan las dos circunstancias tipificadoras (negociabilidad y agrupación en emisiones).

En tercer lugar, existe una razón «literalista» que avala la postura que sostenemos. En efecto, parece unánime la idea según la cual no cabrían en el concepto que podemos llamar estricto de «valor» las participaciones sociales en el capital de sociedades de responsabilidad limitada, pues, no obstante ser transmisibles, no parecen ser «negociables» en los términos de la nueva Ley (12). Aceptando tal idea, se provocaría una primera duda, una quiebra: si las participaciones en el capital de este tipo de sociedades no quedan incluidas en el concepto «valor», ¿qué sentido tiene que el número 2 del párrafo segundo del artículo 108 se refiera, precisamente, a participaciones? Es decir, los citados párrafo y número determinan una de las excepciones a la exención, luego ¿cómo va a estar exceptuada de la exención una transmisión que no está exenta? Esta tesis de amplitud, que ha merecido algún juicio favorable (13), debería descartarse si se mantiene la exclusividad (o concepto restringido) de «valor».

En resumen, habría que preguntar: ¿excede el «valor» del artículo 108 del contenido de la LMV? O, dicho de otro modo, ¿todos los valores que representen partes del capital social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones u otras entidades cuyo activo esté constituido, al menos en su 50 por 100, por inmuebles situados en territorio español son «valores» según el concepto estricto?

Evidentemente, la contestación negativa provocará que se advierta la amplitud de la exención predicada.

En definitiva, cabe defender la especialidad del «valor» a que se refiere el artículo 108, especialidad en el sentido de ser un término más amplio que el resultante de la concurrencia de las tantas veces mencionadas dos notas caracterizadoras. Especialidad que, por último, nada de extraño tiene si se piensa que el artículo 108, incluido en el Título IX de la Ley, se dirige a una faceta específica de su tráfico como es la fiscal (14).

Lo visto obliga a detenernos en cuáles son esos valores sobre los que la Ley despliega su eficacia, cuestión poco sencilla que nos avocará, en ciertos casos, a una pirueta en el aire, a falta de mayor concreción legal, para intentar profundizar en los «valores» que cabrán bajo su manto.

## 2. Acotamiento del «valor»

Sin lugar a dudas, las acciones serán «valores», no pareciendo necesario profundizar más sobre ellas.

En relación a las participaciones en el capital social de sociedades de responsabilidad limitada, la conclusión, partiendo de la amplitud de la exención, es idéntica.

Otro tanto cabrá decir respecto a las acciones de la sociedad comanditaria por acciones.

Respecto a la posible inclusión en el «valor» del artículo 108 de las «porciones» o «cuotas» (15) que corresponden a los «comuneros», si tenemos en cuenta, por una parte, que el efecto de la enajenación con relación a los condueños —artículo 399 del Código Civil— estará limitado a la porción que se adjudique al comunero enajenante en la división al cesar la comunidad, y por otra, que la extensión de la exención —según dice la exposición de motivos— se produce respecto de la ya vigente en el IVA, cabría concluir en la no exención de la transmisión de dichas porciones.

En otro orden de cosas, el término «valor» que emplea la LMV engloba —o albergará, como prevé su exposición de motivos— institutos distintos a «porciones de capital». En efecto, obligaciones, bonos, etc., quedarán también incluidos en su ámbito de aplicación.

## C) *La exención y las excepciones del artículo 108*

### 1. Introducción

Desde el día 29 de enero de 1989, fecha ésta en que, según su disposición final primera, en-

tró en vigor parte de la LMV, «la transmisión de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, estará exenta del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y del Impuesto sobre el Valor Añadido».

Analicemos por separado dos cuestiones:

En *primer* lugar, el precepto se refiere a «transmisión»; por tanto —y como novedad, pues la exención en el IVA existía desde el 1 de enero de 1986—, estará exenta del concepto «transmisiones patrimoniales onerosas» del ITP (con las excepciones que luego veremos y teniendo en cuenta las exenciones que, como vimos, ya venían aplicándose) la transmisión de valores admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial. De aquí que no quepa hablar de la exención en un mercado primario.

En *segundo* lugar, debe observarse que el párrafo primero del artículo 108 se refiere a valores admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial. Es decir, la admisión a negociación no es requisito para gozar de la exención.

Conjugando lo dicho con lo tratado antes —al referirnos al acotamiento del concepto «valor» que genera la LMV—, podemos abordar el planteamiento de la exención.

## 2. La exención

### a) Impuesto sobre el valor añadido

Desde el día 1 de enero de 1986 hasta el 28 de enero de 1989, la transmisión de «títulos valores» que cumpliera los requisitos objetivos fijados por las normas que fueron expuestas en su momento, estaría exenta del IVA. El día 29 de enero, la exención pasa a ser de la «transmisión de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial». La explicación del cambio ya ha sido recogida y, lógicamente, en la misma medida en que la nueva Ley amplíe el marco de la exención, habrá que entenderlo todo referido a este tributo.

### b) Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados

Como tiene reconocido la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (16), nos encontramos ante tres tributos distintos, y así, si observamos que el único que grava «transmisiones» es precisamente el primero, es decir, el concepto «transmisiones patrimoniales», habrá de concluirse que la exención despliega su campo, de manera exclusiva, en dicho concepto. Baste por ahora recordar

que, cuando la transmisión no hubiese estado exenta en este tributo, por no ser de aplicación los preceptos de las normas comentadas al tratar otros apartados de la evolución legislativa, estarán exentas desde 29 de enero de 1989, cuando se refiera a los «valores» que la LMV caracteriza, y cuyo perfil ya ha sido analizado.

## 3. Excepciones a la exención (17)

El párrafo segundo del artículo 108 de la LMV recoge dos excepciones —que hoy son tres— a la exención de la transmisión de valores.

Con carácter previo al examen de cada una de ellas, debe tenerse en cuenta que las excepciones lo son a la exención, y que ésta se refiere a la transmisión de valores. Es decir, el mecanismo elegido por el legislador para evitar el fenómeno de la elusión mediante sociedades interpuestas consiste en someter a tributación, en los términos que a continuación se exponen, determinadas «transmisiones de valores admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial».

### a) Posición de dominio. Primera excepción

El paso a una posición de dominio en una entidad de base esencialmente inmobiliaria supone una de las excepciones mencionadas. En efecto:

...tributarán por concepto «transmisiones patrimoniales onerosas» en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: las transmisiones de valores que representen partes del capital social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones u otras entidades cuyo activo esté constituido al menos en su 50 por 100 por inmuebles situados en territorio nacional, siempre que, como resultado de dicha transmisión, el adquirente obtenga la titularidad total de este patrimonio o, al menos, una posición tal que le permita ejercer el control sobre tales entidades (18).

La norma precisa que, tratándose de sociedades mercantiles, se entenderá obtenido el control cuando, directa o indirectamente, se alcance una participación en el capital social *superior* al 50 por 100 y, por otra parte, que, a efectos del cómputo del 50 por 100 del activo constituido por bienes inmuebles, no se tendrán en cuenta los bienes inmuebles 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. Ahora bien, los solares y terrenos que formen parte de ese activo circulante sí se tendrán en cuenta para tal cómputo.

a') Presupuestos de hecho

1. Transmisión de valores que representen parte del capital social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones u otras entidades. Con lo cual, evidentemente, se ha buscado una fórmula omnicomprendensiva cuya aplicabilidad nos hace preguntarnos sobre los «valores que representan partes del patrimonio de asociaciones u otras entidades». Este podría ser otro de los argumentos que, como en su momento quedó dicho, avalan la tesis de la especialidad del «valor» del artículo 108.

2. El activo de la sociedad, fondo, asociación u otra entidad debe estar constituido, al menos en su 50 por 100, por bienes inmuebles situados en territorio nacional, con la precisión ya vista en cuanto al activo circulante.

3. Como consecuencia de la transmisión, debe pasarse a una situación de dominio. Situación ésta que la Ley identifica, en el caso de sociedades, con una participación en el capital social superior al 50 por 100 y, en otros casos, mediante la titularidad total del patrimonio o una posición de control sobre tal patrimonio. Lo que parece claro es que, una vez liquidado el tributo —como luego veremos— como consecuencia de alguna de tales circunstancias, por ejemplo, pasar a «ejercer el control», no cabría una nueva liquidación al pasar a «titularidad total».

a'') Consecuencias fiscales

El párrafo final del artículo 108 parece dejar claras las consecuencias. Base imponible: valor, según las normas del ITP, del total activo inmobiliario. Tipo: 6 por 100.

Hay un punto problemático, el número 1 del párrafo segundo del artículo 108 excluye, para el cómputo del 50 por 100 del activo inmobiliario, el circulante inmobiliario de ciertas entidades, pero no se pronuncia en cuanto a la inclusión de dicho circulante en la base imponible. Y así, si parece claro que los terrenos y solares, que quedan incluidos para el mencionado cómputo, deben formar parte de la base imponible, cabría preguntar, ¿forman también parte de dicha base los inmuebles que, siendo circulante, no se computan para aplicar la norma, cuando ésta sea aplicable?

b) El segundo supuesto de excepción a la exención está constituido por las transmisiones de acciones o participaciones (*sic*) sociales que hubiesen sido recibidas por las aportaciones de bienes

inmuebles realizadas al tiempo de constituirse sociedades o ampliarse el capital social, siempre y cuando entre la fecha de aportación y la de transmisión no hubiese transcurrido el plazo de un año. En este caso, y a diferencia del anterior, sí parece razonable, aunque el tenor de la Ley no lo diga, la reducción a proporción, es decir, que el 6 por 100 se aplique no sobre el valor de la totalidad de los bienes aportados, sino sobre la parte proporcional que en dicho valor representan los títulos que se transmiten.

c) Como al inicio se dijo, las excepciones a la exención, dos en su origen, son tres desde el día 23 de marzo de 1989. En efecto, el artículo 1.º, apartado 3, del Real Decreto-Ley 1/1989, de 22 de marzo, textualmente dice:

Lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, será de aplicación, igualmente, cuando a través de la transmisión de derechos de suscripción preferente se consiga la adquisición del control de una sociedad cuyo activo social esté constituido al menos en un 50 por 100 por inmuebles situados en territorio español.

Parece claro que la excepción a la exención se predica sólo respecto a lo previsto en el número 1 del párrafo segundo del artículo 108, es decir, en lo que antes tratamos bajo el título de «posición de dominio». Ahora bien, parece que el mencionado precepto ha ampliado el campo, pues, declarando aplicable lo dispuesto en el artículo 108 —es decir, la excepción a la exención—, se refiere a adquirir el control sobre sociedades cuyo activo esté constituido al menos en su 50 por 100 por inmuebles, sin precisar nada en torno al circulante. Parece lógico que una integración de las normas deba hacer excluir dicho circulante —salvo terrenos y solares— y también parece lógico que nadie deba interpretar la expresión «situados en territorio español» como algo distinto a los términos del artículo 108 («situados en territorio nacional»). Las consecuencias fiscales derivadas de la transmisión de estos «derechos» son las ya apuntadas al tratar la «posición de dominio».

D) Problemática de las excepciones a la exención

En primer lugar, aunque más que la solución a un problema se trate de una aclaración, debe tenerse presente que la mecánica prevista por el artículo 108 de la LMV consiste en diferir la tributación sobre el concepto «transmisiones patrimoniales onerosas» del ITP. Es decir, bien se trate de una transmisión de valores sujeta y exenta en el ITP, bien se trate de una sujeta y exenta en el IVA,

cuando concurren las circunstancias de excepción a la exención, la transmisión de valores tributaría por el concepto mencionado del ITP.

Es sabido que entre el Título I del texto refundido del ITP y el IVA existe incompatibilidad; sin embargo, el caso previsto por el artículo 108 de la LMV, que responde a la misma idea o sigue la misma línea de la reinstauración del gravamen patrimonial en operaciones inmobiliarias directas, produce un supuesto de doble sujeción respecto de las transmisiones de valores gravadas por IVA (sujetas y exentas) en que concurren las circunstancias de excepción a la exención.

Ahora bien, existe una especialidad que debe tenerse en cuenta para comprender lo que luego se dirá respecto de la famosísima disposición adicional cuarta de la Ley de Tasas y Precios Públicos. Dicha especialidad consiste en que para liquidar el ITP en los casos de excepción a la exención no se toma como base imponible la que sería propia de ese tipo de operación (es decir, el valor real de los bienes o derechos transmitidos —en este supuesto, «valores»— o, en su caso, la fijada por las normas especiales del impuesto), sino el valor real de los bienes inmuebles a que la transmisión se refiere. En definitiva, la base imponible para liquidar las excepciones no es el valor real de lo directa o inmediatamente transmitido, sino el valor real de lo indirecta o mediatamente transferido.

Por otra parte, analizaremos ahora la problemática que puede derivar de la disposición adicional cuarta de la Ley de Tasas y Precios Públicos. Esta norma despliega su eficacia cuando entre el valor comprobado y el valor que las partes consignan existe una diferencia significativa. Ahora bien, la comprobación debe referirse, precisamente, al valor del elemento patrimonial que se transmite, es decir, de los «valores negociables admitidos o no a negociación». Por tanto, si de la comprobación resultasen los presupuestos de hecho que tipifica la disposición adicional, no cabrá duda sobre su viabilidad, lo cual no quiere decir que, comprobado el valor real de los bienes inmuebles (valor éste que actuará como base imponible para liquidar la «transmisión»), si resulta una diferencia superior al 20 por 100 y, a su vez, superior a dos millones de pesetas, resulte aplicable la disposición adicional. Quizá un ejemplo extremo sea significativo. Imaginemos una sociedad anónima cuyo activo esté constituido en más de su 50 por 100 por bienes inmuebles que no caigan en los supuestos exceptuados para el cómputo. Imaginemos que el valor real de esos bienes inmuebles sea de mil millones de pesetas. Imaginemos que el señor A es titular del 50 por 100 del capital de la sociedad anónima.

Imaginemos que el señor A compra al señor B, por 10.000 pesetas, una acción de dicha sociedad (con lo cual el señor A pasaría a ostentar más del 50 por 100 del capital). Imaginemos, por último, que el señor A presenta autoliquidación por el ITP y AJD consignando como valor de lo transmitido (la acción) las 10.000 pesetas, y como base imponible 750 millones de pesetas. La Administración comprueba el valor de los inmuebles y lo señala en mil millones, de forma que hay un exceso (250 millones) que supera el 20 por 100 de los 750 consignados en la autoliquidación y que, a su vez, es superior a dos millones. Entonces, para comprender la razón de por qué no debe aplicarse la disposición adicional cuarta habría que preguntar: ¿sería lógico que al señor B —transmitente de una acción— se le exija tributar al 20 por 100 (hoy) sobre los 250 millones de exceso comprobado? La respuesta a esta pregunta parece dejar clara la conclusión a que quiere llegarse.

Otra cuestión que puede plantearse es la relativa a la simultaneidad de las excepciones; es decir, ¿qué ocurre si, antes de haber transcurrido un año desde que se aportó un bien inmueble al tiempo de constituirse o ampliarse el capital de una sociedad, se transmiten acciones que suponen, para el adquirente, pasar a ostentar más del 50 por 100 del capital social? En este caso, como parece evidente, resultarían aplicables ambas excepciones. En la tesitura de tener que optar por una u otra, nos inclinamos por la primera (la del número 1 del párrafo segundo), pues la finalidad genérica de la norma quedaría vulnerada si, transmitiéndose una sola acción y pasando el adquirente a ostentar más del 50 por 100 del capital, la liquidación del ITP debiera practicarse, sólo, sobre la parte proporcional que dicha acción representa sobre el valor de los inmuebles en su día aportados (19).

Junto a la simultaneidad, es posible que las excepciones sean aplicables de forma sucesiva; es decir, caer una o más veces en la excepción segunda y, posteriormente, en la primera, o caer en la primera y posteriormente en la segunda. En el primer caso, la regla lógica parecería ser la deducibilidad, al tiempo de liquidarse la primera excepción, de las cuotas satisfechas por las liquidaciones consecuencia de la excepción segunda. Esto, indudablemente, puede plantear problemas en un área de gestión, por lo cual otra vía sería el «expediente de devolución de ingresos indebidos». En el segundo caso (primero la excepción primera y luego la segunda), lo lógico parece ser que la excepción segunda no se liquide, pues el adquirente ya habrá tributado por la totalidad del valor de los bienes inmuebles. Esto, sin embargo, deberá obviarse en

aquellos supuestos en que, una vez liquidado el pase a la posición de control, se efectúe una ampliación de capital cuyo contravalor esté representado por bienes inmuebles y se transmitan por el aportante al adquirente dominante los «valores» recibidos por tal aportación.

También debe señalarse que la mecánica de las excepciones a la exención jugará en todos los casos de pase a una posición de dominio, aunque antes ya se hubiese tributado por pasar a tal posición, si en el momento actual no se ostenta. Pensemos en el caso de una sociedad anónima en la cual, por la distribución del capital entre el accionariado, la transmisión de una sola acción provoca ostentar más del 50 por 100 del capital; pues bien, tantas veces como esa acción se transmita entre los socios se producirá la excepción (siempre y cuando concurran, además, los restantes requisitos).

Para el cómputo del 50 por 100 del activo constituido por bienes inmuebles habrá de tenerse en cuenta la amortización acumulada que, en su caso, exista.

La aplicación temporal de las normas de excepción, sin perjuicio de que luego será comentado al tratar de la «elusión fiscal mediante sociedades», requerirá que sus presupuestos se cumplan después del 29 de enero de 1989. Es decir, ostentándose el 28 de enero de 1989 más del 50 por 100 del capital, no parece viable que bajo el manto del artículo 108 se liquidase por la excepción primera la adquisición de nuevos valores. Sin embargo, no parece existir obstáculos para que, en ese caso, se liquidase, cuando se reúnan sus presupuestos, la segunda excepción.

En relación a las acciones sin voto, es preciso señalar que, en tanto sean acciones sin voto, parece difícil, siguiendo el artículo 108, que mediante su adquisición se pase a una posición tal que permita ejercer el control sobre la entidad. Sin embargo, en el caso de sociedades mercantiles, el artículo 108 entiende obtenido el control cuando, directa o indirectamente, se alcance una participación (sólo dice «participación») en el capital superior al 50 por 100. Por tanto, cabría pensar que, siendo la LMV anterior al nuevo texto refundido de la LSA, y no habiendo ésta particularizado nada en relación al caso que nos ocupa, se trate de las acciones de que se trate, si suponen una participación en el capital superior al 50 por 100, la excepción primera resultaría aplicable. A ello habrá que añadir, como justificante, la previsión contenida en el último inciso del párrafo segundo del número 1, y en el segundo párrafo del número 2, del artículo 91 del texto refundido de la LSA.

En su momento dejamos planteada una pregunta que ahora debemos responder. En efecto, el artículo 108 establece, como circunstancia de excepción a la exención que prevé, el pase a una posición de control en determinadas entidades cuyo activo esté constituido, al menos en su 50 por 100, por bienes inmuebles situados en territorio español. Para computar ese 50 por 100, continúa el artículo 108, no se tendrá en cuenta el circulante inmobiliario, salvo los terrenos y solares, de las empresas cuyo objeto social exclusivo consista en el desarrollo de actividades de construcción o promoción inmobiliaria. Resulta claro, por tanto, que los terrenos y solares sí se «suman» para computar el 50 por 100; ahora bien, ¿forman parte de la base imponible que se emplee para liquidar la excepción los inmuebles que, siendo circulante, no se computan para aplicar dicha excepción? Parece lógico pensar que no. Y parece lógico porque, si la Ley excluye, para aplicar la excepción, el valor de determinados bienes inmuebles, no parece propio que luego los incluya en la base para liquidar, pues si hubiese entendido que a través del circulante inmobiliario pueden producirse situaciones de elusión fiscal como las que pretende evitar, lo lógico hubiese sido no excluir del cómputo dicho circulante.

## **7. Conclusiones sobre la evolución histórico-fiscal**

La primera conclusión que cabe extraer de la evolución examinada consiste en advertir que nuestro legislador, de una manera lenta y paulatina, ha ido «rebajando», hasta hacerla desaparecer, la imposición indirecta sobre la transmisión de valores.

Ha sido un camino lento, hemos examinado un lapso temporal de más de veinte años y ha sido, también, un proceso paulatino, pues la «rebaja» en la fiscalidad transmisoria no lo fue en idénticas condiciones para «valores» que cumplían idéntica función.

En efecto, en el texto refundido de 1967 la transmisión de acciones tributaba por tipo de gravamen distinto según fuese o no intervenida por fedatario mercantil, e incluso intervenida por tal fedatario, su gravamen sería menor si estuviesen admitidas a cotización oficial. Otro tanto ocurría con las obligaciones.

Andando el tiempo, el texto refundido de 1980 aúna el tratamiento de las transmisiones de acciones, derechos de suscripción, obligaciones y títulos análogos, admitidos o no a cotización oficial e intervenidas por fedatario mercantil, sometiendo-

las a un tipo de gravamen inferior al que resultaría aplicable si la transmisión se efectúa de forma privada o ante fedatario «no mercantil».

La LRFDAF provocó, en la parcela que ahora importa, la primera exención en la transmisión de valores, pero no de todos, sino sólo de los pagarés, bonos, obligaciones y títulos análogos emitidos en serie, por plazo no superior a dieciocho meses, por los que se satisfaga una contraprestación establecida por diferencia entre el importe satisfecho en la emisión y el comprometido a reembolsar al vencimiento.

La Ley del IVA provocó una transformación de mayor envergadura. Desde su entrada en vigor, las transmisiones de valores que contempla su normativa están exentas de dicho tributo, de forma que el gravamen transmisorio sólo se exigirá respecto de las transmisiones sujetas al ITP y, respecto de éstas, no de todas, sino sólo de aquellas que tengan por objeto valores distintos de los contemplados por la LRFDAF.

La Ley de Presupuestos para 1988 no alteró la

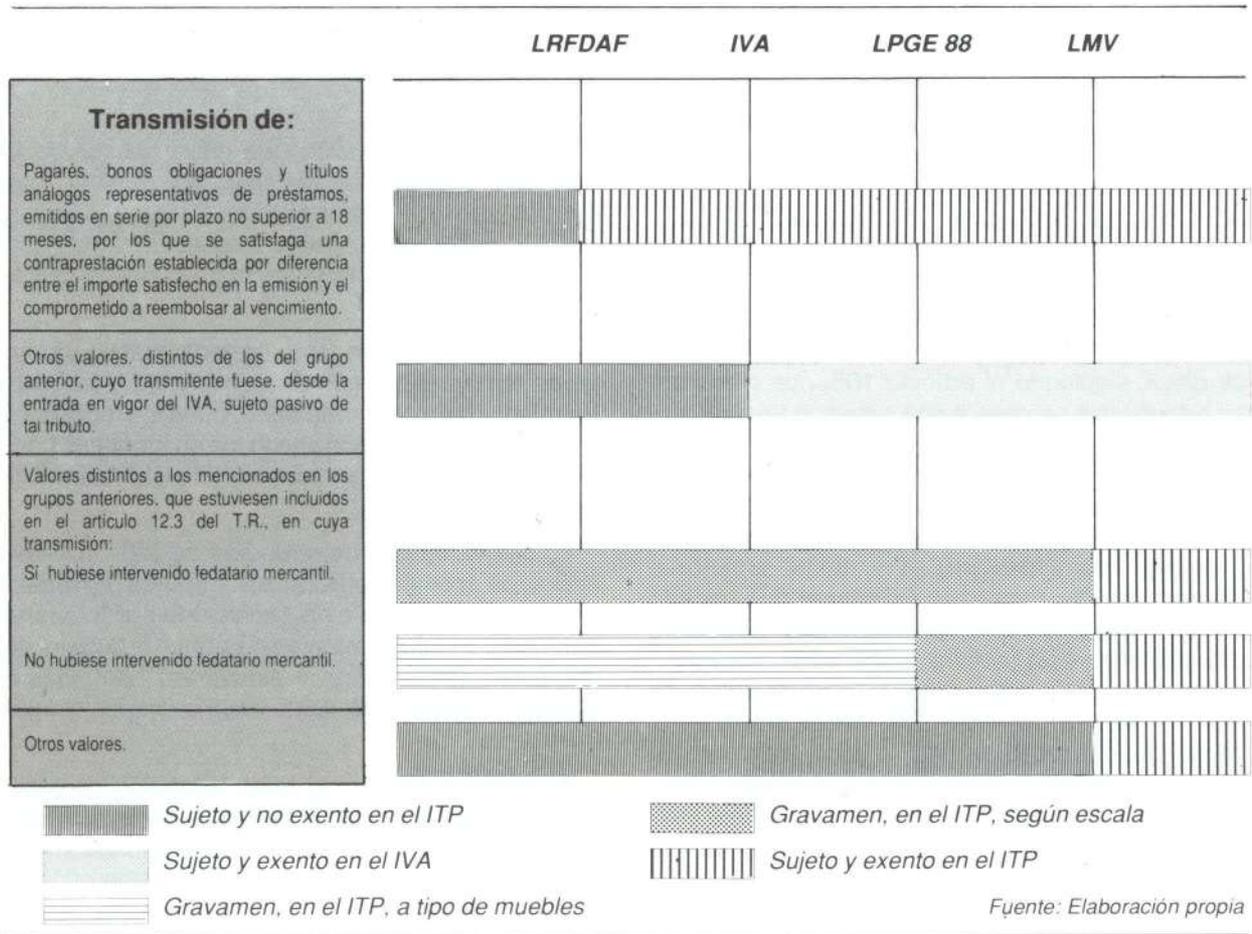
sujeción o los supuestos de exención, pero sí las cuantías exigibles, al modificar la redacción del artículo 12.3 del texto refundido del ITP.

Por último, ha sido la LMV la que dio el aldabonazo final, declarando la exención en su artículo 108.

Como hemos tenido ocasión de comentar, en la normativa española ha tenido influencia la emanada de la CEE, y así hemos visto cómo los planteamientos que emanan de la «propuesta de directiva» han tenido su trasunto en la LMV. Es verdad que esa transposición de normativa (aún no obligatoria) puede generar determinado número de dudas, a las cuales ya nos hemos referido —y hemos intentado solucionar—; sin embargo, resulta indudable que en el «ánimo del legislador» la «eliminación» de la fiscalidad indirecta en la transmisión de valores ha sido, en época reciente, su punto de mira.

En el gráfico 1 figura la evolución a que nos hemos referido, aunque debe tomarse con la cautela a que obliga el intentar incluir en una hoja todo un sistema.

**Gráfico 1**  
**EVOLUCION DE LA IMPOSICION INDIRECTA SOBRE VALORES**



#### IV. ELUSION FISCAL MEDIANTE SOCIEDADES

No parece necesario, pues son innumerables los artículos publicados sobre la materia, comenzar esgrimiendo las razones que abogaron, ya desde antiguo, por adoptar determinadas cautelas con el fin de evitar que, mediante la interposición de sociedades, se evitara —legalmente— el pago de los impuestos que gravaban la transmisión de bienes inmuebles. Sin embargo, sí parece necesario abordar la situación anterior a la LMV —pues las resultados de ésta ya han sido examinadas— comparando las diferencias existentes y, en último término, comentar el tan debatido problema de la pervivencia, tras la Ley del IVA, de las normas sobre elusión contempladas en la Ley de Medidas Urgentes.

##### 1. La Ley 50/1977 y la Ley del Mercado de Valores

La Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre medidas urgentes de reforma fiscal, introdujo, en su artículo 40, dos cautelas con el norte ya señalado.

###### *Primera (artículo 40.1):*

La transmisión onerosa 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, tributará por el número uno de la tarifa del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, como transmisión onerosa de bienes inmuebles, siempre que entre la fecha de aportación y la de transmisión mediare un plazo inferior a un año.

Está claro que este supuesto no difiere del que en su momento tuvimos ocasión de examinar como segunda excepción de las previstas por el artículo 108 de la LMV. Es más, en su momento quedó dicho que, no obstante los términos en que se pronuncia el último párrafo del citado artículo, lo lógico parecería que la base que deba tenerse en cuenta para liquidar la excepción no debe ser el valor de la totalidad de los bienes aportados, sino la parte proporcional que en dicho valor representan los títulos que se transmiten. Pues bien, a diferencia de lo que luego comentaremos en relación a la primera excepción del artículo 108 de la LMV, en el presente caso existe total acuerdo con lo que en su día prescribió la Orden de 14 de enero de 1978.

Debe hacerse notar que tanto la Ley de Medidas Urgentes como la Orden pertenecen a un lapso

temporal (finales del 77 a principios del 79) en que aún se encontraba en vigor el texto refundido de 1967 y que éste, a diferencia de lo que hoy ocurre, al tiempo de gravar las que se conocen como «operaciones societarias» (constitución de sociedades o ampliación de capital, en particular) no empleaba como base imponible «el importe nominal en que aquél (el capital) quede fijado inicialmente o ampliado», sino «el valor de los bienes y derechos aportados por los socios».

En definitiva, estando aún en vigor la norma sobre «cifra de capital» (20), está claro que hoy, ante una transmisión de acciones o participaciones que hubiesen sido recibidas como consecuencia de haber aportado bienes inmuebles al tiempo de constituirse o aumentarse el capital social y que se realice dentro del plazo de un año a contar desde la aportación, la Administración deberá valorar los bienes aportados para aplicar la norma de excepción, mientras que, con arreglo a la antigua normativa, no sería necesaria dicha comprobación, ya que la Orden señalaba que la proporcionalidad de los títulos debería buscarse en relación a la «comprobación de dicho valor verificada con ocasión de la aportación». En definitiva, la Orden de 14 de enero de 1978 entendió que, durante el primer año posterior a la aportación, no era preciso volver a comprobar, debiéndose liquidar por el valor obtenido para liquidar la «operación societaria».

###### *Segunda (artículo 40.2):*

La segunda de las cautelas tomadas por la Ley de Medidas Urgentes fue la siguiente:

La transmisión onerosa de las acciones o participaciones representativas del capital de las sociedades cuyo activo esté integrado en más de su 80 por 100 por bienes inmuebles de naturaleza rústica y urbana, siempre que dichas acciones o participaciones excedan del 80 por 100 del capital social, se gravará por el número uno de la tarifa del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, como transmisión onerosa de bienes inmuebles.

Reglamentariamente se determinará la acumulación de transmisiones onerosas a efectos del cómputo del 80 por 100 mencionado.

La regla 3.<sup>a</sup> —primer inciso— del artículo 2.<sup>o</sup> de la Orden de 14 de enero de 1978 estableció, en lo que ahora importa:

La base de la liquidación será la parte proporcional del importe de los títulos objeto de transmisión en el valor de los bienes inmuebles integrados en el activo de la sociedad [...] podrá la Administración [...] ordenar la práctica de las comprobaciones que considere convenientes [...]

Por otra parte, la regla 4.<sup>a</sup> del mismo artículo previno:

Para el cómputo del 80 por 100 previsto en el número 2 del artículo 40 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, se acumularán las transmisiones onerosas de las acciones o participaciones sociales realizadas dentro del plazo del año inmediatamente anterior, a contar desde la fecha de cada una, en favor de la misma persona. También se acumularán, a efectos del cómputo de dicho coeficiente, las transmisiones realizadas, siempre dentro del año inmediatamente anterior, en favor del cónyuge y de los hijos menores no emancipados, cuando no se acredite la previa existencia en el patrimonio de éstos de bienes suficientes para realizar las adquisiciones.

Siguiendo el esquema planteado al analizar la primera excepción prevista por el artículo 108 de la LMV, a continuación se analizan las analogías y diferencias:

1. El artículo 108 de la LMV se refiere a la transmisión de valores que representen parte del capital social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones u otras entidades. La Ley 50/1977 se refirió sólo a acciones o participaciones. Vemos entonces que la excepción a la exención es más amplia que su precedente.

2. El activo de la sociedad, fondo, asociación u otra entidad debe estar constituido, al menos en su 50 por 100, por bienes inmuebles situados en territorio nacional, dice el 108; el activo debe estar integrado, en más de su 80 por 100, por bienes inmuebles de naturaleza rústica o urbana, dice la Ley de Medidas Urgentes. Vemos entonces que la excepción a la exención es más amplia que su precedente.

3. Como consecuencia, de la transmisión debe pasarse a una situación de dominio. Situación ésta que la Ley identifica, en el caso de sociedades, con una participación en el capital social superior al 50 por 100 y, en otros casos, mediante la titularidad total del patrimonio o una posición de control sobre tal patrimonio. La Ley de Medidas Urgentes hacía necesario pasar a una posición de control de, al menos, el 80 por 100 del capital. Vemos entonces que la excepción a la exención es más amplia que su precedente.

En cuanto a las consecuencias fiscales, como antes se dijo, el criterio que parece inspirar a la LMV es distinto del que, en su día, fue musa de la Ley de 1977. En efecto, en ésta se contemplaba de forma expresa la acumulación de los títulos transmitidos durante el año inmediato anterior, cosa que no ocurre en la LMV. Por otra parte, y a diferencia también de lo previsto por la normati-

va que desarrolló la Ley 50/1977, la base no parece que deba estar constituida por una parte proporcional del valor de los bienes, único caso en que tendría razón de ser la acumulación, sino por el valor de todos los bienes. En efecto, que se ordene acumular transmisiones anteriores sólo puede tener sentido cuando resulte posible girar varias liquidaciones que, como es natural, tendrán por base el valor proporcional. En el caso previsto por la LMV, no será preciso acumular, sino saber si el adquirente pasa o no pasa a la situación de dominio o titularidad, de forma que, pasando a tal posición, la transmisión de los valores tributaría por el valor de los inmuebles, sin necesidad de liquidaciones posteriores, al ir aumentando, si fuere el caso, su posición de dominio. En definitiva, a una persona que fuese titular del 49 por 100 del capital de una sociedad anónima cuyo activo estuviese integrado según lo dispuesto en las normas de la excepción primera de la LMV, le supondría lo mismo, desde la óptica tributaria que analizamos, adquirir un 2 o un 50 por 100 del capital de dicha entidad, pues en ambos casos tributaría sobre el valor total de los inmuebles. No hubiese ocurrido lo mismo durante la vigencia de la Ley de Medidas Urgentes, pues con sólo hacer jugar los períodos de tiempo (un año), la acumulación se habría evitado.

## **2. El texto refundido del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados**

En este momento, nos interesa dejar constancia de una matización que introdujo la disposición transitoria 3.<sup>a</sup> del Real Decreto Legislativo 3050/1980:

... se considerarán transmisiones onerosas las adjudicaciones de bienes inmuebles que al disolverse las sociedades o disminuir su capital social se hagan a un socio distinto del que los aportó, si entre una y otra transmisión mediase un plazo inferior a tres años.

Precepto éste que enlaza con su predecesor: el artículo 55.5 del texto refundido de 1967.

## **3. Supervivencia de las normas para evitar elusión tras la entrada en vigor del IVA**

El problema arranca de los términos que emplea la disposición transitoria 3.<sup>a</sup> del texto refundido del ITP.

Mucho se ha discutido —y por eso no se va a volver a insistir aquí— sobre la interpretación que debe darse a la expresión «hasta que ello ocurra»

incluida en dicha norma, al relacionarla con las palabras iniciales de la letra c).

También ha sido objeto de comentarios el hecho de que la norma se encuadre como un precepto transitorio, rompiendo, parece, la esencia de una disposición de tal naturaleza. En efecto, se emplea una norma transitoria, ligada a una Ley futura, para normar un lapso de tiempo también futuro.

Sin embargo, tras dejar de lado los comentarios de ciertas cuestiones por las razones ya apuntadas, sí parece razonable hacer referencia a un pronunciamiento del Tribunal Económico-Administrativo Central. Se trata de la Resolución de 26 de abril de 1989. El caso resuelto se refería a un contrato intervenido por agente de Cambio y Bolsa, con fecha 11 de diciembre de 1986, mediante el cual una sociedad anónima vendía a otra la totalidad de las acciones representativas del capital social de una tercera en cuyo patrimonio se incluía un edificio. La Administración calificó la compraventa de acto en fraude de Ley, reconduciendo la tributación a los artículos 7.1A) y 11.1a) del texto refundido del ITP, en cuanto sujetan a dicho tributo, al tipo del 6 por 100, las transmisiones de bienes inmuebles a título oneroso. La compradora interpuso recurso de reposición, que fue desestimado y, posteriormente, reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Central. En los considerandos 4.º y 5.º podemos leer:

CONSIDERANDO 4.º—Que de todo lo expuesto no cabe duda de que en la operación de que se trata existen indicios suficientes para entender subyacente la voluntad de transmisión de un inmueble, pero no puede olvidarse que, por su propia naturaleza, la procedencia de un expediente de fraude de Ley requiere que la operación con la que se intenta el pretendido fraude no está (21) contemplada, regulada y corregida por la Ley fiscal como sucede en el presente caso en que ya la Ley 50/77, con el ánimo de evitar la elusión fiscal mediante sociedades, dispuso que «la transmisión onerosa de las acciones o participaciones representativas del capital de las sociedades cuyo activo está integrado, en más de un 80 por 100, por bienes de naturaleza rústica o urbana, siempre que dichas acciones o participaciones excedan del 80 por 100 del capital social, se gravará por el número 1 de la tarifa del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, como transmisión onerosa de inmuebles», precepto en el que legalmente se señalan los límites cuantitativos a partir de los cuales el legislador entiende que se produce la elusión fiscal, estableciendo así una norma objetiva que evita la instrucción en cada caso de un expediente de fraude de Ley.

CONSIDERANDO 5.º—Que, igualmente, la regulación del Impuesto sobre el Valor Añadido, vigente a partir del 1 de enero de 1986, y por consiguiente cuando la operación a que se refieren las presentes actuaciones se realizó, contempla expresamente el supuesto de que se trata, que concretamente se regula en los apartados k) y l) del número 18 del artículo 13 del Reglamento de 30 de octubre de 1985, conforme a los cuales están exentas del Impuesto sobre el Valor Añadido la transmisión de acciones, participaciones en sociedades, obligaciones y demás títulos de valores, con excepción de los títulos cuya posesión asegure de hecho o de derecho la propiedad, el uso o el disfrute exclusivo de un bien inmueble, sin que tengan esta naturaleza las acciones o las participaciones en sociedades u otras entidades, precepto del que claramente se desprende que el legislador ha contemplado concretamente la operación de que se trata, declarándola expresamente exenta del Impuesto sobre el Valor Añadido y no sujetándola tampoco a tributar por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, como perfectamente podía haber hecho si así lo hubiera considerado procedente, debiéndose concluir de todo ello que la venta por parte de una sociedad mercantil de las acciones de otra, aunque las mismas aseguren la propiedad, el uso o el disfrute exclusivo de un bien inmueble, es una operación expresamente contemplada por la legislación, declarada exenta del Impuesto sobre el Valor Añadido y no remitida su tributación al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, sin perjuicio del cambio introducido por el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores con vigencia exclusivamente a partir del 29 de enero de 1989, por lo que ha de declararse improcedente la incoación de un expediente de fraude de Ley dirigido a hacerle tributar por este último impuesto.

Como se observa, el Tribunal Económico-Administrativo Central parece dar la razón a aquéllos que entienden que, tras la entrada en vigor del IVA, perviven las medidas tendentes a evitar la elusión fiscal mediante sociedades derivadas de la Ley de Medidas Urgentes de 1977. Sólo así puede entenderse que, ante una transmisión de acciones verificada mediante contrato intervenido por agente de Cambio y Bolsa el 11 de diciembre de 1986, vigente ya el IVA, y formalizada la operación en póliza de fecha 26 de febrero de 1987, el Tribunal Económico-Administrativo Central diga, como se ha destacado antes (considerando 4.º), que la procedencia de un expediente de fraude de Ley requiere que la operación con la que se intenta el pretendido fraude no esté contemplada, regulada y corregida por la Ley fiscal *como sucede en el presente caso* (repetamos, entrado en vigor el IVA), en que ya la Ley 50/77, con el ánimo de evitar la

elusión fiscal mediante sociedades, adoptó las cautelas precisas.

Es verdad, como se observa de la lectura de la resolución, que el pronunciamiento obtenido fue estimatorio respecto a la solicitud deducida por el actor; ahora bien, tal pronunciamiento se produce, por la justificación que el Tribunal esgrime (considerando 5.º), respecto de una operación sujeta al IVA aunque exenta del mismo.

Esta tesis (22) nos permitiría señalar lo siguiente:

1.º) No existe duda alguna, incluso en el caso en que el texto refundido del ITP de 1980 no hubiese dicho nada, sobre la aplicabilidad de las normas para evitar la elusión contempladas en la Ley 50/1977 hasta el 31 de diciembre de 1985 (día anterior a la entrada en vigor del IVA).

2.º) A partir de la indicada fecha, y hasta el 28 de enero de 1989, día anterior a la entrada en vigor del artículo 108 de la LMV, la Resolución del TEAC parece distinguir dos supuestos:

a) Transmisiones de «acciones» o «participaciones», en los términos del artículo 40.2 de la Ley 50/1977, cuyo *tradens* es un sujeto pasivo del IVA, en las que *no* resultaría aplicable la previsión contenida en dicho precepto. Es decir, *no* tributaría por el ITP, a pesar de producirse, como expresamente reconoce el TEAC, los presupuestos de hecho que la Ley de Medidas Urgentes tipificó. Y no tributaría por razón de la exención en IVA comentada.

b) Transmisiones de «acciones» o «participaciones», en los términos del artículo 40.2 de la Ley 50/1977, cuyo *tradens* es un no sujeto pasivo del IVA, en las que *sí* resultaría aplicable la previsión contenida en dicho precepto. Es decir, *sí* tributaría por el ITP, por producirse, como expresamente reconoce el TEAC —aunque ahora a *sensu contrario*—, los presupuestos de hecho que la Ley de Medidas Urgentes tipificó, ya que no tributaría por el IVA.

Con todo el respeto que merece un pronunciamiento del TEAC, cabría decir, si se analiza la dinámica temporal de las normas que han tendido a evitar la elusión mediante sociedades interpuestas, que no parece del todo correcto abrir una especie de «agujero», de forma que, desde la entrada en vigor de la Ley del IVA hasta la entrada en vigor del artículo 108 de la LMV, las transmisiones de acciones o participaciones que cumpliesen lo previsto en el artículo 40.2 de la Ley 50/1977 no tributasen, como este precepto dispuso, cuando el transmitente era sujeto pasivo del IVA y, por el contrario, las transmisiones de esos mismos títu-

los, cuando el transmitente fuese un particular, hayan seguido una línea recta (sin quiebras), de forma que, en relación a ellas, las normas sobre elusión fiscal estuvieran y estén en vigor.

## NOTAS

(1) Guillermo Cabanellas, *Diccionario de Derecho Usual*, Tomo IV, pág. 368, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires.

(2) Antonio Martínez Lafuente, *Manual del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, tercera edición, Escuela de Inspección Financiera y Tributaria, Madrid, 1984, pág. 200, anotación a Serna Masiá.

(3) En cuanto a qué debe entenderse por «valores mobiliarios», cabe recordar, por una parte, las palabras ya recogidas de Guillermo Cabanellas, que, como vimos, se pronuncia sobre el género. Precisando el término, el *Diccionario Económico y Financiero* de Y. Bernard y J. C. Colli, editado por la APD, dice, en la página 1.232, refiriéndose a los valores mobiliarios: «Documentos o títulos representativos de un valor (participación o crédito) y negociables en la Bolsa de valores». Posteriormente señala: «Los valores mobiliarios vienen en principio materializados mediante documentos o títulos que atestiguan que su poseedor es titular de un derecho que representa cierto valor. Se denominan mobiliarios puesto que representan derechos mobiliarios, es decir, créditos o participaciones transmisibles con facilidad. Esta facultad se debe a que son, de hecho, negociables en un mercado organizado a tal efecto, la Bolsa de valores». Vemos, como ya se dijo, el peso de la doctrina tradicional de identificación o unicidad entre el título y el valor.

(4) Ley 29/1987, de 18 de diciembre, *BOE* de 19 de diciembre. La modificación del artículo 10 entró en vigor el 20 de diciembre de 1987. Por obvias razones de espacio, no se entra aquí en el examen de los problemas y soluciones que había planteado y se dieron como consecuencia de la redacción inicial del mencionado artículo 10.

(5) Joaquín Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, séptima edición, Madrid, 1976, página 721.

(6) En efecto, en su exposición de motivos podemos leer: «La Ley reposa sobre el concepto de "valores" o, para mayor precisión, de "valores negociables"... Así —sigue diciendo—, se abandona, ante todo, la relación biunívoca dominante hasta hoy entre el mercado de valores y los "títulos-valores"».

(7) La exposición de motivos de la Ley, también en el apartado 2, dice al respecto: «concepto difícil de definir de forma escueta en el articulado de un texto legal, pero no por ello carente de realidad».

(8) Si aceptamos la reducción practicada en la definición de Garrigues.

(9) «La transmisión de valores admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial...»

(10) «La transmisión de valores que representen partes del capital social o patrimonio de sociedades, ...»

(11) Sobre tal cuestión, en la cual parece existir unanimidad entre la doctrina, pueden consultarse los siguientes artículos: — Eduardo Ramírez Medina, «La fiscalidad en las operaciones financieras», *PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA, Suplementos sobre el Sistema Financiero*, número 29, 1990.

— Antonio Martínez Lafuente, «Aspectos fiscales del Mercado de Valores», *Impuestos*, núm. 24.

— Magdalena Alvarez Arza, «Elusión Fiscal mediante Sociedades», *Impuestos*, núm. 6, 1990.

— «Exención de las transmisiones onerosas de las participaciones sociales», *Carta Tributaria*, núm. 98, consultas, referencia 2243.

(12) En efecto, las participaciones en que se divide el capital, que no pueden incorporarse a «títulos negociables», no implican que el «valor» que la participación supone sea uno no transmisible; por el contrario, es transmisible con sujeción a lo dispuesto en la LSRL; ahora bien, transmisibilidad, como género, no implica «negociabilidad», como especie, pues la «negociabilidad», concebida —dice la exposición de motivos de la LMV— como algo más amplio que la mera transmisibilidad, es «algo», es una característica o faceta de la «transmisibilidad» que requiere —mayor amplitud— mayores requisitos o circunstancias específicas; luego, siendo transmisibles las participaciones en el capital social de las sociedades de responsabilidad limitada (con prohibición de incorporarse a títulos negociables), no parece existir dudas en cuanto a que —no obstante, su transmisibilidad— su negociabilidad, en los términos de la LMV, les está vedada. Por tanto, no cabrían dentro del concepto estricto de «valor» que la Ley pretende regular.

(13) Véase *Carta Tributaria*, número 98, consultas, referencia 2243. En ella, se comenta una consulta evacuada por la Subdirección General del Impuesto sobre Transmisiones, de la Dirección General de Tributos, que se mostró favorable a entender incluidas en el ámbito de la exención, y consiguientemente de las excepciones, las transmisiones de participaciones sociales.

(14) En la nota 11 se hizo referencia a un artículo de Magdalena Alvarez Arza. En dicho artículo, página 15, comentando la amplitud del término «valor», podemos leer: «Al interpretar el término “valor” con un sentido amplio, incluyendo los correspondientes a sociedades de reducido volumen, de responsabilidad limitada, etc., parece tomar sentido lo previsto en los apartados 1 y 2 del mismo desde un punto de vista fiscal, ya que son precisamente este tipo de sociedades las que se utilizan como vía de evasión. Si no entran dentro del ámbito de la Ley y, por tanto, no les fuesen aplicables los apartados 1 y 2 del artículo 108, se hubiera, nuevamente, dejado abierto el mismo camino para la elusión fiscal mediante sociedades, que es lo que parece se pretende evitar».

(15) Artículo 393 del Código Civil:

«El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas.»

«Se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad.»

(16) Así, en reciente sentencia de 26 de mayo de 1989, dictada por la Sala de Revisión, ha afirmado que «la Ley 32/1980 de 21 de junio y el texto refundido aprobado por RD 3050/1980, de 31 de diciembre, lo que regulan, en realidad, no es un sólo tributo sino tres, [...] lo que, además, tiene que ser

así habida cuenta de que los hechos imponible son también distintos, como lo son la naturaleza de uno y otro y su finalidad».

(17) Probablemente, el lugar más idóneo para tratar este asunto hubiese sido el apartado que se dedica a la «elusión fiscal mediante sociedades». Sin embargo, razones sistemáticas de exposición aconsejan que sea ahora cuando se recoja el plano normativo, para, en el epígrafe antes mencionado, analizar diferencias y analogías con el régimen anterior.

(18) Párrafo segundo, inicio, e inicio del número 1 de dicho párrafo del artículo 108.

(19) Es evidente que tal planteamiento parte de la idea, ya expuesta, de cuál sea la magnitud a emplear como base imponible, que si en la primera excepción entendemos que debe ser el valor total de los inmuebles, en la segunda será sólo la parte proporcional que el «valor» transmitido represente sobre dichos bienes.

(20) Que deberá ser corregida para adaptarse a las normas de la Comunidad Económica Europea en materia de derecho de aportación.

(21) Parece que debiera decir «esté».

(22) Distinta a la mantenida por la Dirección General de Tributos, que, como recoge Magdalena Alvarez en el artículo ya mencionado, se pronunció, en contestación a pregunta formulada por la Dirección General de Tributos de la Generalidad de Cataluña, en los siguientes términos: «La interpretación más adecuada a la finalidad de las normas del art. 40 de la Ley 50/1977 (art. 3.1 del Código Civil) sería considerar que las mismas siguen siendo aplicables en los supuestos en que todavía puede producirse una elusión fiscal mediante Sociedades, sobre todo si se piensa que la Ley 50/1977 no fue una Ley de vigencia temporal limitada y que la transitoriedad prevista por la Ley 32/1990 debe entenderse restringida a aquellos supuestos en que las normas han perdido su razón de ser por la tributación de los mismos por el Impuesto sobre el Valor Añadido. En realidad, en estos casos ha habido una derogación tácita de las normas a que hace referencia el apartado 3c) (artículo 2.2 del Código Civil: “la derogación ... se extenderá siempre a todo aquello que en la Ley nueva sobre la misma materia sea incompatible con la anterior”).»

## ABREVIATURAS

LMV	Ley del Mercado de Valores.
ITP	Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido.
LRFDFAF	Ley de Régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros.
LSA	Ley de Sociedades Anónimas.
TEAC	Tribunal Económico Administrativo Central.