

▶▶ CONSULTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS JULIO-AGOSTO 2011

IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

- Expediente de dominio de una finca y acta de notoriedad por falta de concordancia con el Registro 2
- Realización de un canje de valores con toma de control de una sociedad con activo principalmente inmobiliario 3
- Escisión de dos ramas de actividad que se aportan a dos sociedades de nueva constitución 3
- Condiciones suspensivas en la modalidad de Actos Jurídicos Documentados 3
- Disolución de comunidad sobre una vivienda adjudicándose a uno de los comuneros que compensa en metálico con aplazamiento del pago 5
- Modificación de la propiedad horizontal consistente en transformar dos viviendas en tres 5
- Ámbito de la exención de las formas de acceso a la propiedad derivadas de la legislación de arrendamientos rústicos 6
- Venta de una oficina de farmacia 6
- Adquisición de un bien inmueble, con ocasión de la disolución y liquidación de una sociedad civil, por sus partícipes 7

▶▶ TRIBUNAL SUPREMO: ARTÍCULO 108 DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES

- Sentencia de 17 de octubre de 2011 8
- Sentencia de 18 de octubre de 2011 17

BREVE GUÍA DE USO

Para navegar a través de este documento puede pulsar sobre los títulos del sumario y dirigirse así a los artículos publicados. También puede usar los controles de Acrobat [F4] [2 de 12]. Mediante la lupa [F3] puede aumentar o disminuir la visualización. Si desea encajar la vista seleccione el párrafo deseado mediante la herramienta de selección [F6].

IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE UNA FINCA Y ACTA DE NOTORIEDAD POR FALTA DE CONCORDANCIA CON EL REGISTRO. (CONSULTA Nº V1941-11 DE 5 DE AGOSTO DE 2011)

El expediente de dominio es un proceso judicial asimilable a los actos de jurisdicción voluntaria, que tiene por objeto acreditar o justificar la adquisición del dominio de una finca por parte del promotor del expediente, a los efectos de obtener, mediante la correspondiente declaración judicial, uno de los tipos de titulación supletoria que se admiten en nuestro ordenamiento en orden a la inscripción de actos registrales que no pueden acceder al Registro de la Propiedad, bien por carecer de los títulos ordinarios, bien por no ser registrables los que se tengan, pudiendo servir tanto para la inmatriculación de aquella como para reanudar el tracto registral interrumpido o para el registro de los excesos de cabida.

La regulación del expediente de dominio se contempla en el artículo 7.2, apartado C, del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante ITP y AJD), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (BOE de 20 de octubre), en los siguientes términos:

“2. Se considerarán transmisiones patrimoniales a efectos de liquidación y pago del impuesto: . . .

c) *Los expedientes de dominio, las actas de notoriedad, las actas complementarias de documentos públicos a que se refiere el Título VI de la Ley Hipotecaria y las certificaciones expedidas a los efectos del artículo 206 de la misma Ley, a menos que se acredite haber satisfecho el impuesto o la exención o no sujeción por la transmisión, cuyo título se supla con ellos y por los mismos bienes que sean objeto de unos u otras, salvo en cuanto a la prescripción cuyo plazo se computará desde la fecha del expediente, acta o certificación.*”

Por tanto, los expedientes de dominio constituyen hecho imponible del impuesto con la única excepción del supuesto de no sujeción establecido con la finalidad de evitar la duplicidad impositiva sobre una misma operación, por lo que se declaran no sujetos los expedientes de dominio o las actas de notoriedad cuando se acredite haber satisfecho el impuesto o la exención o no sujeción por la transmisión cuyo título se supla con ellos y por los mismos bienes que sean objeto de unos u otras.

Sin embargo en el presente caso no es posible determinar que se trate del mismo bien pues, presentado el expediente de dominio en el Registro de la Propiedad, se suspende la inscripción del mismo al no figurar la extensión superficial de la finca registral en cuestión, lo que impide determinar la correspondencia entre la finca tal y como se describe en el Registro y la que resulta reflejada en el expediente y, en consecuencia, practicar operación registral alguna sobre la finca.

Es más, incorporada la certificación para acreditar la superficie de la finca resulta no ser conforme con la extensión superficial que resulta del auto. La referida certificación expresa la extensión superficial que resulta de la certificación catastral descriptiva y gráfica, 142 m² de suelo y 150 m² construidos, mientras que el auto le atribuye una superficie de 105 m² de suelo y 99 m² construidos.

Por tanto, habrá que esperar a la finalización del acta de notoriedad otorgada para subsanar la falta de concordancia con el Registro de la Propiedad. Si en dicha acta figura la finca con una superficie igual a la que figura en el expediente de dominio, se cumplirán los requisitos previstos en el precepto anteriormente transcrito: acreditación del pago del impuesto por los mismos bienes. Si por el contrario, la superficie no resulta coincidente, solo deberá entenderse satisfecho el pago del impuesto en cuanto a la superficie que figura en el expediente de dominio por el que se ha liquidado el impuesto, pero no el cuanto al exceso, que deberá ser objeto de tributación.

REALIZACIÓN DE UN CANJE DE VALORES CON TOMA DE CONTROL DE UNA SOCIEDAD CON ACTIVO PRINCIPALMENTE INMOBILIARIO. (CONSULTA N° V1759-11 DE 7 DE JULIO DE 2011)

Las operaciones de canje de valores definidas en el artículo 83.5 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades tienen la consideración de operaciones de reestructuración a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, por lo que están no sujetas a la modalidad de operaciones societarias y exentas en las modalidades de transmisiones patrimoniales onerosas y actos jurídicos documentados del referido impuesto.

Las operaciones de reestructuración podrán, en su caso, quedar sujetas a lo dispuesto en el artículo 108.2.a) de la LMV, y tributar por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITPAJD, en el caso de que resulte aplicable la llamada regla especial, es decir, en el caso de que la obtención del control de una sociedad con activo mayoritariamente inmobiliario o el aumento del control ya obtenido, se produzca mediante la adquisición de valores en los mercados primarios, es decir, de nueva emisión, pero no cuando la obtención o aumento del control se consigan por la adquisición de valores en mercados secundarios, como ocurre en esta operación.

ESCISIÓN DE DOS RAMAS DE ACTIVIDAD QUE SE APORTAN A DOS SOCIEDADES DE NUEVA CONSTITUCIÓN. (CONSULTA N° V1925-11 DE 4 DE AGOSTO DE 2011)

IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

Según el escrito de consulta, en el presente caso se transmite a cada una de las dos sociedades resultantes de la escisión una actividad económica completa, incluyendo los activos y pasivos afectos a la misma, así como los medios personales. Por tanto, puede considerarse que se transmite una universalidad de bienes en el sentido expresado por la Ley, resultando aplicable el supuesto de no sujeción establecido en el artículo 7.1º de la Ley 37/1992, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por dicho precepto.

IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

Desde la entrada en vigor de las modificaciones introducidas en el TRLITPAJD por la Ley 4/2008, conforme a lo dispuesto en sus artículos 19.2.1º, 21 y 45.I.B).10, la operación de escisión total tiene la consideración de operación de reestructuración, y ha dejado de estar sujeta pero, en su caso, exenta en la modalidad de operaciones societarias del ITPAJD, para pasar a estar no sujeta a dicha modalidad del impuesto y exenta en las otras dos modalidades, transmisiones patrimoniales onerosas y actos jurídicos documentados. Sin embargo, esta circunstancia no modifica los criterios expuestos en las contestaciones reseñadas y transcritos en esta contestación, bastando simplemente su adaptación a los nuevos conceptos introducidos por la referida Ley 4/2008. Por tanto, las operaciones de reestructuración podrán, en su caso, quedar sujetas a lo dispuesto en el artículo 108.2.a) de la LMV, y tributar por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITPAJD, en el caso de que resulte aplicable la llamada regla especial, es decir, en el caso de que la obtención del control de una sociedad con activo mayoritariamente inmobiliario o el aumento del control ya obtenido, se produzca mediante la adquisición de valores en los mercados primarios, es decir, de nueva emisión, pero no cuando la obtención o aumento del control se consigan por la adquisición de valores en mercados secundarios, como ocurre en esta operación.

CONDICIONES SUSPENSIVAS EN LA MODALIDAD DE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS. (CONSULTA N° V1942-11 DE 5 DE AGOSTO DE 2011)

Debe tenerse en cuenta que este Centro Directivo considera que en la modalidad de actos jurídicos documentados, documentos notariales, el impuesto se devenga siempre en el momento de la formalización del acto sujeto a gravamen, que, en esta modalidad, es el documento en sí mismo, tal como determina el artículo 28 del TRLITP cuando dice que “Están sujetas las escrituras, actas y testimonios notariales, en los términos que establece el artículo 31”. Y ello, con independencia de que el acto, contrato o cualquier otro negocio

jurídico contenido en el documento esté sometido a condición, tal y como se ha venido diciendo en distintas consultas, entre ellas la V1145-06.

Esta conclusión deriva de la dicción literal del artículo 49 del TRLITP, que regula el devengo del impuesto en sus tres modalidades y que dispone lo siguiente:

“1. *El impuesto se devengará:*

a) *En las transmisiones patrimoniales, el día en que se realice el acto o contrato gravado.*

b) *En las operaciones societarias y actos jurídicos documentados, el día en que se formalice el acto sujeto a gravamen.*

2. *Toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida por la concurrencia de una condición, un término, un fideicomiso o cualquier otra limitación, se entenderá siempre realizada el día en que dichas limitaciones desaparezcan.”*

De acuerdo con el precepto transcrito, el devengo del ITP se produce en distinto momento según cuál sea la modalidad que grava el hecho imponible realizado. En este sentido, en las modalidades de operaciones societarias y de actos jurídicos documentados, el impuesto se devenga, en todo caso, el día en que se formalice el acto sujeto. El devengo debe entenderse producido siempre en ese momento, ya que el precepto no recoge excepción alguna a dicha regla.

Por el contrario, en la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, no siempre se producirá el devengo en el mismo momento, pues el artículo 49 establece una regla general en su apartado 1, letra a), y una regla especial en su apartado 2. Según la regla general, en esta modalidad, el impuesto se devengará el día en que se realice el acto o contrato gravado. Sin embargo, esta regla general cede ante la regla especial cuando se den los requisitos para su aplicación. En virtud de esta regla especial, cuando la efectividad de una adquisición de bienes se halle suspendida por la concurrencia de cualquier limitación temporal de la eficacia de aquella (condición, término, fideicomiso o cualquier otra), el impuesto no se devengará cuando se realice el acto o contrato gravado, sino en un momento posterior, cuando desaparezca la limitación en cuestión y el acto o contrato despliegue su eficacia.

En otras palabras, la interpretación que debe darse al apartado 2 del artículo 49 del TRLITP es que las condiciones suspensivas –y demás limitaciones temporales de la eficacia de los actos y contratos gravados– despliegan sus efectos de diferimiento sólo en el ámbito de la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, en la cual se producen desplazamientos patrimoniales de bienes y derechos, los cuales no deben entenderse realizados cuando se formalicen, sino cuando efectivamente se produzcan las adquisiciones de tales bienes y derechos. Sin embargo, en el ámbito de la modalidad de actos jurídicos documentados, las condiciones suspensivas no pueden tener ese mismo efecto suspensivo del devengo del impuesto, ya que el hecho imponible no es el acto o contrato contenido en el documento, sino su documentación, es decir, el propio documento, como reiteradamente ha expuesto el Tribunal Supremo en una consolidada jurisprudencia de la que se pueden señalar, entre otras, las sentencias de 21 de mayo de 1998, 30 de octubre de 1999 y 24 de octubre de 2003. A este respecto, en la primera de ellas, el Tribunal Supremo afirma en el fundamento de derecho segundo que “... *en el impuesto que nos ocupa (actos jurídicos documentados), el hecho imponible es la documentación de actos jurídicos, y aquí ese acto jurídico comprende todas las partidas garantizadas con la hipoteca que se documenta, con independencia de su realización inmediata o futura con o sin condición, al contrario del ITP (se refiere a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas) en el que, mientras no se produce la transmisión, teniendo para ello en cuenta lo dicho en los artículos 609 y concordantes del Código Civil, no se produce el hecho imponible”.*

De acuerdo con la argumentación del Tribunal Supremo, cabe destacar que el hecho imponible de la modalidad de actos jurídicos documentados es la documentación en sí de actos jurídicos y que, aunque la eficacia de éstos sí puede someterse a alguna limitación temporal, no ocurre lo mismo con el documento que les sirve de soporte, pues el documento existe y es eficaz (en los términos que se deduzcan de su contenido) desde que se formaliza. Es decir, el documento, como soporte físico, no se somete a limitación alguna, o se formaliza o no se formaliza, pero una vez formalizado, ya existe en el mundo jurídico, con independencia de que el acto o contrato que se formaliza o documenta en él sea ya eficaz o no. Esta es la razón de que el devengo del impuesto se regule en el apartado 1 del TRLITP de forma separada para la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas (letra a) del apartado 1) y para las modalidades de operaciones societarias y de actos jurídicos documentados (letra b) del apartado 1), pues mientras en la primera modalidad el devengo es susceptible de diferimiento si concurre alguna limitación de la eficacia de la adquisición, en las otras dos

modalidades el devengo se produce en todo caso al formalizarse el acto sujeto a gravamen, formalización que no admite limitación de su eficacia.

DISOLUCIÓN DE COMUNIDAD SOBRE UNA VIVIENDA ADJUDICÁNDOSE A UNO DE LOS COMUNEROS QUE COMPENSA EN METÁLICO CON APLAZAMIENTO DEL PAGO. (CONSULTA, N° V1692-11 DE 1 DE JULIO DE 2011)

En el supuesto planteado resulta que la escritura pública recoge dos convenciones distintas que tributarán del siguiente modo:

PRIMERO: DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD DE BIENES

En cuanto a la disolución de la comunidad de bienes, entendiéndose que no ha realizado actividades empresariales, está sujeta a la cuota gradual de actos jurídicos documentados, documentos notariales, al cumplir los cuatro requisitos previstos en el artículo 31.2 del texto refundido del Impuesto: ser una escritura pública, ser valuable, ser inscribible en el Registro de la Propiedad y no estar sujeta a transmisiones patrimoniales onerosas, operaciones societarias ni al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. La base imponible de la cuota gradual estará constituida por la cantidad o cosa valuable, que debe ser el valor de la comunidad de bienes que se disuelve, es decir, el de la vivienda completa, y no sólo el de la parte de la vivienda que uno de los comuneros adjudica al otro a cambio de la compensación en metálico.

SEGUNDO: EXCESOS DE ADJUDICACIÓN

Por lo que se refiere a los excesos de adjudicación, estarán sujetos al impuesto como transmisión patrimonial onerosa siempre que no concurra ninguna de las excepciones que establece el artículo 7.2.B) del texto refundido del impuesto. Si el exceso se produce porque el bien es no divisible o desmerece mucho con la división, como parece ser el caso planteado, y además, dicho desequilibrio se compensa con dinero, el exceso de adjudicación no tributaría por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; si no es así dicho exceso tributaría por transmisiones patrimoniales onerosas al tipo de los bienes inmuebles y será sujeto pasivo el comunero que recibe el exceso de adjudicación. En el caso planteado va a haber una compensación en metálico, lo único que con pago aplazado y fraccionado, sin que esta circunstancia altere el que sea en metálico.

MODIFICACIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL CONSISTENTE EN TRANSFORMAR DOS VIVIENDAS EN TRES. (CONSULTA N° V1807-11 DE 13 DE AGOSTO DE 2011)

Concurriendo todos los requisitos exigidos en el artículo 31.2 del TRITPAJD, el supuesto planteado constituye hecho imponible de la cuota variable del documento notarial de Actos Jurídicos Documentados por lo que deberá tributar por tal concepto, en los siguientes términos:

- ❖ **Hecho imponible:** Escritura pública que reúne todos los requisitos exigidos en el artículo 31.2 del Texto Refundido.
- ❖ **Sujeto pasivo:** Conforme al artículo 29 del Texto Refundido será sujeto pasivo “...el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan”, por tanto, en el presente caso la entidad titular de los inmuebles cuya superficie va a ser modificada.
- ❖ **Base imponible:** El apartado 1 del artículo 30 del Texto Refundido establece que “En las primeras copias de escrituras públicas que tengan por objeto directo cantidad o cosa valuable servirá de base el valor declarado, sin perjuicio de la comprobación administrativa”. Por otro lado el artículo 70. 3 del Reglamento del Impuesto aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, precisa la determinación de la base imponible en relación a ciertas operaciones que, como la que ahora se plantea, suponen la constatación registral de la modificación física de una finca, estableciendo que “En las escrituras de agrupación, agregación y segregación de fincas, la base imponible estará constituida, respectivamente por el valor de las fincas agrupadas, por el de la finca agregada a otra mayor y por el de la finca que se segregue de

otra para constituir una nueva independiente”.

A la luz de dicho precepto procede concluir que la base imponible estará constituida por la suma de las dos fincas modificadas que coincidirá con el de las tres nuevas fincas resultantes.

- ❖ **Tipo impositivo:** Lo regula el artículo 31 del texto Refundido El apartado 1 establece lo que se denomina la cuota fija disponiendo que *“Las matrices y las copias de las escrituras y actas notariales, así como los testimonios, se extenderán, en todo caso, en papel timbrado de 0,30 euros por pliego o 0,15 euros por folio, a elección del fedatario. Las copias simples no estarán sujetas al impuesto”*.

El apartado 2 recoge la llamada cuota variable en cuya virtud se aplicará el tipo de gravamen que, conforme a lo previsto en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, haya sido aprobado por la Comunidad Autónoma. Si la Comunidad Autónoma no hubiese aprobado el tipo a que se refiere el párrafo anterior, se aplicará el 0,50 por 100.

ÁMBITO DE LA EXENCIÓN DE LAS FORMAS DE ACCESO A LA PROPIEDAD DERIVADAS DE LA LEGISLACIÓN DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS. (CONSULTA, N° V1775-11 DE 8 DE JULIO DE 2011)

El artículo 45.I.B) 6 del texto refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, establece que:

“estarán exentas. 6. Las transmisiones y demás actos y contratos a que dé lugar la concentración parcelaria, las de permuta forzosa de fincas rústicas, las permutas voluntarias autorizadas por el Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario, así como las de acceso a la propiedad derivadas de la legislación de arrendamientos rústicos y las adjudicaciones del Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario a favor de agricultores en régimen de cultivo personal y directo, conforme a su legislación específica”.

En el momento de entrar en vigor el Real Decreto Legislativo 1/1993, la ley vigente era la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos que regulaba las formas de acceso a la propiedad y de esa manera se titulaba el capítulo IX; dicha ley fue derogada por la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos; esta Ley no contiene ningún título, capítulo o sección denominadas “formas de acceso a la propiedad” pero en su artículo 22 regula aquellas instituciones que daban contenido a las formas de acceso, como son los derechos de tanteo, retracto o de adquisición preferente, lo que ocurre es que con la nueva regulación de la duración de los contratos, bastante inferior a la anterior, pierden sentido los derechos de adquisición, el tanteo y retracto, minuciosamente regulados en la ley anterior.

La Disposición Transitoria Primera de la Ley 49/2003, que establece que: “Los contratos de arrendamiento y aparcería vigentes a la entrada en vigor de esta Ley, se regirán por la normativa aplicable al tiempo de su celebración”, no restringe los beneficios fiscales del artículo 45.I.B) 6 a los contratos firmado de acuerdo con la anterior Ley, sino que recoge que dichos contratos se seguirán rigiendo por lo establecido en dicha Ley.

Vista la normativa expuesta, la exención alcanzará también a los contratos regidos por la Ley 49/2003, que es la vigente actualmente.

VENTA DE UNA OFICINA DE FARMACIA. (CONSULTA N° V1843-11 DE 31 DE JULIO DE 2011)

Se plantean dos opciones:

- ❖ **Transmisión del patrimonio empresarial sin incluir el local en el cual se desarrolla la actividad de farmacia**

El hecho de que no se transmita el local no desvirtúa necesariamente la consideración del conjunto de bienes transmitidos como una unidad económica autónoma, ya que la actividad puede seguir desarrollándose en su antigua ubicación, en régimen de alquiler, o mediante el traslado de la misma a un nuevo local.

Así pues, a falta de otros elementos de prueba, el caso planteado en la consulta podría considerarse como la transmisión de una universalidad de bienes en el sentido expresado por la Ley, resultando aplicable el supuesto de no sujeción establecido en el artículo 7.1º de la Ley 37/1992, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por dicho precepto.

❖ **Transmisión del patrimonio empresarial incluyendo el local en el cual se desarrolla la actividad de farmacia**

La aplicabilidad del supuesto de no sujeción del artículo 7º.1 de la Ley 37/1992 no ofrece dudas, de manera que la totalidad de la venta estará no sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido.

Ello debe entenderse sin perjuicio de que la transmisión del local pueda quedar sujeta para el adquirente al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

Esta sujeción no afectará, en cambio, a las existencias transmitidas.

**ADQUISICIÓN DE UN BIEN INMUEBLE, CON OCASIÓN DE LA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE UNA SOCIEDAD CIVIL, POR SUS PARTÍCIPES.
(CONSULTA, N° V1906-11 DE 3 DE AGOSTO DE 2011)**

En relación al Impuesto sobre el Valor añadido:

La adjudicación de los inmuebles a los socios tiene la consideración de una entrega de bienes tal y como dispone el artículo 8 dos 2º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

El artículo 20 uno 22º de la Ley del Impuesto establece la exención de las segundas y ulteriores entregas de edificaciones, incluidos los terrenos en que se hallen enclavadas, cuando tengan lugar después de terminada su construcción o rehabilitación.

La utilización ininterrumpida de una edificación por un periodo de tiempo superior a dos años por su propietario, por titulares de derechos reales de goce o disfrute o en virtud de contratos de arrendamiento sin operación de compra, consume la primera entrega de dicha edificación de forma que la posterior transmisión de la misma será sujeta pero exenta, sin perjuicio de la renuncia a la exención salvo cuando el adquirente definitivo de la edificación es quien ha utilizado la edificación durante el citado periodo de tiempo que la Ley 37/1992 hace abstracción de esa utilización y considera como primera entrega de la edificación la que se produce y que tiene por destinatario a quien la ha estado utilizando en su condición de arrendatario o titular de un derecho real de goce o disfrute.

En caso de que se considere segunda transmisión y la operación esté sujeta y exenta y de conformidad con lo dispuesto en el apartado dos del artículo 20 de la Ley 37/1992, la exención prevista anteriormente puede ser objeto de renuncia por el sujeto pasivo.

En relación con el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados:

El artículo 19.1.1º del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que:

“Son operaciones societarias sujetas:

1.º La constitución, aumento y disminución de capital, fusión, escisión y disolución de sociedades”.

Asimismo, el artículo 1.2 del TRLITPAJD determina que “en ningún caso, un mismo acto podrá ser liquidado por el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas y por el de operaciones societarias”, precepto que debe ser interpretado conjuntamente con el artículo 4 del mismo cuerpo legal, que establece que “a una sola convención no puede exigírsele más que el pago de un solo derecho, pero cuando un mismo documento o contrato comprenda varias convenciones sujetas al impuesto separadamente, se exigirá el derecho señalado a cada una de aquéllas, salvo en los casos en que se determine expresamente otra cosa”.

La sujeción a la modalidad de operaciones societarias del ITPAJD impide que la disolución de la sociedad civil con entrega del patrimonio social a los socios tribute en la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del mismo impuesto por la entrega de los bienes a los socios, pues dicha entrega forma parte de la disolución y liquidación de la sociedad limitada.

TRIBUNAL SUPREMO: ARTÍCULO 108 DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES

El artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores es fuente de continuas controversias en cuanto a su sentido y alcance. Las dos sentencias que acompañamos reflejan los más recientes pronunciamientos del Alto Tribunal sobre esta cuestión.

Sentencia de 17 de octubre de 2011

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

La sentencia recurrida accede a la pretensión de invalidez jurídica que AIRTOURS RESORT MALLORCA S.L. mantuvo en el seno del recurso núm. 319/2005. Las razones que fundan la decisión del Tribunal de instancia son las siguientes:

1. De forma básica, la de que entre el muy elevado importe económico satisfecho por esta entidad mercantil por la compra del 100 % de las acciones sociales de la entidad Hotel Don Pedro S.A. -el precio de compra fue el de 72.121.422,52 euros-- y el valor real del único bien inmueble adquirido con esa compra (se trata del propio Hotel que cuenta con esta denominación social, sito en Cala San Vicente de la isla de Mallorca) existe un desfase económico tan elevado como para concluir que el supuesto de hecho sobre el que se plantea la controversia no queda inserto dentro de las lindes propias del enunciado normativo que avala la liquidación tributaria que constituye el eje de controversia en la litis:

“... Las transmisiones realizadas en el mercado secundario (...) cuyo activo esté constituido al menos en su 50 por 100 por inmuebles situados en territorio nacional”.

Y es que, efectivamente, y según la valoración económica real de ese bien inmueble que ha sido realizada por la Administración del Estado, éste alcanza un importe patrimonial de, aproximadamente, un millón de euros, importe alejadísimo de los 72 millones de euros que ha supuesto el coste para la recurrente en la adquisición de acciones de la sociedad. Por ello, aun coincidiendo el Tribunal con el posicionamiento jurídico que tanto el Tribunal Económico- Administrativo de les Illes Balears como el Tribunal EconómicoAdministrativo Central mantienen en sede de concepto jurídico que ha de aplicarse --la discusión se cifra entre la aplicación del valor real del inmueble o el uso del valor contable del mismo: “... la controversia surge por el porcentaje que los inmuebles representan en el activo de la sociedad (...) y si debe atenderse al valor de mercado de los inmuebles o a su valor contable”, de la decisión del TEAC de 16/02/2005, a los efectos de la previsión jurídica vigente en el *artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores* --, el resultado al que arribamos no puede ser otro que el de estimar que el valor real del edificio transmitido no alcanza el 50 por 100 del activo de la sociedad.

2. Y es que, efectivamente, esa notoria discrepancia económica entre valor real del bien inmueble/ cantidad pagada por las acciones (de 1 a 72 millones) denota, con absoluta precisión y certeza, que el activo de la sociedad Hotel Don Pedro S.A. estaba constituido, de forma absolutamente mayoritaria, por otros conceptos económicos.
3. Coincidimos, entonces, con la representación procesal de la parte actora cuando alega, en el escrito de

demanda (de forma profusa y detallada), que si el tribunal considera que el criterio jurídico más conforme con el ordenamiento jurídico aplicable es el de valor real del inmueble adquirido, entonces deberá también aplicar ese concepto del valor real al resto de derechos de los que tomó posesión Airtours Resort Mallorca S.L. como consecuencia de la compra de las acciones de Hotel Don Pedro S.A.:

“... En definitiva, aun en el supuesto de que se admitiera el criterio de la Administración en relación con la consideración del valor real de los inmuebles incluidos en el activo de la entidad, es obvio que, a efectos de enmarcar la transmisión de las acciones de Hotel Don Pedro en el supuesto de hecho del artículo 108.2 de la LMV, también debería tenerse en consideración en todo caso el valor real de los demás bienes y derechos (...) para proceder a un cálculo homogéneo del porcentaje que suponen los inmuebles en relación con el activo total de la entidad (...) también deberían considerarse indudablemente y por la gran relevancia de los mismos en la adquisición de la entidad, el valor real de los siguientes elementos: 1. Contrato de arrendamiento por un plazo de 15 años del Hotel Condes de Alcudia sito en Mallorca. Consta de 454 plazas hoteleras (...) 22. Contrato de arrendamiento por un plazo de 15 años del Hotel Reina Cristina sito en Málaga. Consta de 329 plazas hoteleras (...) No sólo adquiriría una entidad comprensiva, entre otros activos, de un hotel, sino que además adquiriría 9.812 plazas hoteleras que sin duda alguna representan una enorme parte del valor de la operación” (páginas 21ª a 24ª).

4. El acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central indica que:

“... Por tanto, existe una plusvalía latente que si bien puede ser atribuida en parte a los contratos de arrendamientos a los que alude la entidad en su escrito de alegaciones y que suponen 9.812 plazas hoteleras, de igual manera es razonable atribuirle en parte al inmueble que figura en el activo de la sociedad”.

Pero el acuerdo de 16/02/2.005 no justifica, en absoluto, el por qué considera que es razonable, lógico, concluir que la plusvalía latente se encuentra justificada, en gran medida, por la diferencia de valor existente entre el importe económico que, en la realidad, alcanza el bien inmueble adquirido en la operación y aquél que aparece en el valor neto contable de la sociedad en el momento en que se produjo la adquisición (de ese bien inmueble). Por ello arribamos a la conclusión de que resulta mucho más lógico entender que esa discrepancia tiene su base en las 9.812 plazas hoteleras adquiridas por Airtours Resort Mallorca S.L. con la adquisición de Hotel Don Pedro S.A.

5. Por último, y como argumento de cierre, no cabe olvidar que la norma citada --ello es reiterado tanto por la Exposición de Motivos de la Ley del Mercado de Valores como por la doctrina jurisprudencial emitida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Ejemplificativo de ésta es la amplia STS, 3ª, Sección 4ª, de 30 abril 2004 - tiene un objetivo antielusión (evitar la falta de pago de impuestos por la adquisición de bienes inmuebles que, en principio, están sujetos al ITP y AJD) objetivo que, de ningún modo, consta que se haya cumplido en el marco del proceso 319/2.005. De hecho, habiendo insistido en esa circunstancia la representación en juicio de la sociedad actora, ningún argumento de oposición ha sido alegado, al efecto, por las representaciones procesales de la Administración del Estado y Administración de la Comunidad Autónoma.

SEGUNDO

Los motivos de casación en que se apoya el recurso son los siguientes:

1. El **primer motivo de casación** se formula al amparo del artículo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, por infracción del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable y vulneración, por aplicación indebida, del *artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de junio, del Mercado de Valores*, en su relación con el *artículo 39. 6 del Código de Comercio*, *artículos 176 Y 194 de la Ley de Sociedades Anónimas*, y las Normas Internacionales de Contabilidad recogidas en el Reglamento (CE) nº 1725/2003, de la *Comisión*, de 29 de septiembre de 2003.
2. Se formula el **segundo motivo de casación** al amparo del artículo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, por infracción del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable y vulneración, por inaplicación, de los *artículos 17.2 y 45.I.B).9 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de diciembre*, por el que se aprobó el *Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones patrimoniales* y Actos Jurídicos Documentados, en relación al *artículo 23.3 de la Ley General Tributaria de 1963*.
3. Se formula el **tercer motivo de casación** al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico relativas a la llamada *prueba de presunciones (artículos*

1253 del Código Civil y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), así como de las reglas de la sana crítica, con infracción del principio de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos consagrada en el artículo 24 de la Constitución, que se entiende también vulnerado.

TERCERO

Antes de analizar los motivos de casación formulados por la Comunidad Autónoma recurrente es preciso analizar el óbice de inadmisibilidad del recurso formulado por la parte recurrida - RESORTS MALLORCA HOTELS INTERNATIONAL S.L. - por considerar que la Comunidad Autónoma incluye en el antecedente segundo de su recurso una serie de argumentos que no fueron alegados en el escrito de contestación a la demanda y, en consecuencia, no fueron discutidos en la instancia motivo por el cual no pueden plantearse en sede casacional.

Pero una cosa es que las partes no puedan pretender en sede de este recurso extraordinario de casación la introducción de cuestiones nuevas que no hayan sido planteadas en el recurso contencioso-administrativo, y que, consecuentemente, no hayan sido objeto de razonamiento por el juzgador de instancia y otra cosa muy distinta es querer que las partes no puedan aportar en casación otros argumentos y fundamentos jurídicos adicionales en defensa de las cuestiones ya planteadas en la instancia, sin modificar el debate procesal de carácter material sostenido en la instancia.

CUARTO

1. Por lo que se refiere ya al **primer motivo de casación**, la *sentencia de instancia* entiende que en el supuesto supuesto la transmisión por parte de D. Jesús Ángel de la totalidad de las acciones de la entidad mercantil “Hotel Don Pedro, S.A.” gozaba de la exención establecida en el *artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de junio, del Mercado de Valores*, al no darse el segundo de los requisitos señalados en dicha norma para exceptuar la aplicación de tal exención, esto es, que el activo de dicha sociedad estuviera constituido al menos en un 50 por ciento por inmuebles situados en territorio nacional.

Y para llegar a dicha conclusión la *sentencia recurrida* comienza mostrando su total acuerdo y conformidad con lo que habían expresado tanto el Tribunal Económico-Administrativo Regional como el Tribunal Económico-Administrativo Central para refutar y desvirtuar el argumento principal esgrimido por “Aitours Resort Mallorca, S.L.” en sus actuaciones ante dichos órganos de revisión; el argumento de la recurrente en la instancia era que, a los efectos de determinar el porcentaje que los inmuebles representan en el activo de una sociedad y, en consecuencia, decidir si en el supuesto de venta de acciones de aquélla es aplicable o no la exención tributaria recogida en el *artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores*, debía atenderse al valor contable de dichos inmuebles y no al valor real o de mercado de los mismos.

La *sentencia recurrida*, basándose en la sola circunstancia de la gran diferencia existente entre el precio declarado en la compraventa de acciones objeto de enjuiciamiento y el valor determinado por la Administración para el único inmueble existente en el activo de la entidad “Hotel San Pedro, S.A.”, acoge lo que sólo había sido una pretensión subsidiaria de la recurrente en la instancia, esto es, que existía un fondo de comercio correspondiente a los diversos contratos de arrendamiento de establecimientos turísticos suscritos por dicha entidad (como parte arrendataria). Y que dicho fondo de comercio debía también integrarse en el activo a la hora de determinar el porcentaje o relación de los inmuebles respecto del total activo.

Con lo que advierte la recurrente que a pesar de no haberse instado ni practicado por la entidad actora prueba alguna en relación a dicho extremo ni en vía administrativa ni en vía jurisdiccional, la *sentencia de instancia* llega a la conclusión de que dicho fondo de comercio debe computarse como activo y valorarse en 72 millones de euros (diferencia entre el precio declarado de la compraventa de acciones y el valor del hotel comprobado por la Administración) y, en consecuencia, el porcentaje del valor del inmueble sobre el total de activos (integrados de esa forma) no alcanza el 50 por ciento prevenido en el *artículo 108 de la LMV*.

Pero el *artículo 39.6 del Código de Comercio* dispone con carácter general que “el fondo de comercio únicamente podrá figurar en el activo del balance cuando se haya adquirido título oneroso”.

Y el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (*Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre*) dispone en su *artículo 176 (apartado 1º, punto 3)* que entre las inmovilizaciones inmateriales (apartado B) del activo) sólo se incluirá el fondo de comercio en la medida en que haya sido adquirido título oneroso”. Lo que se reitera en el *artículo 194 del mismo texto refundido, al transcribir en su punto 2* lo dispuesto en el meritado *artículo 39.6 del Código de Comercio*.

Y en el mismo sentido, el Plan General de Contabilidad aprobado por *Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre*, regula la “Cuenta 213” definiendo el fondo de comercio para a continuación insistir en que dicha cuenta sólo se abrirá en el caso de que el fondo de comercio, como tal, “haya sido adquirido a título oneroso”.

Lo que guarda total coherencia con otras normas contables, como son las recogidas en el *Reglamento (CE) nº 1725/2003, de la Comisión, de 29 de septiembre de 2003*, por el que se adoptan determinadas normas internacionales de contabilidad.

Así pues, el acogimiento por parte de la sentencia recurrida de la pretensión de la actora en la instancia no sólo vulneraba, a juicio de la Comunidad Autónoma recurrente, el último párrafo del tantas veces citado *artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores* (que en la redacción vigente en la fecha de la compraventa de acciones que nos ocupa sólo se refería al valor de los “referidos bienes”, es decir, los inmuebles), remitiéndose a la normativa del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (valor real), sino también las citadas normas mercantiles y de contabilidad, que prohíben considerar parte del activo de una sociedad un “fondo de comercio” que no haya sido adquirido, como tal, a título oneroso.

2. La cuestión suscitada en el caso presente gira en torno a la aplicación de lo dispuesto en el *artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores*, en su redacción dada por la *Disposición Adicional Duodécima de la Ley 18/1991, de 5 de junio del I.R.P.F.* En dicho precepto se establece:

1. *La transmisión de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, estará exenta del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y del Impuesto sobre el Valor Añadido.*
2. *Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el párrafo anterior y tributarán por el concepto de “Transmisiones Patrimoniales Onerosas” en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados:*

- 1 - *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 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 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.

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

En los casos anteriores, se aplicará el tipo correspondiente a las transmisiones onerosas de bienes inmuebles, sobre el valor de los referidos bienes calculado de acuerdo a las reglas contenidas en la normativa vigente del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados”.

Como se desprende del precepto transcrito, el *artículo 108 de las LMV* establecía en primer término, con carácter general, la exención en los Impuestos sobre el Valor Añadido y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de la transmisión de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, sí bien, a continuación, se exceptúan de lo dispuesto, ordenando su tributación por la mo-

alidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, “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 este constituido, al menos en su 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 real que le permita ejercer el control sobre tales entidades...” “.

En el presente caso, al haberse adquirido la totalidad del capital social, la primera cuestión a resolver, para decidir si procede la tributación como transmisión onerosa de bienes inmuebles, consiste en determinar si el activo de AIRTOURS RESORT MALLORCA S.L. estaba integrado, al menos en su 50%, por bienes inmuebles o si no se cumple tal requisito ya que en el activo societario estaba también un fondo de comercio derivado de los contratos de arrendamiento que la entidad “Hotel Don Pedro S.A.” tenía concertados.

3. Antes de entrar a valorar el fondo de la argumentación de la recurrente, debe decirse que *el Reglamento (CE) nº 1725/2003 de la Comisión*, a que hace referencia la CAIB, *es aplicable para los ejercicios anuales iniciados a partir del 31 de marzo de 2004*, prácticamente cuatro años después de producida la transmisión de las acciones de Hotel Don Pedro por lo que no cabe alegar la infracción de una norma por lo dispuesto en otra inexistente e inaplicable al caso que se está resolviendo, y cuya eficacia temporal no permite su subsunción al presente supuesto.

Entrando en materia, quiere resaltarse que independientemente del valor que se tome para determinar el porcentaje del bien inmueble sobre el total activo de Hotel Don Pedro, ya sea el valor normal de mercado o el valor real, ya sea el valor contable o el valor neto contable no nos encontraríamos en un supuesto de no aplicación de la exención que recoge el artículo 108.2 de la LMV por los motivos que se exponen a continuación. Es decir, tal discusión puede resultar del todo innecesaria en nuestro caso ya que existe un elemento añadido (un fondo de comercio) que hace que el resultado sea el mismo con independencia de cuál de los dos criterios se tome.

En primer lugar, cabe destacar que la adquisición de las acciones de la entidad HOTEL DON PEDRO S.A. (HDP) por parte de AIRTOUR RESORT MALLORCA S.L. en fecha 30 de marzo de 2000 por un importe de 12.000.000.000 pesetas (72.121.452,53 euros denota claramente que el valor de mercado de la entidad HDP era muy superior no solo a su valor neto contable a dicha fecha, sino también al valor contable e incluso al valor real del inmueble.

En consecuencia, tal y como ocurre en la mayoría de los casos en los que se adquieren acciones de entidades con negocios en funcionamiento, su valor de mercado era superior en mucho (72 veces) a la suma de los activos de la entidad considerados individualmente, en especial con motivo de los 26 contratos de arrendamiento de negocio hotelero a largo plazo (15 años) en los que HDP era parte arrendataria.

Así, aun admitiéndose la consideración del valor real de los inmuebles incluidos en el activo de la entidad, es obvio que, a efectos de enmarcar la transmisión de las acciones de HDP en el supuesto de hecho del *artículo 108.2 de la LMV*, también debería tenerse en consideración en todo caso el valor real de los demás bienes y derechos (e.g. patentes, marcas, derechos, activos intangibles, etc. ...) para proceder a un cálculo homogéneo del porcentaje que suponen los inmuebles en relación con el activo total de la entidad.

En consecuencia, de la misma forma que se tendría en cuenta el valor de mercado de los inmuebles a efectos de la aplicación del *artículo 108.2.1º de la LMV*, también deberían considerarse indudablemente y por la gran relevancia de los mismos en la adquisición de la entidad, el valor real de los contratos de arrendamiento. Pues con la adquisición de las acciones AIRTOURS RESORT MALLORCA no sólo adquiriría una entidad comprensiva, entre otros activos, de un hotel, sino que además adquiriría 9.812 plazas hoteleras que sin duda alguna representan una enorme parte del valor de la operación.

Es decir, no es razonable que se compare el valor real de un elemento del activo con el valor teórico del conjunto del activo; de tal forma que el criterio de valoración de ambas magnitudes debe ser el mismo, un criterio que permita comparar el valor real del hotel con el valor real del conjunto del activo. Conjunto del activo donde tiene un papel relevante los derechos de explotación a largo plazo (15 años) sobre los 26 establecimientos hoteleros.

En este sentido, en la propia transacción por la que se adquieren las acciones de HDP, se pone de manifiesto de forma indiscutible la existencia de un fondo de comercio que nos indica de forma precisa el importe de la diferencia entre el valor real de los bienes y derechos incluidos en el activo de HDP y su valor contable. Dicho importe estaría compuesto lógicamente por la diferencia entre el coste de adquisición de las acciones para AIRTOURS RESORT MALLORCA (12.000.000.000 ptas. 72.121.452,53 euros), minorado por el valor teórico contable de la entidad en el momento de la compraventa (159.699.633 ptas., 959.814,12 euros), esto es, aproximadamente 11.840.300.367 pesetas, 71.161.638,41 euros.

Mientras que el valor contable del inmueble a la fecha de la compraventa de HDP era de 41.310.275 ptas. (248.279,75 euros), según ha determinado la propia Administración, el valor real del inmueble en el momento de la transmisión de las acciones era de 680.245.526 ptas. (4.088.357,95 euros). En definitiva, podemos concluir pues que, del mayor valor pagado por el adquirente, un importe de 638.935.251 ptas. (680.245.526 menos 41.310.275) correspondería a un mayor valor del inmueble mientras que el resto se corresponde, inequívocamente, con un mayor valor del resto de activos, en especial, de los contratos de arrendamiento cuyo arrendatario es HDP. Tales contratos de arrendamiento suponen en un sector como el de la hostelería un altísimo valor intrínseco y de mercado al constituir sin duda las plazas hoteleras el activo fundamental para operar en el mercado turístico. Así pues, disponer de 9.812 plazas hoteleras no sólo en Mallorca sino en otras zonas turísticas de gran importancia como por ejemplo la costa de Málaga y las Islas Canarias en los próximos 15 años supone, tal como demuestra fehacientemente el precio pagado por ellas, un activo imprescindible. El derecho a explotar esas casi diez mil plazas hoteleras durante 15 años constituye un fondo de comercio.

Se trata pues de valores intangibles que, en aplicación de los principios contables recogidos en la normativa mercantil, no han podido ser objeto de registro pero que se ponen de manifiesto en la transmisión de una empresa en funcionamiento o una unidad de explotación de las que se integran en la misma.

Desde un punto de vista mercantil, dadas las características de intangibilidad de un fondo de comercio resultaba necesario extremar en estos activos la aplicación del principio de prudencia. De ahí, que la normativa mercantil no permitiera el registro contable del fondo de comercio en los casos de generación interna del mismo, sino tan solo en los casos en los que aflorara como consecuencia de una transmisión onerosa.

En cualquier caso, el hecho de que este activo no deba ser objeto de registro contable en tanto en cuanto no se haya puesto de manifiesto en una transmisión onerosa, no le priva de su carácter de “activo” de la empresa y, en consecuencia, debe ser tomado en consideración para determinar el valor total del activo de cualquier sociedad que sea objeto de transmisión cuando esa valoración se esté realizando a valores reales y no a valores contables.

No cabe duda de que la sociedad HDP había generado un fondo de comercio, pues su valor de mercado en el momento de la transmisión era 72 veces superior a su valor teórico contable. Además, si partimos de que se debe considerar el valor real de los inmuebles incluidos en el activo de la entidad, es obvio que, a efectos de enmarcar la transmisión de las acciones de HDP en el supuesto de hecho del *artículo 108.2 de la LMV*, también debería tenerse en consideración en todo caso el valor real de los demás bienes y derechos (inmovilizado material, financiero, derechos, activos intangibles, etc.) para proceder a un cálculo homogéneo del porcentaje que suponen los inmuebles en relación con el activo total de la entidad.

Ahora bien, y sin perjuicio de lo expuesto hasta ahora, si como argumenta la Comunidad Autónoma recurrente, ha de considerarse por el concepto de “activo” empleado en el *artículo 108 de la LMV* el que se desprende de su sentido jurídico-mercantil, no pudiendo considerarse “activo” el fondo de comercio generado internamente, en coherencia, el “valor” que habría de atribuir al activo debería determinarse igualmente en concordancia con las normas jurídico-mercantiles, debiendo valorarse el “activo” por su precio de adquisición o coste de producción.

Así, de considerarse que el Tribunal “a quo” habría infringido el *artículo 108 de la LMV* en su relación con el *artículo 39.6 del Cc*, *artículos 176 y 194 de la LSA* y las NIC recogidas en el *Reglamento (CE) nº 1725/2003*, de la Comisión, preceptos todos ellos reguladores del momento en que se ha de proceder al registro contable de un fondo de comercio, tendría que reconocer asimismo la indebida aplicación del *artículo 108 de la LMV* en relación con el principio de prudencia valorativa y con el principio de precio de adquisición consagrados en los *artículos 38 del Ceo y 193 Y* siguientes de la LSA; principios que no permitirían valorar a mercado los inmuebles (ni ningún otro activo) para determinar el porcentaje de inmuebles radicados en España sobre el

total del activo, que exige el *artículo 108 de la LMV*. En efecto, el *artículo 38.1J) del Ceo*, en su redacción dada por la *Ley 18/1989*, establece que:

“Los elementos del inmovilizado y del circulante se contabilizarán, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente, por el precio de adquisición, o por el coste de producción”.

Y el 193 de la LSA, en su redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, establece que:

“La valoración de los elementos integrantes de las distintas partidas que figuren en las cuentas anuales deberá realizarse conforme a lo establecido en el Código de Comercio y a lo específicamente dispuesto en los artículos siguientes”.

Especificándose en el artículo 195 del mismo texto legal que:

“Los elementos del activo inmovilizado deberán valorarse al precio de adquisición o al costo de producción, conforme a lo establecido en el Código de comercio”.

Dichos preceptos no hacen más que prohibir el registro contable de los elementos del inmovilizado y del circulante a valores reales, obligando al sujeto contable a contabilizar los bienes y derechos de su activo por el precio de adquisición o coste de producción.

Esta Sala no comparte la manifestación que hace la Comunidad recurrente en relación con la ausencia de informe técnico aportado por AIRTOURS RESORT MALLORCA a fin de Justificar el valor otorgado a la sociedad HDP, por cuanto obran en el expediente copias de cada uno de los contratos de arrendamiento de industria que tenía concertados (documentos anexos número 2 a 23 de la demanda contencioso-administrativa presentada ante el Tribunal “a quo”. Contratos que no fueron impugnados y de los Que se desprende el sobreprecio pagado.

La discusión sobre qué valor y qué bienes deben tomarse en consideración para determinar el porcentaje de inmuebles sobre el total activo de una sociedad, ha sido superada por el legislador en la redacción actual del *artículo 108 de la LMV*, dada por la *Ley 36/2006*, de 29 de noviembre, al establecer el siguiente criterio: *“A los efectos del cómputo del 50 por 100 del activo constituido por inmuebles, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:*

1ª. Para realizar el cómputo del activo, los valores netos contables de todos los bienes se sustituirán por sus respectivos valores reales determinados a la fecha en que tenga lugar la transmisión o adquisición”.

En definitiva, el fondo de comercio positivo es la valoración de la capacidad de generar rendimientos de un patrimonio afecto a una actividad, y tal es el caso de HDP, empresa en funcionamiento dedicada al negocio de la hostelería, que tenía un valor de mercado en el momento de su transmisión muy superior a su valor en libros, en especial, con motivo de los 26 contratos de arrendamiento de negocio hotelero a largo plazo (15 años) en los que era parte arrendataria.

Y así lo ha entendido igualmente el Tribunal “a quo” cuando afirma que *“La notoria discrepancia económica entre valor real del bien inmueble/cantidad pagada por las acciones (de 1 a 72 millones) denota que el activo de la sociedad Hotel Don Pedro S.A. estaba constituido, de forma absolutamente mayoritaria, por otros conceptos económicos”.*

En consecuencia de todo lo expuesto este primer motivo de casación debe ser desestimado y confirmado el criterio del Tribunal “a quo”.

QUINTO

El **segundo motivo de casación** se basa en la vulneración, por inaplicación, de los *artículos 17.2 y 45.I.B).9* de la LITP y AJD en relación con el *artículo 23.3 de la Ley General Tributaria de 1963*, por considerar que el Tribunal “a quo” ha extendido el ámbito de dicha exención más allá de sus términos estrictos al entender que un fondo de comercio interno puede integrar parte del activo de una sociedad a efectos del cómputo del porcentaje previsto en el *artículo 108 de la LMV*.

La Comunidad Autónoma recurrente considera que si se hubiera vendido el hotel y no las acciones de la sociedad propietaria del hotel, la transmisión del inmueble habría tributado por el concepto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas y no por IVA (como defendía mi mandante), al considerar que se trataba de un hotel en funcionamiento y, por lo tanto, habría sido considerado en sí mismo como la totalidad del patrimonio empresarial de la sociedad HDP a efectos de determinar el supuesto de no sujeción de la LIVA.

La Sala estima que la transmisión aislada del inmueble, pese a que estuviera afecto al desarrollo de una

actividad económica, no puede ser considerada como la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial que permitiera a su adquirente continuar con la actividad como exige el supuesto de no sujeción de la LIVA.

En efecto, el artículo 7.1.a) de la LIVA establece que:

“No estarán sujetas al impuesto:

1. *Las siguientes transmisiones de bienes y derechos:*

a) *La transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo realizada en favor de un solo adquirente, cuando éste continúe el ejercicio de las mismas actividades empresariales o profesionales del transmitente”.*

Por su parte, el artículo 7.5 in fine de la UTP y AJD prevé lo siguiente:

“También quedarán sujetas las entregas de aquellos inmuebles que estén incluidos en la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial, cuando por las circunstancias concurrentes la transmisión de este patrimonio no quede sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido”.

Ahora bien, para determinar la no sujeción al IVA y, en consecuencia, la sujeción al gravamen de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITP y AJD, de la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo debe tenerse en cuenta que el concepto de “patrimonio”, a estos efectos, debe expresarse como el titular del patrimonio. *El patrimonio empresarial en su totalidad es aquel conjunto de bienes v derechos indispensable para continuar con la actividad “ de forma idéntica a como la realizaba la anterior titular, ya que no es necesario la transmisión de un todo absoluto, sino de un todo en relación a un concreto patrimonio, aquel que sirve y es imprescindible para la realización de la actividad.*

Pues bien, no pudiendo considerarse únicamente como elemento esencial para la continuidad de la actividad hotelera el inmueble en sí mismo, debe concluirse que la transmisión de un hotel que no incluya al menos los muebles sería una entrega de bienes sujeta al IVA, y que, de acuerdo con el artículo 7.5 in fine de la LITP y AJD, dicha transmisión, en ningún caso, podría haber quedado sujeta al concepto Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITP y AJD.

Asimismo, cabe destacar que con la adquisición por AIRTOURS RESORT MALLORCA de la totalidad de las acciones de la sociedad HDP, resulta obvio que **no se ha pretendido en ningún caso adquirir ningún inmueble mediante una sociedad interpuesta de carácter instrumental, sino que la operación se realizó por puros motivos empresariales y de estrategia de negocio absolutamente ajenos a la tributación de la operación.**

La intención no era en ningún caso la adquisición del inmueble propiedad de HDP, sino que la intención era simplemente adquirir acciones de una sociedad en funcionamiento dedicada al negocio de la hostelería, que no solo era la arrendataria de casi 10.000 plazas hoteleras sino que también era propietaria de un hotel.

Consecuentemente, la compraventa de acciones realizada en favor de AIRTOURS RESORT MALLORCA de la sociedad HDP **no tiene la finalidad de eludir la tributación por el ITP y AJD**, en su modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

De acuerdo con las reglas de la sana crítica, que tanto invoca la Comunidad recurrente, resulta evidente que en la operación de compraventa de las acciones de la sociedad HDP no se estaba “simulando” la venta de un bien inmueble, utilizando como instrumento una sociedad interpuesta, ni se trataba de evitar a toda costa la tributación en el ITP y AJD, máxime cuando entre las partes se pacta un precio 72 veces superior al valor teórico contable de la compañía y 12 veces superior al valor real del inmueble, valor --no debe olvidarse-- comprobado por la Administración.

Por lo tanto, este segundo motivo de casación debe ser igualmente desestimado por considerar que el Tribunal “a quo” no ha extendido el ámbito de la exención en el ITP y AJD más allá de sus términos estrictos al entender que **un fondo de comercio interno puede integrar parte del activo de una sociedad a efectos del cómputo del porcentaje previsto en el artículo 108 de la LMV**, sino que ha interpretado la norma conforme a Derecho, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad.

SEXTO

Formula la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares como **tercer y último motivo de casación** la supuesta infracción de los *artículos 1253 del CC y 386 de la LEC*, la infracción de las reglas de la sana crítica, así

como la infracción del *artículo 24* de la Constitución.

Pues bien, hay que decir, en primer lugar, que el citado *artículo 1253 del CC* se encuentra derogado, motivo por el cual carece de sentido que la CAIB alegue que el mismo ha sido infringido.

Por otro lado, y antes de entrar a valorar el fondo del motivo expuesto de contrario, debe ponerse de manifiesto que la CAIB lleva a cabo una denuncia totalmente genérica de las supuestas infracciones normativas. Así, se denuncia la infracción de preceptos legales sin explicar de forma clara en qué modo la sentencia recurrida vulnera los citados preceptos.

En concreto, la CAIB recrimina al Tribunal “a que” el haber realizado dos presunciones injustificadas, basándose en que el precio pactado en este tipo de operaciones resulta, textualmente, “incolore y equívoco”. Las citadas presunciones son:

- a) La recogida en el punto 2 del fundamento de derecho tercero de la sentencia, al decir:

“2. Y es que, *efectivamente, esa notoria discrepancia económica entre valor real del inmueble/cantidad pagada por las acciones (de 1 a 72 millones) denota, con absoluta precisión y certeza, que el activo de la sociedad Hotel Don Pedro S.A. estaba constituido, de forma absolutamente mayoritaria, por otros conceptos económicos.*”
- b) La recogida en el punto 4 de su fundamento de derecho tercero, cuando acaba concluyendo:

“[. . .] *que resulta más lógico entender que esa discrepancia tiene su base en las 9.812 plazas hoteleras adquiridas por Airtours Resort Mallorca, S. L. con la adquisición del Hotel Don Pedro S.A.*”

Por lo que al precio se refiere, ese precio no es, en efecto, un elemento esencial del tributo, ya que la base imponible no se determina por la contraprestación pactada, ni por el valor normal de mercado, sino por el valor real de los bienes transmitidos, es decir, en el caso concreto vendría determinada por el valor real de las acciones de Hotel Don Pedro en el momento de la transmisión.

En consecuencia, tampoco es determinante el precio para calcular el porcentaje de los inmuebles sobre el total activo de la sociedad cuyas participaciones se transmiten previsto en el *artículo 108 de la LMV*, pues ni la norma ni la doctrina ni la jurisprudencia han considerado en ninguna ocasión que deba tomarse como valor, a efectos del cómputo del citado porcentaje, el precio pactado, sino que la discusión se ha basado en determinar si se han de tomar valores contables o valores reales. En lo que se ha insistido es en que se tenga en consideración la existencia de un fondo de comercio, que es real, y que se corresponde mayoritariamente con los contratos de arrendamiento de industria que permitirían explotar casi 10.000 plazas hoteleras durante un periodo de 15 años. A nadie se le escapa que el mayor negocio de la sociedad Hotel Don Pedro no era la explotación de las 284 plazas del hotel en propiedad del mismo nombre, sino las 9.812 plazas arrendadas en hoteles ajenos situados en las zonas de mayor afluencia turística.

Lo determinante es que ese fondo de comercio debe tomarse en consideración a efectos del cómputo previsto en el artículo 108.2.1º de la LMV y debe valorarse, al igual que el inmueble y el resto de activos de Hotel Don Pedro, por su valor real.

Y es el valor real que las partes estimaron en su día (12.000.000.000 de pesetas), lo que consideraron que era el valor real de la compañía Hotel Don Pedro, el que AIRTOURS RESORT MALLORCA declaró y consignó en el modelo 600 de ITP y AJD como valor real.

SÉPTIMO

En virtud de lo expuesto, procede la desestimación del recurso interpuesto por la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ISLAS BALEARES con expresa imposición de costas a la recurrente, que no podrá exceder del límite de los 6.000 euros.

Por lo expuesto,

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCION

FALLAMOS

Que debemos admitir y desestimar el recurso de casación interpuesto por la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ISLAS BALEARES contra la sentencia dictada, con fecha 28 de marzo de 2007,

por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares en el recurso núm. 319/2005. Todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la entidad recurrente, con el límite señalado en el último de los Fundamentos de Derecho.

Sentencia de 18 de octubre de 2011

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, se formulan cinco motivos de casación, invocándose en cada uno de ellos la infracción de las siguientes normas:

- 1) **Artículo 108 de la Ley de Mercado de Valores 24/1988, de 28 de Julio, y artículo 7.5** del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de Diciembre.
- 2) **Artículos 4, 5 y 7 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido 37/1992, de 29 de Diciembre.**
- 3) **Artículos 11 a) y 12 de la Directiva 69/335/CEE del Consejo, de 17 de Julio de 1969**, relativa a los impuestos que gravan la concentración de capitales.
- 4) **Artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores 24/1988, de 28 de Julio**, interpretado por la sentencia de esta Sala de 30 de Abril de 2004, y *artículo 31* de la Constitución Española.
- 5) **Artículo 120 de la Ley General Tributaria de 28 de Diciembre de 1963.**

SEGUNDO

En el **primer motivo de casación**, la recurrente, frente al criterio de la sentencia recurrida, que considera que cualquier transmisión de valores de sociedades cuyo activo esté constituido al menos en un cincuenta por ciento por inmuebles es susceptible de gravamen, privando, en consecuencia, de relevancia a la circunstancia de que la sociedad cuyas acciones se transmiten desarrolle desde su constitución una actividad empresarial de explotación de instalaciones deportivas y recreativas, alega que el *artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores* debe ser interpretado de forma sistemática, teniendo en cuenta el conjunto de las normas reguladoras de la imposición indirecta, y de forma teleológica de modo que su aplicación sólo puede tener lugar cuando la transmisión de valores implica la transmisión indirecta de bienes que hubieran sido gravados por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en el caso de que hubiera tenido lugar la transmisión directa de los mismos, por lo que cuando el *artículo 108* dispone que la transmisión de valores está exenta del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y del Impuesto sobre el Valor Añadido, no está declarando su sujeción con carácter general a ambos impuestos y su simultánea exención, sino estableciendo la exención en uno de ambos impuestos, el que resulte aplicable.

Por ello entiende que hay que acudir al *artículo 7.5* del Texto Refundido del ITP que declara no sujetas las transmisiones empresariales y, en cualquier caso, las entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al IVA, salvo las transmisiones que gocen de exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido.

En definitiva, mantiene que la norma reconduce la tributación de los valores a la de la transmisión de los propios inmuebles, pero dentro del marco general de la tributación de las transmisiones inmobiliarias en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, de modo que no estarán sometidas a tributación aquellas operaciones que no habrían estado sujetas, si se hubieran efectuado de manera directa, por aplicación del *artículo 7.5* del Texto Refundido del Impuesto, como ocurriría en el presente caso, por tratarse de una transmisión empresarial, puesto que sobre los inmuebles que han dado lugar a la liquidación impugnada existe un campo de golf y sus instalaciones recreativas accesorias objeto de una explotación empresarial por parte de una sociedad mercantil.

En apoyo de su tesis, cita la resolución del TEAC de 15 de Julio de 2004 que, a la hora de decidir si la transmisión de las acciones representativas del capital de una sociedad explotadora de un parque de atracciones cuyo activo estaba compuesto mayoritariamente por bienes inmuebles debía tributar de acuerdo con el *artículo 108.2*, se remite al IVA, cuyo *artículo 5* excluye del concepto de edificación los inmuebles por destino, llegando a la conclusión de que la operación no tenía por objeto una transmisión encubierta de inmuebles, sino la entrega de un negocio en funcionamiento.

Por su parte, en el **segundo motivo** se denuncia la contravención por la sentencia impugnada de la normativa reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido al considerar aplicable el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales a la transmisión indirecta de bienes que, de haber sido transmitidos directamente, hubieran tributado por el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Según la recurrente, aunque el *artículo nº 4* de la *Ley del IVA* excluye del ámbito del Impuesto sobre las Transmisiones Patrimoniales a las operaciones sujetas al IVA, con la excepción de las transmisiones de valores contemplados en el *artículo 108 de la ley del Mercado de Valores*, esta última posibilidad no ampara, en modo alguno, el gravamen de la transmisión indirecta de activos afectos a actividades empresariales, sino que tiene por única finalidad posibilitar el gravamen de la transmisión indirecta de inmuebles sujetos, pero exentos de IVA, cuando se elude con ello el pago del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales que habría ocasionado la transmisión directa del inmueble, que nunca tiene lugar cuando se trata de auténticas transmisiones de activos empresariales en los que es factible la renuncia a la exención del IVA, o se trata de operaciones no sujetas o de bienes que ni siquiera tienen la consideración de inmuebles/edificaciones a efectos del IVA.

TERCERO

Dada la ínfima conexión de estos motivos procede el examen conjunto de los mismos.

El *artículo 108 de la Ley 24/1988*, según la redacción dada por la *disposición adicional 12ª de la ley 18/1991*, de 6 de junio, establece una regla general de exención, tanto en el Impuesto sobre el Valor Añadido, como en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, para la transmisión de valores, pero sujetando estas operaciones a este último impuesto en su modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas siempre que representen partes del capital social de entidades cuyo activo esté constituido, al menos en un 50%, por inmuebles, y cuando el adquirente, a consecuencia de dicha transmisión, obtenga una posición tal que le permita ejercer el control de la entidad.

Se trata de una norma cautelar para evitar que la transmisión de inmuebles bajo la apariencia de una transmisión de valores no tribute por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, que incluye, tras establecer una exención de las transmisiones de valores en el IVA y en el Impuesto sobre Transmisiones, no el gravamen de las transmisiones de los valores, sino un supuesto de hecho que determina el devengo del Impuesto de Transmisiones en todos los casos excepcionales de las exenciones.

Cabe recordar que la Exposición de Motivos de la *Ley 24/1988, de 28 de Julio, de Mercado de Valores explicaba la justificación del artículo 108* señalando que “con objeto de atender la propuesta de la Directiva de la Comunidad Económica Europea relativa a los impuestos indirectos sobre las transacciones de valores, la exención prevista en el Impuesto sobre el Valor Añadido para las operaciones sujetas al mismo se hace extensiva al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Se ha pretendido asimismo, de acuerdo con lo previsto en la citada propuesta de Directiva, establecer medidas para tratar de salir al paso de la elusión del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en la Transmisión de bienes inmuebles, mediante la interposición de figuras societarias”.

De esta forma tiene en cuenta también sus antecedentes, ya que el *artículo 40 de la ley 50/1977, de 14 de Noviembre, de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal*, introdujo en nuestro sistema tributario medidas, entre otras, las de lucha contra la elusión del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales mediante la interposición de sociedades, precedente de gran valor también para la interpretación del posterior *artículo 108 de la ley 24/1988, de 28 de Julio*, que sustituyó al citado *artículo 40 de la ley 50/1977*.

Esta Sala, para atender la solicitud de la recurrente, acordó, por Auto de 24 de Septiembre de 2009, interesar el pronunciamiento prejudicial del Tribunal de Justicia, si bien en relación con la existencia de un posible conflicto entre el *artículo 108 de la ley 24/1988* y los *artículos 11 y 12 de la antigua Directiva 69/335/ CEE*, relativa a los Impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, sobre si los Estados miembros podían establecer medidas destinadas a evitar la transmisión de bienes inmuebles mediante la interposición

de figuras societarias, con independencia del ánimo antielusorio, afectando, en consecuencia, también a las transmisiones de valores aunque no se hubiera buscado tal interposición para eludir la tributación, y, en cualquier caso, si la norma resultaba aplicable también a la transmisión de valores de entidades que desarrollaban una actividad económica y los inmuebles estaban afectos a la misma.

Pues bien, ante la respuesta dada por el Tribunal de Justicia, hay que estimar que el **artículo 108.2 de la ley 24/1988 no da opción alguna a la posibilidad de valorar la concurrencia o no del ánimo tendencial de encubrir una transmisión de inmuebles a través de una operación de adquisición de valores mobiliarios, al prever la aplicación del gravamen del Impuesto sobre Transmisiones a toda clase de operaciones de valores mobiliarios que cumplan las dos circunstancias previstas.**

Por otra parte, también expresa el Tribunal que la normativa comunitaria no distingue entre sociedades patrimoniales y sociedades que desarrollan una actividad económica, por lo que hay que entender que, en principio, la Ley no excluye de gravamen las transmisiones de valores que denotan la transmisión de un negocio en funcionamiento.

Podrá achacarse a la norma controvertida que, constituyendo, conforme a la legislación sobre el IVA: el hecho imponible cualquier entrega o prestación de servicios, sea habitual u ocasional, que realicen los empresarios y los profesionales, y aunque se encuentre exenta la transmisión de valores o participaciones, no efectúe distinción alguna en función de los sujetos intervinientes de la transmisión, haciendo abstracción, por tanto, de la posible condición de sujeto pasivo del IVA del transmitente.

Asimismo podrá mantenerse que la sujeción al impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales exige que se cumplan los requisitos generales contenidos en el *artículo 7.5* del Texto Refundido del Impuesto, que no pueden concurrir en las operaciones realizadas por los sujetos pasivos del IVA, sino cuando la operación esté exenta, y no se den los presupuestos que hacen posible en estos casos la renuncia a la exención.

Sin embargo, toda esta problemática no tiene sentido en el presente litigio, dado que el transmitente era una persona física, que no tenía la condición de empresario, por lo que la operación quedaba excluida de tributación por IVA en concepto de entrega de bienes, como así lo admitieron las partes cuando otorgaron la correspondiente escritura.

Por lo expuesto, procede desestimar los dos primeros motivos del recurso.

CUARTO

En el **tercer motivo** se cuestiona la compatibilidad del *artículo 108* de la ley del Mercado de Valores con los *artículos 11. a) y 12 de la Directiva 69/335/CEE* del Consejo de 17 de Julio de 1969, que ha sido avalada por el Auto resolutorio de la cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Ante la respuesta recibida declarando que lo dispuesto en el *artículo 12, apartado 1 a) de la Directiva* posibilita que los Estados miembros perciban un impuesto en caso de transmisión de valores mobiliarios que tenga las características que establece la norma española, la parte pretende, en el escrito final, acogerse a la precisión que efectúa el Tribunal de que la normativa debe interpretarse y aplicarse “respetando las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado FUE”, argumentando que el *artículo 108 es, por su propio diseño, incompatible con la libertad de establecimiento (artículo 49)* y con la libre circulación de capitales (*artículo 63*), ya que solo gravaría aquellos supuestos en los que se adquieran acciones de sociedades españolas con un porcentaje determinado de activos inmobiliarios, y si se trata de inmuebles situados en España, no estando nunca gravados ni la adquisición de acciones de sociedades extranjeras en los mismos supuestos, ni tampoco la adquisición de acciones de sociedades españolas con inmuebles situados fuera del territorio nacional.

Esta problemática no fue, sin embargo, planteada en ningún momento en el proceso, ni considerada por la sentencia impugnada, no razonándose tampoco en cuanto a una eventual aplicación de las normas que consagran tales libertades a una situación como la del litigio.

QUINTO

En el **cuarto motivo** de casación se denuncia la infracción del *artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores*, y de la jurisprudencia relativa al mismo (constituida por la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Abril de 2004) y del *artículo 31* de la Constitución.

Considera la recurrente que la aplicación de dicho precepto y la sentencia invocada permiten interpretar que la base imponible de la operación debería ser la parte del valor de los bienes inmuebles proporcional a los títulos objeto de la transmisión determinante del control de la sociedad propietaria de dichos inmuebles. No hacerlo así estima que iría contra el principio de capacidad económica reconocido en el *artículo 31* de la Constitución Española.

Procede aceptar este motivo, pues la interpretación que defiende la recurrente ha sido consolidada por la jurisprudencia de esta Sala.

La última de las sentencias dictadas sobre esta cuestión es de fecha 26 de Mayo de 2011, casación 6263/2008, en la que se cita la de 4 de junio de 2010, recaída en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 2372005, haciendo referencia esta última, a su vez, a la de 30 de Abril de 2004, en la que se desestimó el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional que había estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un contribuyente que había realizado en el año 1992 una adquisición de acciones de una sociedad cuyo activo estaba constituido fundamentalmente por bienes inmuebles, pasando la participación de aquél en el capital de un 44,14% a un 79,14%.

Basta atenernos a la doctrina que hemos sentado, y a la que nos remitimos, para estimar el motivo, lo que hace innecesario pronunciarnos sobre la también alegada vulneración del principio de capacidad económica.

SEXTO

Finalmente, en el **último motivo** la recurrente considera vulnerado el *artículo 120 de la Ley General Tributaria de 1963*, en cuanto la sentencia recurrida confirma la denegación acordada de la práctica de la comprobación administrativa y de la correspondiente liquidación definitiva del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, pese a que había alegado y probado que la existencia de acciones penales contra el transmisor de las acciones que dieron lugar a la liquidación del Impuesto imposibilitaba la adecuada prueba de las circunstancias concurrentes.

El *artículo 120 de la LGT de 1963* atribuía el carácter de definitivas a “a) las practicadas previa comprobación administrativa del hecho imponible, haya mediado o no liquidación provisional”, y a “c) las que no hayan sido comprobadas dentro del plazo que se señale en la ley de cada tributo, sin perjuicio de la prescripción”.

De dicho precepto se desprende que en ningún caso se exige que la Administración deba realizar la comprobación administrativa del hecho imponible y, por ello, no impone a la Administración la necesidad de que practique una liquidación definitiva.

De ello se deduce que la comprobación de valores no es un deber de la Administración, sino, más bien, una facultad de la misma, sin que, por tanto, exista un supuesto derecho del contribuyente a obtener una comprobación y una liquidación definitiva respecto de una autoliquidación realizada.

En el presente caso el sujeto pasivo presentó la declaración-liquidación el 22 de Abril de 1997 en relación con la escritura otorgada el 20 de Agosto de 1993 pero con constancia de su improcedencia. Acto seguido en 1997 solicitó la devolución de lo ingresado alegando la procedencia de la exención, lo que le fue denegado en 17 de Abril de 1998, girándose en 18 de Mayo siguiente una liquidación complementaria provisional por los mismos importes declarados, incrementados en el importe del interés de demora, al comprobar que la autoliquidación del sujeto pasivo había sido presentada de forma extemporánea.

Pues bien, al no haber efectuado la Comunidad Autónoma comprobación de los valores hay que reconocer que no procedía la liquidación definitiva pretendida, lo que comporta la desestimación del motivo.

SÉPTIMO

Estimado el cuarto motivo, en virtud de lo establecido en el *artículo 95.2d) de la Ley Jurisdiccional*, corresponde ahora resolver el debate en los términos en los que aparece suscitado, debiendo entenderse y, por las mismas razones, en contra de lo manifestado por la sentencia recurrida, que la base imponible en la transmisión de las acciones de la sociedad Inmobiliaria la Manga, S.A debía estar constituida por el resultado de aplicar al valor total declarado de los bienes inmuebles que integraban el activo de dicha entidad (972.999.989 ptas) el porcentaje de participación social adquirido de D. Maximiliano por la entidad Inmgolf, S.A, (0,49%).

OCTAVO

No procede hacer imposición de costas en la instancia, debiendo satisfacer cada parte las causadas en este recurso.

FALLAMOS

PRIMERO.- Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto por la entidad Inmogolf S.A, contra la sentencia de 25 de Octubre de 2004 dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sección Segunda), que se casa y anula en cuanto confirma que la liquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas, debe girarse sobre la totalidad del valor de los inmuebles declarados.

SEGUNDO.- Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por Inmogolf S.A, contra la resolución del TEAC de 12 de Septiembre de 2001, que se confirma, salvo en el extremo relativo al cálculo de la base imponible, que deberá estar constituida por el resultado de aplicar al total declarado de los bienes inmuebles que integraban el activo de la entidad Inmobiliaria La Manga, S.A, el porcentaje de participación social adquirido (0,49%).

TERCERO.- No hacer imposición de costas en la instancia ni en casación.