

# Universidad Miguel Hernández de Elche

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche

## MÁSTER UNIVERSITARIO EN ASESORIA FISCAL



**UNIVERSITAS**  
*Miguel Hernández*

UNIVERSITAS Miguel Hernández

**“La prevención de la elusión fiscal en las operaciones inmobiliarias, con especial referencia al artículo 338 de la Ley de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión”**

Trabajo de Fin de Máster

Curso académico 2024/2025



Autor: Cristian Ñeco Bueno

Tutor: Juan Benito Gallego López

## **ÍNDICE**

- 1. Abreviaturas**
- 2. Introducción o planteamiento de la cuestión**
- 3. Marco teórico y conceptual**
  - 3.1. Las operaciones inmobiliarias: Naturaleza, complejidad, enfoque societario y normativa aplicable**
    - 3.1.1. Operaciones inmobiliarias entre empresas**
    - 3.1.2. Normativa aplicable a las operaciones inmobiliarias**
      - 3.1.2.1. Impuestos indirectos: ITPAJD E IVA**
      - 3.1.2.2. Impuestos directos**
      - 3.1.2.3. Ley General Tributaria como norma transversal: el conflicto en la aplicación de la norma tributaria**
  - 3.2. Los mercados de valores y su implicación en las operaciones inmobiliarias**
    - 3.2.1. Implicación de los mercados de valores en las operaciones inmobiliarias**
  - 3.3. Evasión fiscal, Elusión fiscal y Economía de opción**
- 4. Evolución de la normativa nacional en la lucha contra la elusión fiscal en las operaciones inmobiliarias**
  - 4.1.El artículo 108 de la Ley de Mercado de Valores**
    - 4.1.1. Orígenes del artículo 108 LMV: De norma antielusoria a instrumento de recaudación de las Comunidades Autónomas**
    - 4.1.2. Criterios jurisprudenciales incluidos en la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de prevención del fraude fiscal**
    - 4.1.3. Incompatibilidad del artículo 108 LMV con normas de rango superior**
      - 4.1.3.1.Incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea**
      - 4.1.3.2. Incompatibilidad con la Constitución Española**
  - 4.2. El artículo 314 TRLMV: la refundición y sistematización de la norma antielusoria**
  - 4.3.El Artículo 338 de la Ley de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión: Normativa actual**
    - 4.3.1. Ámbito de aplicación de la exención general y su proyección sobre los mercados secundarios**
    - 4.3.2. Tributación en el IRPF del transmitente**

- 4.3.3. Supuestos de excepción a la exención en imposición indirecta.**
  - 4.3.3.1.Ámbito de aplicación limitado**
  - 4.3.3.2.Excepción abierta por finalidad elusiva**
  - 4.3.3.3.Consecuencias de la no exención**
- 4.3.4. Presunción “iuris tantum” de elusión por obtención o incremento del control en sociedades con activos constituidos principalmente por inmuebles**
- 4.3.5. Presunción iuris tantum de elusión en la transmisión de valores procedentes de aportaciones de inmuebles realizadas en constituciones o ampliaciones de capital en los tres años anteriores**
- 4.4. Los criptoactivos y la elusión fiscal en operaciones societarias: especial referencia a los *security tokens***
  - 4.4.1. Introducción**
  - 4.4.2. Los *security tokens* como instrumentos equivalentes a acciones y participaciones sociales.**
  - 4.4.3. Aplicabilidad del artículo 338 LMVSI a los *security tokens***
- 5. Conclusiones**
- 6. Anexos: Normativa relevante**
- 7. Bibliografía**

## 1. Abreviaturas

BOE	Boletín Oficial del Estado
CNMV	Comisión Nacional de Mercado de Valores
DGT	Dirección General de Tributos
IP	Impuesto sobre el Patrimonio
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IS	Impuesto de Sociedades
ISD	Impuestos de Sucesiones y Donaciones
ITPAJD	Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
LH	Ley Hipotecaria
LMV	Ley de Mercado de Valores
LMVSI	Ley de Mercado de Valores y Servicios de Inversión
LGT	Ley General Tributaria
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEAC	Tribunal Económico-Administrativo Central
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLITPAJD	Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
TRLMV	Texto Refundido de la Ley de Mercado de Valores

## **2. Introducción y planteamiento de la cuestión.**

El presente trabajo se enmarca en un contexto de creciente sofisticación en el diseño de estructuras societarias utilizadas para canalizar operaciones económicas, especialmente en sectores de alto valor como el inmobiliario. Esta complejidad no es necesariamente problemática en sí misma; al contrario, responde muchas veces a necesidades legítimas de organización empresarial, financiación o diversificación de riesgos. No obstante, dichas estructuras pueden ser instrumentalizadas para alcanzar resultados tributarios más beneficiosos, sin que exista una auténtica motivación económica subyacente que justifique la forma jurídica elegida.

Una de las técnicas más comunes consiste en la creación de sociedades vehículo (denominadas habitualmente “sociedades patrimoniales” o “sociedades inmobiliarias”) cuyo único activo o activo predominante es un bien inmueble. En lugar de transmitir directamente dicho inmueble —hecho que generaría, por regla general, la obligación de pagar IVA o ITPAJD, según corresponda—, el transmitente vende las participaciones sociales de la sociedad que lo posee. En términos jurídicos, se transmite una sociedad; en términos económicos, se transmite un inmueble.

Por ejemplo, imaginemos una sociedad limitada cuya única actividad consiste en la tenencia de un edificio de oficinas. Si un inversor quiere adquirir ese inmueble, puede hacerlo comprando directamente el bien (lo que conllevaría la tributación por IVA o ITPAJD), o bien comprando el 100 % de las participaciones sociales de la sociedad que lo posee. En este segundo caso, en función del contexto, la operación podría estar exenta de tributación indirecta, resultando mucho más económica. Este tipo de estructuras, aunque formalmente legales, pueden suponer una elusión del impuesto que se habría devengado en una transmisión directa.

Desde la perspectiva del legislador tributario, este uso artificioso de la personalidad jurídica plantea una amenaza para los principios de equidad tributaria y neutralidad del sistema fiscal. La preocupación se intensifica en contextos donde este tipo de operaciones se multiplican, erosionando la base imponible de impuestos como el ITPAJD o el IVA. Es aquí donde aparece la necesidad de establecer mecanismos correctores específicos, como lo fueron en su momento el art. 108 de la LMV, el art. 314 TRLMV y como el actual artículo 338 de la Ley 6/2023, que actúan como cláusulas

antiabuso dirigidas a reencauzar la tributación conforme a la realidad económica de las operaciones.

De este modo, estos mecanismos no cuestionan la validez civil o mercantil de la operación, si no que permiten que la administración reinterprete sus efectos fiscales para evitar resultados que desvirtúen la finalidad de la norma tributaria. En conclusión, se trata de evitar que la envoltura jurídica de la operación, es decir, la transmisión de acciones o participaciones oculte su sustancia económica real, que no es otra cosa que la transmisión de un inmueble.

### **3. Marco teórico y conceptual**

En el presente apartado vamos a abordar los conceptos fundamentales para poder facilitar el entendimiento y análisis del tema que nos ocupa en el presente trabajo. Además nos permitirá contextualizar el fenómeno de la elusión fiscal en el ámbito de las operaciones inmobiliarias, con especial atención a la transmisión de valores y su tratamiento fiscal.

#### **3.1. Las operaciones inmobiliarias: Naturaleza, complejidad, enfoque societario y normativa aplicable**

Las operaciones inmobiliarias constituyen todas aquellas transacciones que giran en torno a la adquisición, enajenación, explotación o cesión de derechos sobre bienes inmuebles. Estas operaciones tienen un peso específico en el tráfico jurídico y económico, dado el elevado valor de los activos implicados y su especial consideración tributaria. Pueden adoptar formas jurídicas diversas como la compraventa, el arrendamiento, la aportación no dineraria, la permuta, la constitución de derechos reales (usufructo, superficie, etc.), entre otras.

Desde una perspectiva fiscal, las operaciones inmobiliarias se encuentran sometidas a un régimen jurídico-fiscal fragmentado y de elevada complejidad, dado que no existe en el ordenamiento tributario español una normativa unitaria que regule la totalidad de los tributos que pueden incidir sobre dichas operaciones. En consecuencia, su tratamiento fiscal depende de una pluralidad de normas dispersas —tanto estatales como autonómicas y locales—, cuya aplicación se ve condicionada por diversos factores determinantes.

Entre estos factores destacamos, la naturaleza del inmueble (por ejemplo, si se trata de un terreno rústico, una edificación en curso, una vivienda usada, un local comercial o un solar edificable), el tipo de operación realizada (compraventa, permuta, donación, arrendamiento, aportación no dineraria, constitución de derechos reales, etc.) y la condición jurídica del sujeto interviniente (persona física, sociedad mercantil, promotor inmobiliario, profesional autónomo, entidad patrimonial pasiva, etc.) determinarán el marco tributario aplicable y los impuestos exigibles en cada caso concreto.

De este modo, una misma operación inmobiliaria puede generar tributación por distintas figuras impositivas como el IVA, el ITPAJD, el IRPF o el IS.

A continuación, se presentan ejemplos de operaciones inmobiliarias sujetas a cada uno de estos impuestos:

- **IVA:** La compraventa de una vivienda de nueva construcción entre una promotora inmobiliaria y un particular está sujeta a IVA (generalmente al tipo del 10%).  
*Ejemplo:* Una promotora vende un piso recién construido a un comprador particular por 200.000 €. Esta operación tributa por IVA, no por ITP.
- **ITPAJD:** La adquisición de una vivienda usada entre particulares está sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, no al IVA.  
*Ejemplo:* Un particular compra un piso de segunda mano a otro particular por 180.000 €. Esta operación está gravada por ITP, cuyo tipo varía según la comunidad autónoma.
- **IRPF:** La venta de un inmueble por parte de una persona física puede generar una ganancia o pérdida patrimonial, que debe incluirse en su declaración del IRPF.  
*Ejemplo:* Una persona vende un piso que compró hace 10 años por 100.000 € y lo vende por 150.000 €. La ganancia de 50.000 € tributa en su IRPF como ganancia patrimonial.
- **IS:** Cuando una sociedad mercantil realiza la venta de un inmueble, el beneficio obtenido se integra en su base imponible y tributa en el Impuesto sobre Sociedades.  
*Ejemplo:* Una empresa dedicada al alquiler de oficinas vende uno de sus locales por un valor superior al contable, generando un beneficio que deberá incluir en su liquidación del IS.

### 3.1.1. Operaciones inmobiliarias entre empresas

Cuando las operaciones inmobiliarias se producen entre sociedades mercantiles o empresarios, entran en juego elementos de mayor complejidad jurídica y fiscal. Este nivel adicional de complejidad obedece a que, en el ámbito empresarial, la eficiencia en la asignación de recursos y la optimización del resultado económico constituyen principios básicos de las entidades con ánimo de lucro. De este modo, la variable fiscal se incorpora de forma coherente a los procesos de planificación y toma de decisiones empresariales, favoreciendo a que estas desarrollen estructuras societarias que permitan articular las mencionadas operaciones inmobiliarias a través de las vías que permitan una fiscalidad más beneficiosa. Esta tendencia, plenamente coherente con la lógica económica empresarial, genera un amplio debate en torno a la delimitación entre la legítima planificación fiscal y las estrategias que pueden desembocar en supuestos de elusión o evasión tributaria.

Algunas de estas estrategias son las siguientes:

- **Las operaciones intragrupo**, que son todas aquellas operaciones que se llevan a cabo entre empresas vinculadas, es decir, entre entidades que están relacionadas por vínculos de participación, control o dirección común según lo establecido en el artículo 18 de la Ley del IS.
- **La creación de empresas vehículo**, que, por su parte, son aquellas sociedades creadas específicamente para desarrollar una operación concreta, normalmente con fines financieros, inmobiliarios o de inversión. Un ejemplo muy visual es cuando una promotora inmobiliaria crea una sociedad vehículo, llamada "**Promociones SL**", con el único fin de adquirir un solar, construir un edificio de viviendas y vender las unidades. Una vez terminado el proyecto, la sociedad toma dos caminos, la disolución o mantenerse para gestionar los beneficios obtenidos.

No obstante, este es un tema que se atenderá de una forma más detallada en apartados siguientes.

### 3.1.2. Normativa aplicable a las operaciones inmobiliarias

#### 3.1.2.1. Impuestos indirectos: ITPAJD e IVA

Las operaciones inmobiliarias están tradicionalmente sujetas a alguno de los dos principales impuestos indirectos del sistema tributario español: el ITPAJD y el IVA. La determinación del tributo aplicable depende, en gran medida, de la naturaleza jurídica del transmitente y de las características del inmueble, siendo uno de los elementos clave la condición de empresario o profesional del sujeto interviniente.

De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA, se consideran empresarios o profesionales *“las personas o entidades que realicen actividades empresariales o profesionales”*<sup>1</sup>. Esta condición incluye a los promotores inmobiliarios, las sociedades mercantiles que alquilan o venden inmuebles como parte de

---

<sup>1</sup> Artículo 5 de la Ley del IVA. Concepto de empresario o profesional.

*“Uno. A los efectos de lo dispuesto en esta Ley, se reputarán empresarios o profesionales:*

*a) Las personas o entidades que realicen las actividades empresariales o profesionales definidas en el apartado siguiente de este artículo.*

*No obstante, no tendrán la consideración de empresarios o profesionales quienes realicen exclusivamente entregas de bienes o prestaciones de servicios a título gratuito, sin perjuicio de lo establecido en la letra siguiente.*

*b) Las sociedades mercantiles, salvo prueba en contrario.*

*c) Quienes realicen una o varias entregas de bienes o prestaciones de servicios que supongan la explotación de un bien corporal o incorpóral con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo.*

*En particular, tendrán dicha consideración los arrendadores de bienes.*

*d) Quienes efectúen la urbanización de terrenos o la promoción, construcción o rehabilitación de edificaciones destinadas, en todos los casos, a su venta, adjudicación o cesión por cualquier título, aunque sea ocasionalmente.*

*e) Quienes realicen a título ocasional las entregas de medios de transporte nuevos exentas del Impuesto en virtud de lo dispuesto en el artículo 25, apartados uno y dos de esta Ley.*

*Los empresarios o profesionales a que se refiere esta letra sólo tendrán dicha condición a los efectos de las entregas de los medios de transporte que en ella se comprenden.*

*Dos. Son actividades empresariales o profesionales las que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.*

*En particular, tienen esta consideración las actividades extractivas, de fabricación, comercio y prestación de servicios, incluidas las de artesanía, agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción, mineras y el ejercicio de profesiones liberales y artísticas.*

*A efectos de este impuesto, las actividades empresariales o profesionales se considerarán iniciadas desde el momento en que se realice la adquisición de bienes o servicios con la intención, confirmada por elementos objetivos, de destinarlos al desarrollo de tales actividades, incluso en los casos a que se refieren las letras b), c) y d) del apartado anterior. Quienes realicen tales adquisiciones tendrán desde dicho momento la condición de empresarios o profesionales a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido.”*

su objeto económico, y, en ciertos casos, personas físicas que realicen actividad de forma organizada con medios materiales y humanos.

La distinción entre empresarios y no empresarios es esencial, ya que condiciona el régimen impositivo aplicable:

- Si la transmisión es realizada por un empresario o profesional en el ejercicio de su actividad, la operación estará sujeta a IVA.
- Si no lo es, la operación quedará sujeta a ITPAJD, en su modalidad de TPO.

El ITPAJD, regulado por el Real Decreto Legislativo 1/1993<sup>2</sup>, se aplica comúnmente a las transmisiones de inmuebles entre particulares o cuando el transmitente no actúa como empresario. El tributo se articula en tres modalidades: transmisiones patrimoniales onerosas (TPO), actos jurídicos documentados (AJD) y operaciones societarias (OS). En operaciones inmobiliarias, es habitual la sujeción en la modalidad de TPO (como en la compraventa de viviendas de segunda mano) o en AJD (cuando la operación formalizada en escritura pública accede al Registro de la Propiedad y no está sujeta a IVA).

Por su parte, el IVA, regulado por la Ley 37/1992<sup>3</sup>, se aplica generalmente a transmisiones inmobiliarias efectuadas en el marco de una actividad empresarial o profesional. Las entregas de edificaciones nuevas, como por ejemplo, la primera transmisión por parte del promotor, están sujetas al impuesto. No obstante, las segundas y posteriores transmisiones de edificaciones están exentas, salvo que se produzca una renuncia a la exención, en cuyo caso opera el mecanismo de inversión del sujeto pasivo.

Cabe recalcar que ambos tributos son excluyentes entre sí, y una operación sujeta a IVA no está sujeta a TPO, aunque puede estarlo a AJD si cumple los requisitos exigidos. Esta dualidad ha sido aprovechada históricamente por determinados operadores para diseñar estructuras de transmisión societaria, mediante la compraventa de participaciones sociales en lugar del activo inmobiliario, con el objetivo de eludir la tributación indirecta.

---

<sup>2</sup> Real decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. (s. f.). BOE. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1993-25359>

<sup>3</sup> Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido. (s. f.). BOE. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-28740&p=20250123&tn=1#a5>

### 3.1.2.2. Impuestos directos

Desde el punto de vista de la tributación directa, las operaciones inmobiliarias pueden generar ganancias patrimoniales sujetas al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) o al Impuesto sobre Sociedades (IS), dependiendo de si el transmitente es una persona física o jurídica.

En el caso de personas físicas, la ganancia o pérdida patrimonial derivada de la transmisión de un inmueble tributa en la base del ahorro del IRPF, conforme a lo establecido en los artículos 33 a 40 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre<sup>4</sup>, teniendo en cuenta el valor de adquisición y el valor de transmisión, corregidos por determinados gastos y tributos satisfechos.

En el ámbito del IS, regulado por la Ley 27/2014<sup>5</sup>, las rentas generadas por la transmisión de activos inmobiliarios forman parte del resultado contable del ejercicio.

También puede verse implicado el IP en el caso de tenencia de bienes inmuebles por personas físicas, así como el ISD cuando el inmueble se transmite por actos lucrativos inter vivos o mortis causa.

### 3.1.2.3. Ley General Tributaria como norma transversal: el conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

Como es lógico, las operaciones inmobiliarias, al igual que cualquier otro hecho con relevancia tributaria, se encuentran sometidas al marco general establecido por la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria<sup>6</sup>. Esta norma, de carácter básico y transversal, regula los principios generales del ordenamiento tributario, los procedimientos de gestión, inspección y recaudación de tributos, así como los derechos y obligaciones de los contribuyentes y las potestades de la Administración tributaria.

---

<sup>4</sup> Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas Y de modificación parcial de las Leyes de los impuestos sobre Sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el Patrimonio. (s. f.). BOE. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-20764&p=20250401&tn=2>

<sup>5</sup> Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. (s. f.-b). BOE. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-12328>

<sup>6</sup> Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. (s. f.). BOE. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23186>

De esta manera, las operaciones inmobiliarias, aun cuando estén reguladas de forma específica por normas fiscales como el ITPAJD, el IVA o el artículo 338 de la LMVSI, también se ven afectadas por las disposiciones generales de la LGT. En este contexto, adquieren especial importancia las normas destinadas a evitar el abuso del ordenamiento tributario, especialmente en aquellas operaciones que, bajo una apariencia jurídica válida, persiguen únicamente una finalidad fiscal.

Es por ello, que en el marco del presente trabajo, centrado en la prevención de la elusión fiscal en operaciones inmobiliarias, resulta imprescindible destacar los artículos 15 y 16 de la LGT, por su especial función antiabuso.

El artículo 15<sup>7</sup> regula la figura del conflicto en la aplicación de la norma tributaria, entendida como la utilización artificiosa o impropia de formas jurídicas para obtener un ahorro fiscal contrario a la finalidad perseguida por la norma. Se trata de un mecanismo general de prevención de la elusión, que permite a la Administración reconfigurar la operación desde el punto de vista tributario cuando se acredite que carece de sustancia económica y que su motivación principal es tributaria. El Tribunal Supremo en sus sentencias 862/2024, de 20 de Mayo de 2024 y 1429/2018, de 2 de julio de 2020, se ha encargado de delimitar su ámbito de aplicación.

Por su parte, el artículo 16, relativo a las operaciones entre personas o entidades vinculadas, exige que estas se valoren a precio de mercado, evitando así que se utilicen vínculos societarios o personales para trasladar rentas o modificar bases imponibles de forma artificiosa. Aunque su aplicación se concentra especialmente en el ámbito del

---

<sup>7</sup> Artículo 15. Conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

*“1. Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurran las siguientes circunstancias:*

*a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.*

*b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.*

*2. Para que la Administración tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el artículo 159 de esta ley.*

*3. En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora.”*

Impuesto sobre Sociedades, también puede tener consecuencias relevantes en operaciones inmobiliarias realizadas entre partes vinculadas, como la compraventa entre empresas del mismo grupo.

### **3.2. Los mercados de valores y su implicación en las operaciones inmobiliarias.**

Los mercados de valores constituyen el espacio en el que se negocian instrumentos financieros, como acciones, bonos, obligaciones y otros títulos emitidos por entidades públicas o privadas. Su principal función económica consiste en canalizar el ahorro hacia la inversión, por lo que permiten a las empresas captar financiación y a los inversores obtener rentabilidad.

Desde el punto de vista jurídico, los mercados de valores están regulados actualmente por la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión. Esta Ley, donde se encuentra normativizado el art. 338 LMVSI, regula el funcionamiento de los mercados financieros, los requisitos de emisión y negociación de valores, las entidades participantes y los mecanismos de supervisión, bajo la autoridad de la CNMV.

#### **3.2.1. Implicación de los mercados de valores en las operaciones inmobiliarias**

Aunque los mercados de valores tienen una finalidad financiera genuina, en la práctica también pueden ser utilizados como vehículos para estructurar operaciones con implicaciones fiscales relevantes. Un ejemplo claro se encuentra en el ámbito inmobiliario, donde en ocasiones se recurre a la transmisión de acciones o participaciones de sociedades inmobiliarias en lugar de la transmisión directa del inmueble.

Esta técnica permite, en apariencia, evitar la tributación indirecta (por ejemplo, el ITPAJD o el IVA) al tratarse formalmente de una operación sobre valores mobiliarios, tradicionalmente exenta. Sin embargo, cuando el único activo real de la sociedad transmitida es un inmueble no afecto a una actividad económica, la operación encubre una transmisión inmobiliaria en sentido económico, generando un potencial supuesto de elusión fiscal. Es en estos supuestos, donde entra en juego la aplicación del artículo 338 LMVSI, que establece la sujeción de la operación al ITP como si se tratara de una transmisión directa del inmueble, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el mismo.

Adicionalmente, la Administración podría valorar si concurren circunstancias que justifiquen la aplicación del mencionado artículo 15 de la LGT, relativo al conflicto en la aplicación de la norma tributaria, en aquellos casos en que la operación se articule con la finalidad principal de obtener una ventaja fiscal contraria al espíritu de la norma.

### **3.3. Evasión fiscal, Elusión fiscal y economía de opción**

Atendiendo a las consecuencias que pueden derivarse de estas prácticas, resulta imprescindible precisar los conceptos de evasión y elusión fiscal, términos que, pese a su similitud morfológica, es decir, su parecido en la forma y estructura lingüística, responden a realidades jurídicas y económicas claramente diferenciadas, especialmente en lo que respecta a sus implicaciones normativas. Del mismo modo, se vuelve necesario establecer distinciones con la economía de opción, figura que, aunque comparte ciertos elementos con la elusión, se fundamenta en principios distintos y se enmarca dentro de la legalidad tributaria.

#### **a) Evasión fiscal**

La evasión fiscal constituye una conducta ilícita mediante la cual el obligado tributario incumple deliberadamente sus deberes fiscales, utilizando medios fraudulentos como la ocultación de ingresos, la falsedad documental, la omisión de declaraciones o la utilización de estructuras societarias ficticias. En el ámbito inmobiliario, un ejemplo clásico de evasión fiscal lo constituye la transmisión de un inmueble en Alicante por un precio de venta de 300.000 euros, pero ambas partes acuerdan verbalmente escriturarla por 180.000 euros, coincidiendo este importe con el valor de referencia catastral asignado al inmueble. De este modo, el comprador liquida el ITP únicamente sobre esos 180.000 euros y el vendedor también declara esa cantidad como valor de transmisión en su IRPF, reduciendo artificialmente, en el caso de que se haya generado, la ganancia patrimonial obtenida. Aunque formalmente no infringen el mínimo legal exigible, ya que el valor declarado no está por debajo del valor de referencia, en realidad se oculta una parte sustancial del precio, que se abona en efectivo sin reflejo documental.

Desde el punto de vista normativo, la evasión fiscal da lugar a infracciones administrativas sancionadas conforme a los artículos 183<sup>8</sup> y 191<sup>9</sup> de la Ley 58/2003, General Tributaria y, en los casos más graves —cuando la cuantía defraudada supera los 120.000 euros por ejercicio y tributo—, puede constituir un delito contra la Hacienda Pública, tipificado en el artículo 305 del Código Penal<sup>10</sup>.

## **b) Elusión fiscal**

Por su parte, la elusión fiscal consiste en aquellas prácticas mediante las cuales un contribuyente, sin infringir formalmente el ordenamiento jurídico, busca reducir o evitar su carga tributaria utilizando vacíos legales, estructuras jurídicas artificiosas o interpretaciones forzadas de las normas. Aunque estos comportamientos no conllevan una vulneración directa de la ley, desvirtúan su finalidad.

A diferencia de la evasión, la elusión opera dentro de la legalidad formal, pero puede ser cuestionada por la Administración tributaria cuando detecta que se ha actuado en contra del espíritu de la norma. En este contexto, uno de los ejemplos más significativos y que será objeto central de análisis en este trabajo, es el de la venta de participaciones en sociedades patrimoniales cuyo único activo es un bien inmueble. Esta

---

<sup>8</sup> Artículo 183. Concepto y clases de infracciones tributarias.

*“1. Son infracciones tributarias las acciones u omisiones dolosas o culposas con cualquier grado de negligencia que estén tipificadas y sancionadas como tales en esta u otra ley.*

*2. Las infracciones tributarias se clasifican en leves, graves y muy graves.*

*3. Las infracciones y sanciones en materia de contrabando se regirán por su normativa específica.”*

<sup>9</sup> Artículo 191. Infracción tributaria por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación.

*“1. Constituye infracción tributaria dejar de ingresar dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo la totalidad o parte de la deuda tributaria que debiera resultar de la correcta autoliquidación del tributo, salvo que se regularice con arreglo al artículo 27 o proceda la aplicación del párrafo b) del apartado 1 del artículo 161, ambos de esta ley.*

*También constituye infracción tributaria la falta de ingreso total o parcial de la deuda tributaria de los socios, herederos, comuneros o partícipes derivada de las cantidades no atribuidas o atribuidas incorrectamente por las entidades en atribución de rentas.*

*La infracción tributaria prevista en este artículo será leve, grave o muy grave de acuerdo con lo dispuesto en los apartados siguientes.*

*La base de la sanción será la cuantía no ingresada en la autoliquidación como consecuencia de la comisión de la infracción.”*

<sup>10</sup> *“El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos [...] siempre que la cuantía [...] exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años...”* (Artículo 305.1 del Código Penal español, LO 10/1995).

operación, cada vez más habitual en el ámbito inmobiliario, permite formalmente evitar el devengo del impuesto indirecto correspondiente, al articular la transmisión no como una compraventa directa del inmueble, sino como una transmisión de títulos representativos del capital social de una entidad. De esta forma, la operación se canaliza por una vía jurídicamente distinta, aunque en la práctica el efecto económico perseguido, que es la transmisión del bien inmueble, se produce de manera sustancialmente idéntica.

Es precisamente en supuestos como este donde el ordenamiento interno contempla mecanismos genéricos, como el conflicto en la aplicación de la norma tributaria regulado en el artículo 15 de la LGT, que permite corregir los efectos fiscales de operaciones artificiales, así como mecanismos sectoriales, como el artículo 338 de la Ley de Mercado de Valores, cuya importancia y aplicación en la prevención de la elusión fiscal constituyen el eje central de este trabajo y serán analizados en los apartados siguientes.

A nivel europeo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha consolidado el principio del abuso de derecho en sentencias como *Halifax* (C-255/02) y *Cadbury Schweppes* (C-196/04). Este principio supone que los contribuyentes no pueden invocar las normas comunitarias de forma abusiva para obtener ventajas fiscales que no responden a una finalidad económica real. No obstante, el TJUE también ha precisado que la aplicación de este principio exige una base probatoria objetiva por parte de la Administración, y que su utilización debe respetar el principio de seguridad jurídica y el principio de proporcionalidad. Así lo establece, entre otras, la Sentencia de 9 de julio de 2009, en la que el TJUE analizó una fusión empresarial instrumental cuyo objetivo era eludir el pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales, sosteniendo que el mero uso de las posibilidades ofrecidas por el Derecho comunitario no constituye per se abuso. Para que este exista, se exige una base probatoria objetiva que demuestre la inexistencia de una finalidad económica legítima y una utilización artificial de las normas para obtener un beneficio fiscal indebido.

La jurisprudencia insiste, además, en que el abuso de derecho no puede presumirse ni deducirse de la mera discrepancia entre la conducta del contribuyente y el criterio administrativo. La aplicación de este principio requiere una valoración individualizada de cada caso, basada en hechos verificables y siempre respetando los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad. Como también ha reconocido el Tribunal Supremo español en su sentencia de 1 de febrero de 2006, no basta con constatar una apariencia lícita en la operación: es necesario que concurren circunstancias objetivas (anormalidad en el

ejercicio del derecho) y subjetivas (ausencia de interés económico legítimo o voluntad de eludir la norma), que permitan calificar la conducta como abusiva<sup>11</sup>.

En definitiva, este tipo de prácticas, si bien no vulneran de manera directa una norma tributaria concreta, puede ser cuestionada por la Administración y recalificadas conforme a su verdadera realidad. El ejemplo citado representa con claridad la frontera entre la alternativa fiscal permitida —legítima— y la elusión fiscal susceptible de reproche jurídico, y justifica el creciente interés doctrinal y administrativo por delimitar con precisión los márgenes de actuación del contribuyente en el diseño de sus operaciones inmobiliarias.

### **c) Economía de opción**

Esa alternativa fiscal permitida no es otra que la denominada economía de opción, concepto que hace referencia al ejercicio, por parte del contribuyente, del derecho a escoger entre diversas posibilidades previstas por el ordenamiento jurídico, optando por aquella que conlleve una menor carga tributaria, sin que ello implique una actuación fraudulenta o artificiosa. Se trata, por tanto, de una conducta legítima, amparada tanto por el principio de libertad de empresa como por el de libertad de planificación económica.

Dada su proximidad conceptual con la elusión fiscal, ha sido necesaria la intervención del Tribunal Supremo para su reconocimiento y delimitación. Así, según señala el Alto Tribunal en la STS de 27 de enero de 2010, “la llamada economía de opción sólo puede concurrir en aquellos casos en los que el orden jurídico abre al sujeto distintas posibilidades de actuación... todas igualmente legítimas”, advirtiendo también que “el uso legítimo de la economía de opción tiene como límite la artificiosidad... cuando tiene por exclusiva finalidad la reducción tributaria...”.

Un ejemplo característico en el ámbito inmobiliario sería la decisión de un promotor de constituir una sociedad mercantil para llevar a cabo una promoción de viviendas, en lugar de operar como persona física, con el fin de beneficiarse de un tipo impositivo más favorable en el Impuesto sobre Sociedades. Dicha elección, aunque

---

<sup>11</sup> Revista nº 156. *La presunción de abuso del derecho en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea - El fisco*. (2009, October 1). El Fisco. <http://elfisco.com/articulos/revista-no-156-la-presuncion-de-abuso-del-derecho-en-la-jurisprudencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea>

motivada por criterios fiscales, no resulta reprochable siempre que la sociedad desarrolle una actividad económica real y no constituya una mera estructura formal o pantalla vacía.

#### **4. Evolución de la normativa nacional en la lucha contra la elusión fiscal en las operaciones inmobiliarias.**

##### **4.1. El artículo 108 de la Ley de Mercado de Valores.**

##### **4.1.1. Orígenes del artículo 108 LMV: De norma antielusoria a instrumento de recaudación de las Comunidades Autónomas**

El artículo 108 de la LMV tiene su origen en el artículo 40 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, el cual fue desarrollado por la Orden de 14 de enero de 1978; normas promovidas en el marco de la gran reforma fiscal de la Transición Española. Con el fin de contextualizar, en el momento en el que el legislador tomó la iniciativa de introducir en el ordenamiento interno este primer mecanismo antielusorio, no existía el IVA, se aplicaba en su lugar el Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas, ni las Comunidades Autónomas –actuales recaudadoras del ITPAJD–, y España aún no concebía en un horizonte cercano su unión a la entonces Comunidad Económica Europea – Actual Unión Europea. Sin embargo, el precepto nació como una disposición de marcado carácter antielusorio, cuya finalidad inicial era evitar “*la elusión de la tributación de la transmisión de inmuebles en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales-Transmisiones Onerosas, gravando como transmisión de inmuebles la de participaciones en sociedades mercantiles en supuestos muy concretos y determinados*”<sup>12</sup>. Con el final de la Transición española llegaron muchos cambios, entre ellos la anexión a la CEE en 1986, lo cual conllevó a la Administración a dejar atrás décadas de obsolescencia normativa e institucional, y adquirir compromisos de convergencia y armonización legislativa para cumplir las exigencias del derecho comunitario. En este contexto, nace la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores que fue desarrollada con el objetivo principal de modernizar, liberalizar y regular el mercado de valores. Esta ley, además de permitirnos la transposición de Directivas

---

<sup>12</sup> DELGADO GONZÁLEZ, A. F. (s. f.). Los problemas de legalidad de una norma excesiva. el artículo 108 de la Ley de Mercado de Valores. *IIIARANZADI LA LEY*.

comunitarias como la Directiva 79/279/CEE, la Directiva 80/390/CEE y la Directiva 89/298/CEE, ayudando de esta manera a alinear el sistema financiero español con el marco europeo, nos trajo la creación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) y el art. 108 de la LMV.

El artículo 108 de la LMV, en su texto original determinaba como supuesto de hecho *“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.”*<sup>13</sup>

La finalidad principal del precepto era impedir el uso de estructuras societarias como mecanismo para sortear la tributación indirecta en operaciones relacionadas con bienes inmuebles. Es decir, se buscaba evitar que mediante estas prácticas se eludiese el pago de las responsabilidades tributarias al amparo de la transmisión de participaciones sociales, las cuales estaban exentas en virtud de la propia norma.

Sin embargo, esta concepción inicial basada en la lucha contra la simulación y la elusión fiscal cambió de manera significativa con la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de prevención del fraude fiscal. A través de esta reforma, el artículo 108 LMV dejó de concebirse como una norma antielusoria para convertirse en un hecho imponible autónomo y de aplicación general, alcanzando todas aquellas transmisiones de participaciones que cumplieran con los criterios previstos, al margen de la intención de elusión fiscal de los adquirentes [Delgado González, 2011, p. 1-2]. De este modo, lo que en un inicio fue un precepto destinado a garantizar que la transmisión de activos inmobiliarios estuviese sometida a la fiscalidad correspondiente, acabó transformándose en un instrumento utilizado para ampliar la base imponible de las Comunidades Autónomas, al garantizar que todas las transmisiones de participaciones en sociedades con activos inmobiliarios estuvieran sometidas al ITPAJD, con independencia de la existencia de simulación o ánimo defraudatorio.

---

<sup>13</sup> BOE-A-1988-18764 Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. (n.d.). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1988-18764&p=20151024&tn=1#a108>

#### **4.1.2. Criterios jurisprudenciales incluidos en la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de prevención del fraude fiscal.**

Como ya se ha mencionado en el apartado anterior, la Ley 36/2006 contribuyó en gran medida a la desnaturalización del artículo 108 LMV. Sin embargo, esto no fue un fenómeno aislado que se diese de manera inmediata con la entrada en vigor de la ley, sino que fue el resultado de una confluencia de criterios interpretativos administrativos y, sobre todo, de pronunciamientos judiciales, que, tratando de dar respuesta a conflictos interpretativos, encontraron su santificación en esta.

De esta manera, varios han sido los criterios jurisprudenciales incluidos en la Ley 36/2006, entre los que es relevante destacar los siguientes:

En primer lugar, en cuanto a los criterios de valoración se fijó que *“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”*, es decir, debe prevalecer el valor real de los inmuebles para determinar el peso del activo inmobiliario respecto del activo total. Hasta la llegada de la Ley, uno de los aspectos que más generaba controversia consistía en determinar si el valor de los activos que debía tenerse en cuenta a efectos del cómputo era el valor contable o el de mercado. En este sentido, el criterio adoptado en la norma fue previamente sentado por la DGT, por la TEAC, así como por el Tribunal de Justicia de Madrid, en su Sentencia 946/2004, de 15 de octubre (NFJ019628).

En segundo lugar, la base imponible se determina mediante *“la parte proporcional sobre el valor real de la totalidad de las partidas del activo que, a los efectos de la aplicación de esta norma, deban computarse como inmuebles, que corresponda al porcentaje total de participación que se pase a tener en el momento de la obtención del control o, una vez obtenido, onerosa o lucrativamente, dicho control, al porcentaje en el que aumente la cuota de participación.”* El art. 108, en su texto original no precisaba si la obtención del control y, por tanto, la sujeción al ITPAJD suponía la obligación a liquidar este teniendo en cuenta el valor de mercado de la totalidad de los bienes inmuebles o si la base imponible debía ser a efectos del porcentaje de control obtenido. Como era de esperar hubo disparidades de criterios entre la DGT, que mediante sus contestaciones se posicionó a favor de que la base imponible estuviese compuesta por la totalidad y, los tribunales de justicia, que se posicionaban a favor de la interpretación opuesta, como fue

el caso de la Audiencia Nacional en su Sentencia de 5 de noviembre de 1998 (NFJ007388).

Finalmente, y a posterior de que el Tribunal Supremo consolidase jurisprudencia a través de las Sentencias de 30 de abril de 2004 (NFJ017026) y 17 de mayo de 2006 (NFJ023556), la Ley 36/2006 adoptó la posición del alto tribunal resolviendo este debate doctrinal sobre el criterio de la determinación de la base imponible.

Asimismo, la Ley 36/2006 estableció en el art. 108.2: *“tratándose de sociedades mercantiles, se entenderá obtenido dicho control cuando directa o indirectamente se alcance una participación en el capital social superior al 50 por 100. A estos efectos se computarán también como participación del adquirente los valores de las demás entidades pertenecientes al mismo grupo de sociedades”*

En este caso, el legislador redefinió de manera extensiva el hecho imponible afectando a la definición del supuesto de hecho y a la determinación del cómputo del porcentaje de control. Este criterio, que se adoptó con el fin de evitar que las adquisiciones indirectas<sup>14</sup> y las adquisiciones a través de filiales que no adquieren control no tributasen al no tener cabida en el texto original, supuso que los grupos de sociedades se consideren como un único sujeto pasivo, lo que conlleva con este criterio que las adquisiciones de sociedades con inmuebles entre sociedades del mismo grupo no estén sujetas, ya que como bien se indica en la Consulta Vinculante de 20 de noviembre de 2007 (NFC027854), en una operación de transmisión dentro del grupo no se devenga ITPAJD, ya que tal control ni se obtiene ni se modifica, sigue al 100%.

Para concluir, resulta fundamental destacar que, si bien los diversos criterios analizados han contribuido a clarificar y resolver ciertas controversias doctrinales en torno a la norma original del 1988, su adopción en la Ley 36/2006 supuso una práctica casi automática y desvinculada de su propósito original. Lo que en un principio fue concebido como un instrumento dirigido a combatir la elusión fiscal en operaciones con sociedades de activo inmobiliario, se ha transformado en la configuración de un hecho imponible de carácter general. Esta evolución normativa ha desdibujado su naturaleza de

---

<sup>14</sup> Por adquisiciones indirectas debemos entender aquellas adquisiciones de sociedades que, sin disponer de inmuebles de forma directa, tenían el control de sociedades con inmuebles. Por su parte, por adquisiciones a través de filiales que no adquieren control, se debe entender la adquisición de una sociedad con inmuebles a través de varias filiales, de forma que ninguna de ellas obtiene un capital social superior al 50%.

norma antielusoria, generando además un profundo debate doctrinal y jurisprudencial respecto a su legitimidad, particularmente en relación con principios constitucionales fundamentales como la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley y la tributación conforme a la capacidad económica<sup>15</sup>.

#### **4.1.3. Incompatibilidad del artículo 108 LMV con normas de rango superior**

La evolución del artículo 108 LMV, al convertirse en un hecho imponible autónomo de alcance generalizado, no solo desdibujó su finalidad antielusoria inicial, sino que también lo colocó en una posición jurídica comprometida frente a normas superiores tanto en el ámbito del Derecho de la Unión Europea como en la Constitución Española.

##### **4.1.3.1 Incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea**

En primer lugar, nos encontramos ante una posible incompatibilidad del art. 108.2 de la LMV con la Directiva 2006/112/CE, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del IVA. Esta norma marco contempla en su artículo 135.1.f)<sup>16</sup> una exención para las operaciones relativas a acciones, participaciones en sociedades o asociaciones, obligaciones y demás valores.

Las principales dudas interpretativas que planteó esta cuestión giraron en torno a dos puntos fundamentales:

Por un lado, si la exención del IVA recogida en la Directiva puede dar lugar, de forma indirecta, a que los Estados miembros apliquen un tributo alternativo, como el ITP, que no permite la deducción del impuesto soportado.

Por otro lado, si la exención prevista debería poder ser objeto de renuncia voluntaria por el sujeto pasivo, al igual que ocurre en el caso de transmisiones de terrenos y edificaciones sujetas a IVA.

No obstante, el TEAC, en su resolución de 16 de febrero de 2005 (NFJ019577), y algunos Tribunales Superiores de Justicia, como el del País Vasco en su sentencia de 7 de

---

<sup>15</sup> DELGADO GONZÁLEZ, A. F. (s. f.). Los problemas de legalidad de una norma excesiva. el artículo 108 de la Ley de Mercado de Valores. *IIIARANZADI LA LEY*.

<sup>16</sup> “Los Estados miembros eximirán las operaciones siguientes: las operaciones, incluida la negociación, pero exceptuados el depósito y la gestión, relativas a acciones, participaciones en sociedades o asociaciones, obligaciones y demás títulos– valores, con excepción de los títulos representativos de mercaderías y los derechos o títulos enunciados en el apartado 2 del artículo 15.”

marzo del mismo año, han desestimado estas alegaciones. Los fundamentos principales de sus pronunciamientos han sido, por un lado, la falta de precisión de la Directiva, lo que impediría atribuirle efectos directos en esta materia; y por otro, la ausencia de una obligación expresa de someter a IVA aquellas transmisiones de acciones que, aunque encubren operaciones inmobiliarias, no lo son formalmente<sup>17</sup>.

Adicionalmente, la Comisión Europea, a través de la Unidad de Control de la Aplicación de la Normativa Comunitaria y de las Ayudas Estatales/Impuestos Indirectos, respaldó la compatibilidad del artículo 108.2 de la LMV con la Directiva basándose en los siguientes argumentos:

En primer lugar, la renuncia a la exención del IVA es una opción facultativa que la normativa europea concede a los Estados miembros, sin imponer su adopción. Por tanto, el hecho de que el legislador español no haya previsto esa posibilidad no constituye una infracción del Derecho de la Unión.

En segundo lugar, la propia Directiva prohíbe únicamente la imposición de tributos con la naturaleza de un impuesto sobre el volumen de negocios. Como el ITP no comparte esa naturaleza, su aplicación no vulnera lo dispuesto por la norma comunitaria.

Por último, en cuanto a la jurisprudencia del TJUE, especialmente la Sentencia C-196/04, que limita el uso de cláusulas antiabuso cuando no exista una estructura artificiosa, la Comisión ha considerado que dicha doctrina no es extrapolable al caso español, al no estar implicada la libertad de establecimiento.

#### **4.1.3.2. Incompatibilidad con la Constitución Española**

A nivel interno, las últimas versiones del artículo 108 LMV plantearon tensiones con principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico como el que se debatió en torno al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos regulado en el art. 9.3 CE. Esta controversia se fundamenta en que, al convertirse el art. 108 de la LMV en una norma de aplicación casi automática e independiente de la intención de eludir tributos, la disposición podría calificarse de arbitraria al crear una presunción *iuris et de*

---

<sup>17</sup> Pérez-Bustamante, D., & Bastida Peydro, M. (s. f.). EL ARTÍCULO 108 DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES: UNA REVISIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES MÁS RELEVANTES RECAÍDAS EN TORNO A SU INTERPRETACIÓN. *EL ARTÍCULO 108 DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES: UNA REVISIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES MÁS RELEVANTES RECAÍDAS EN TORNO A SU INTERPRETACIÓN*.

*iure* de simulación que no permite valorar la realidad jurídica y económica de cada operación<sup>18</sup>.

#### **4.2. El artículo 314 TRLMV: la refundición y sistematización de la norma antielusoria.**

Tras la experiencia jurídica acumulada alrededor del artículo 108 LMV, y en el contexto de la necesidad de sistematización y actualización de la normativa financiera, el legislador llevó a cabo la refundición de la Ley del Mercado de Valores mediante el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre. Esta norma, conocida como TRLMV, tuvo como uno de sus principales propósitos unificar y ordenar la regulación dispersa en materia de mercado de valores, adaptándola al contexto jurídico y económico del momento.

En este sentido, el artículo 314 TRLMV asumió la regulación contenida anteriormente en el artículo 108 LMV, integrándola en un texto normativo más coherente y actualizado. El legislador no alteró sustancialmente el supuesto de hecho previsto en la norma original —la transmisión de participaciones en sociedades cuyo activo estuviera integrado, en su mayor parte, por inmuebles ubicados en territorio español—, pero sí la adaptó al nuevo esquema técnico y legislativo del TRLMV. El resultado fue la conservación de la finalidad antielusoria inicial en un texto legislativo que aspiraba a garantizar una mayor seguridad jurídica para contribuyentes, operadores e inversores.

A pesar de esta operación de refundición, el artículo 314 TRLMV no resolvió los principales desafíos jurídicos heredados de la norma original. Las tensiones interpretativas y críticas doctrinales que acompañaron al artículo 108 LMV, especialmente en lo relativo a la compatibilidad con principios básicos del Derecho de la Unión Europea y del ordenamiento constitucional español, continuaron presentes en el nuevo precepto. Por este motivo, con la promulgación de la Ley 6/2023, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión, el legislador acometió una nueva revisión de esta materia, plasmada en el actual artículo 338 de la LMVSI, para adaptarla a un entorno

---

<sup>18</sup> DELGADO GONZÁLEZ, A. F. (s. f.). Los problemas de legalidad de una norma excesiva. el artículo 108 de la Ley de Mercado de Valores. *IIIARANZADI LA LEY*

normativo más claro y garantizar un equilibrio adecuado entre la finalidad antielusoria y la seguridad jurídica de los contribuyentes.

#### **4.3. El Artículo 338 de la Ley de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión: Normativa actual.**

En el BOE del 18 de marzo de 2023, se publica la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión. Esta nueva Ley deroga expresamente aquellas disposiciones cuyo contenido es objeto de regulación por ella, como son el propio Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, donde se encontraba el ya mencionado art. 314 de la TRLMV.

Es por ello, que el actual artículo 338, pese a no haber sufrido muchos cambios desde la redacción del art. 108 con la Ley 36/2006, representa el último paso en la evolución normativa de una disposición destinada a combatir la elusión fiscal inmobiliaria a través de transmisiones de participaciones sociales.

A lo largo de este apartado nos centraremos en su estudio, pero para facilitar su comprensión y análisis es oportuno, antes de nada, transcribir la norma en su redacción actual:

***“Artículo 338. Exención del Impuesto sobre el Valor Añadido y del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.***

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

*2. Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el apartado anterior las transmisiones de valores no admitidos a negociación en un mercado secundario oficial realizadas en el mercado secundario, que tributarán en el impuesto al que estén sujetas como transmisiones onerosas de bienes inmuebles, cuando mediante tales transmisiones de valores se hubiera pretendido eludir el pago de los tributos que habrían gravado la transmisión de los inmuebles propiedad de las entidades a las que representen dichos valores.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, se entenderá, salvo prueba en contrario, que se actúa con ánimo de elusión del pago del impuesto correspondiente a la transmisión de bienes inmuebles en los siguientes supuestos:*

a) Cuando se obtenga el control de una entidad cuyo activo esté formado en al menos el 50 por ciento por inmuebles radicados en España que no estén afectos a actividades empresariales o profesionales, o cuando, una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación en ella.

b) Cuando se obtenga el control de una entidad en cuyo activo se incluyan valores que le permitan ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50 por ciento por inmuebles radicados en España que no estén afectos a actividades empresariales o profesionales, o cuando, una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación en ella.

c) Cuando los valores transmitidos hayan sido recibidos por las aportaciones de bienes inmuebles realizadas con ocasión de la constitución de sociedades o de la ampliación de su capital social, siempre que tales bienes no se afecten a actividades empresariales o profesionales y que entre la fecha de aportación y la de transmisión no hubiera transcurrido un plazo de tres años.

3. En los supuestos en que la transmisión de valores quede sujeta a los impuestos citados sin exención, según lo previsto en el apartado 2 anterior, se aplicarán las siguientes reglas:

1.ª Para realizar el cómputo del activo, los valores netos contables de todos los bienes contabilizados se sustituirán por sus respectivos valores de mercado determinados a la fecha en que tenga lugar la transmisión o adquisición. A estos efectos, el sujeto pasivo estará obligado a formar un inventario del activo en dicha fecha y a facilitarlo a la Administración Tributaria a requerimiento de esta.

En el caso de bienes inmuebles, los valores netos contables se sustituirán por los valores que deban operar como base imponible del impuesto en cada caso, conforme a lo dispuesto en el 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.

2.ª 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 ciento. A estos efectos se computarán también como participación del adquirente los valores de las demás entidades pertenecientes al mismo grupo de sociedades.

3.<sup>a</sup> *En los casos de transmisión de valores a la propia sociedad tenedora de los inmuebles para su posterior amortización por ella, se entenderá a efectos fiscales que tiene lugar el supuesto de elusión definido en las letras a) o b) del apartado anterior. En este caso será sujeto pasivo el accionista que, como consecuencia de dichas operaciones, obtenga el control de la sociedad, en los términos antes indicados.*

4.<sup>a</sup> *En las transmisiones de valores que, conforme al apartado 2, estén sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido y no exentas, que tendrán la consideración de entrega de bienes a efectos del mismo, la base imponible se determinará en proporción al valor de mercado de los bienes que deban computarse como inmuebles. A este respecto, en los supuestos recogidos en el apartado 2.c), la base imponible del impuesto será la parte proporcional del valor de mercado de los inmuebles que fueron aportados en su día correspondiente a las acciones o participaciones transmitidas.*

5.<sup>a</sup> *En las transmisiones de valores que, de acuerdo a lo expuesto en el apartado 2, deban tributar por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, para la práctica de la liquidación, se aplicarán los elementos de dicho impuesto a la parte proporcional del valor de los inmuebles, calculado de acuerdo con las reglas contenidas en su normativa. A tal fin se tomará como base imponible:*

– *En los supuestos a los que se refiere el apartado 2.a), la parte proporcional sobre el valor de la totalidad de las partidas del activo que, a los efectos de la aplicación de este precepto, deban computarse como inmuebles, que corresponda al porcentaje total de participación que se pase a tener en el momento de la obtención del control o, una vez obtenido, onerosa o lucrativamente, dicho control, al porcentaje en el que aumente la cuota de participación.*

– *En los supuestos a los que se refiere el apartado 2.b), para determinar la base imponible solo se tendrán en cuenta los inmuebles de aquellas cuyo activo esté integrado al menos en un 50 por ciento por inmuebles no afectos a actividades empresariales o profesionales.*

– *En los supuestos a que se refiere el apartado 2.c), la parte proporcional del valor de los inmuebles que fueron aportados en su día correspondiente a las acciones o participaciones transmitidas.”*

#### **4.3.1. Ámbito de aplicación de la exención general y su proyección sobre los mercados secundarios:**

El actual artículo 338 de LMVSI establece, al igual que sus predecesores, una exención general del IVA y del ITPAJD para la transmisión de valores, ya estén admitidos o no a negociación en mercados secundarios oficiales. Ahora bien, para delimitar correctamente el ámbito de aplicación de dicha exención, resulta imprescindible identificar tanto los supuestos que se entienden incluidos como aquellos que, por exclusión expresa o interpretación administrativa, quedan fuera de su perímetro.

En primer lugar, deben considerarse incluidas en la exención las transmisiones onerosas de acciones y participaciones sociales en sociedades mercantiles, así como las de obligaciones y otros valores cuya negociación tenga lugar en mercados secundarios, ya sean oficiales o no. En este sentido, la DGT mediante la consulta 0971-04, de 14 de abril de 2004, y más recientemente con la consulta V2832-21, de 16 de noviembre de 2021 ha delimitado con mayor precisión el ámbito de aplicación de la exención. De este modo, toda transmisión onerosa en mercado secundario de títulos representativos de participaciones en entidades que tengan la condición de sujetos pasivos del IS se considera cubierta por el supuesto general de esta exención.

Por el contrario, y haciendo una interpretación a “sensu contrario”, quedan excluidas de la exención las transmisiones de participaciones en entidades sin sujeción al IS, como es el caso de las comunidades de bienes, de las herencias yacentes y, en general, de entes sin personalidad jurídica, como se apunta en las consultas V1883-05, de 28 de septiembre de 2005 y V0625-05, de 14 de abril de 2005.

Por tanto, en los supuestos en los que la transmisión es realizada por particulares la operación queda sujeta y no exenta al ITPAJD en su modalidad de TPO. La tributación, por su parte, se determinará atendiendo a la naturaleza de los bienes que integran el patrimonio de la comunidad o entidad transmitida, como por ejemplo bienes inmuebles.

El ámbito de aplicación de la exención no abarca únicamente la transmisión de valores, si no también los actos preparatorios necesarios para la consecución de estas, como pueden ser las Ofertas Públicas de Adquisición (OPAS), las Ofertas Públicas de Venta (OPVS) o los contratos preparatorios.

Por el contrario, no se incluyen en este sentido la constitución de derechos reales de garantía como la prenda, aunque esta se constituya en garantía de precio aplazado de la transmisión onerosa de valores. Siendo aconsejable en este supuesto, la sustitución de la prenda por la constitución de una condición resolutoria explícita, la cual no está gravada

por el ITPAJD dado que el art. 7.3 del TRLITPAJD grava exclusivamente las condiciones resolutorias en garantía de la transmisión de inmuebles, quedando no sujetas las restantes.

Por último, en lo que se refiere a la modalidad de Actos Jurídicos Documentados del ITPAJD, la transmisión de acciones, participaciones sociales, obligaciones y otros valores no es susceptible de inscripción en el registro mercantil, salvo ciertas obligaciones formales de comunicación. Por tanto, no puede quedar sujeta a la cuota variable del AJD conforme al artículo 31.2 del TRITPAJD. Lo mismo ocurre con la constitución de prenda sobre valores o condición resolutoria sobre las mismas, tampoco es susceptible de quedar sujeta a AJD al no ser inscribibles. Sin embargo, la constitución de prenda puede quedar sujeta a TPO, no así, como ya se ha indicado la constitución de condición resolutoria pues ésta última no se incluye en el hecho imponible de TPO (art. 7.3 TRITPAJD solo contempla las condiciones resolutorias explícitas del art. 11 LH respecto de inmuebles)<sup>19</sup>.

#### **4.3.2. Tributación en el IRPF del transmitente.**

Como ya hemos indicado anteriormente, el art. 338 de LMVSI supone una exención general en la imposición indirecta, es decir, en las modalidades de IVA e ITPAJD. No obstante, desde la perspectiva del IRPF, la transmisión de valores supone una ganancia o pérdida patrimonial, salvo que los valores estén afectos a una actividad económica del contribuyente.

Debemos distinguir dos regímenes; Por un lado, la transmisión de valores admitidos a negociación en mercados regulados, es decir, valores cotizados, las cuales se valorarán por el valor de cotización en la fecha de la operación, o el precio pactado, si este fuera superior según las normas específicas de valoración contenidas en el art. 37.1.a) LIRPF.

Y, por otro lado, la transmisión de otros valores, los cuales podemos mencionar como no cotizados. Por su parte, estas transmisiones salvo prueba de que el precio pactado refleja condiciones normales de mercado, el valor de transmisión deberá ser al menos igual al mayor de los siguientes (art. 37.1.b) LIRPF)<sup>20</sup>:

---

<sup>19</sup> Informe fiscal septiembre 2023. Estado actual de las transmisiones de valores | Notarios y Registradores. (n.d.). <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/fiscal/informes-mensuales-fiscal/informe-fiscal-septiembre-2023-estado-actual-de-las-transmisiones-de-valores/#PARTE0>

<sup>20</sup> Artículo 37. Normas específicas de valoración.

- El valor del patrimonio neto correspondiente a los valores transmitidos, teniendo en cuenta el último balance cerrado que sea anterior al momento del devengo.
- El valor resultante de capitalizar al 20 % el promedio de los beneficios de los tres últimos ejercicios, incluyendo dividendos y reservas, pero excluyendo regularizaciones y actualizaciones de balances.

---

*“1. Cuando la alteración en el valor del patrimonio proceda:*

*a) De la transmisión a título oneroso de valores admitidos a negociación en alguno de los mercados regulados de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, y representativos de la participación en fondos propios de sociedades o entidades, la ganancia o pérdida se computará por la diferencia entre su valor de adquisición y el valor de transmisión, determinado por su cotización en dichos mercados en la fecha en que se produzca aquélla o por el precio pactado cuando sea superior a la cotización.*

*El importe obtenido por la transmisión de derechos de suscripción procedentes de estos valores tendrá la consideración de ganancia patrimonial para el transmitente en el período impositivo en que se produzca la citada transmisión.*

*Cuando se trate de acciones parcialmente liberadas, su valor de adquisición será el importe realmente satisfecho por el contribuyente. Cuando se trate de acciones totalmente liberadas, el valor de adquisición tanto de éstas como de las que procedan resultará de repartir el coste total entre el número de títulos, tanto los antiguos como los liberados que correspondan.*

*b) De la transmisión a título oneroso de valores no admitidos a negociación en alguno de los mercados regulados de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, y representativos de la participación en fondos propios de sociedades o entidades, la ganancia o pérdida se computará por la diferencia entre su valor de adquisición y el valor de transmisión.*

*Salvo prueba de que el importe efectivamente satisfecho se corresponde con el que habrían convenido partes independientes en condiciones normales de mercado, el valor de transmisión no podrá ser inferior al mayor de los dos siguientes:*

*El valor del patrimonio neto que corresponda a los valores transmitidos resultante del balance correspondiente al último ejercicio cerrado con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto.*

*El que resulte de capitalizar al tipo del 20 por ciento el promedio de los resultados de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto. A este último efecto, se computarán como beneficios los dividendos distribuidos y las asignaciones a reservas, excluidas las de regularización o de actualización de balances.*

*El valor de transmisión así calculado se tendrá en cuenta para determinar el valor de adquisición de los valores o participaciones que corresponda al adquirente.*

*El importe obtenido por la transmisión de derechos de suscripción procedentes de estos valores o participaciones tendrá la consideración de ganancia patrimonial para el transmitente en el período impositivo en que se produzca la citada transmisión.*

*Cuando se trate de acciones parcialmente liberadas, su valor de adquisición será el importe realmente satisfecho por el contribuyente. Cuando se trate de acciones totalmente liberadas, el valor de adquisición, tanto de éstas como de las que procedan, resultará de repartir el coste total entre el número de títulos, tanto los antiguos como los liberados que correspondan.”*

### 4.3.3. Supuestos de excepción a la exención en imposición indirecta

#### 4.3.3.1. Ámbito de aplicación limitado.

Las excepciones a la exención solo se aplican a las transmisiones de valores en mercados secundarios que no estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial. Por tanto, no se aplican a transmisiones excluidas de la exención general, es decir participaciones en comunidades de bienes, entes sin personalidad jurídica y sociedades civiles que no sean sujetos pasivos del IS. Tampoco afectan a transmisiones realizadas en el mercado primario, como constituciones o aumentos de capital, ni a aportaciones a fondos propios sin aumento de capital, ya que estas además de desenvolverse en el seno del mercado primario, no tiene cabida para la aplicación de la excepción.

Del mismo modo ocurre en las aportaciones o participaciones en operaciones de reestructuración empresarial, que, en principio, gozan de un régimen de neutralidad fiscal y así lo ha recalcado la DGT en la consulta V0068-12, de 18 de enero de 2012, considerando que no incurre en la excepción cuando la entidad ya tenía el control de las entidades iniciales. En el mismo sentido falló la administración tributaria en la más reciente V1557-23, del 6 de junio de 2023, en la que se planteó una operación de fusión y posterior escisión total. A lo que la DGT respondió: *“no concurre el primero de los requisitos anteriormente citados para la aplicación del artículo 314 del TRLMV, pues no se produce transmisión de valores, sino la transmisión de la totalidad del patrimonio de la sociedad escindida a las tres nuevas sociedades, que, en contraprestación, entregarán a los socios de aquella una participación en su capital, lo que constituye una operación propia del mercado primario y no del mercado secundario, por lo que, en tal caso, la referida operación no quedaría sometida al artículo 314 del TRLMV”*<sup>21</sup>.

Únicamente se aplica esta excepción a las transmisiones de valores no admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, con esta afirmación se ha dado inicio al presente apartado. Sin embargo, sobre esta afirmación debemos señalar algunas salvedades, y es que sí podría aplicarse en el caso de las aportaciones no dinerarias en la constitución y/o aumento de capital, en los que, aunque el contravalor se recibe en el mercado primario, la aportación queda insertada en el mercado secundario.

---

<sup>21</sup> Consultas de la D.G. Tributos: Buscador. (n.d.). <https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/>

#### **4.3.3.2.Excepción “abierta” por finalidad elusiva.**

A diferencia de lo ya visto en los artículos 108 LMV y 314 TRLMV, nos encontramos ante una excepción abierta para cualquier transmisión que pretenda evitar y eludir el pago de las responsabilidades tributarias al amparo de la transmisión de participaciones sociales. En estos supuestos detectados por la Administración, a diferencia de las presunciones “*iuris tantum*” de excepciones a la exención, corresponde a esta en virtud art. 15 de la LGT demostrar dicha finalidad elusiva, recayendo sobre ella la carga de la prueba. “*Así, la consulta de la DGT V1946-22, DE 13/09/2022 considera que la adquisición por una sociedad de una participación minoritaria en otra sociedad cuyo único activo está constituido por un inmueble no afecto a actividad, puede constituir un supuesto de excepción a la exención del art. 314 TRLMV, hoy ; pero, al no incidir en ninguna de las presunciones de excepción, es a la administración a la que incumbe la carga de la prueba.*”<sup>22</sup>

Pese a presentar esta característica, debemos aportar algunas puntualizaciones que nos permitan entender mejor su funcionamiento. Así, a la luz de las presunciones “*iuris tantum*” relativas a las excepciones a la exención, resulta imprescindible que los inmuebles integrados en el patrimonio de la sociedad no se encuentren afectos a una actividad empresarial o profesional, ni que la entidad titular de los mismos tenga la condición de sujeto pasivo del IVA, o que, en su caso, no actúe como tal. En este sentido, la administración tributaria considera en la consulta vinculante V2166-22, de 14 de octubre de 2022, que no hay finalidad elusiva en la transmisión del 100% de las participaciones sociales a un único adquirente cuyo activo está integrado por inmuebles arrendados, si los mismos al estar arrendados resultan afectos a la actividad.

#### **4.3.3.3. Consecuencias de la pérdida de la exención**

En los supuestos en los que no se aplica la exención, la transmisión de valores se somete a tributación indirecta conforme a la naturaleza de los inmuebles subyacentes. Si la operación encubre una entrega de inmueble sujeta y no exenta a IVA, se aplicará este impuesto por el valor de mercado. En caso contrario, corresponderá tributar por el ITPAJD, utilizando para ello el valor de referencia fijado en el artículo 10 del TRITPAJD.

---

<sup>22</sup> Informe fiscal septiembre 2023. Estado actual de las transmisiones de valores | Notarios y Registradores. (n.d.). <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/fiscal/informes-mensuales-fiscal/informe-fiscal-septiembre-2023-estado-actual-de-las-transmisiones-de-valores/#PARTE0>

La determinación de si procede la aplicación de IVA o ITPAJD dependerá de la condición del sujeto pasivo del transmitente, como ya se trató previamente.

Es importante recalcar que la excepción a la exención afecta únicamente a la imposición indirecta, sin que tengan consecuencias en la tributación directa del IRPF ni en el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU).

#### **4.3.4. Presunción “*iuris tantum*” de elusión por obtención o incremento del control en sociedades con activos constituidos principalmente por inmuebles**

El artículo 338 LMVSI establece una presunción *iuris tantum* de elusión fiscal cuando, mediante la adquisición de valores, se obtenga el control de una entidad cuyo activo esté integrado mayoritariamente por bienes inmuebles. Esta presunción admite prueba en contrario, lo que implica que se invierte la carga de la prueba, correspondiendo al contribuyente acreditar la inexistencia de finalidad elusoria. No obstante, debemos recordar que no procederá su aplicación cuando los inmuebles subyacentes estén afectos a una actividad empresarial o profesional, y la entidad que los posea tenga la condición de sujeto pasivo del IVA.

Para que opere esta presunción *iuris tantum*, es imprescindible que el adquirente alcance una posición que le otorgue el control efectivo de la entidad, o que, habiéndolo obtenido con anterioridad, incremente su porcentaje de participación en la misma. Este control puede ejercerse tanto de forma directa, mediante la titularidad personal de las participaciones, como de manera indirecta, a través de la participación en otras entidades que, a su vez, ostenten el control de la sociedad en cuestión. Tal y como se recoge en los apartados 2 y 3 de la norma, la presunción exige que al menos el 50% del activo de la entidad esté compuesto por inmuebles situados en territorio nacional, o se ostente el control de otra entidad cuyo activo esté integrado en al menos un 50% por inmuebles situados en territorio nacional, y en todo caso no estén afectos a actividades empresariales o profesionales.

Sobre esta base, la doctrina administrativa y la jurisprudencia han desempeñado un papel clave en la interpretación de esta presunción, contribuyendo de manera decisiva a perfilar su contorno, establecer sus requisitos de aplicación y delimitar los supuestos concretos en los que resulta procedente su activación.

Así, la consulta de la DGT V1160-20, de 29 de abril de 2020, concluye que no aplica la excepción si la sociedad adquiriente ya tenía el control indirecto y, además, los inmuebles están afectos a la actividad de arrendamiento.

Por su parte, la STS de 11 de septiembre de 2020 (rec. 6530/2017) considera que sí aplica la excepción, y por tanto quedan sujetos a la modalidad de TPO, la adquisición por una persona física de participaciones que le otorgaban el control mediante la transmisión onerosa a una sociedad de la cual ya tenía el control. En este caso, el alto tribunal confirma que sí se puede aplicar la excepción a la exención y someter a TPO la compra de participaciones sociales cuando con ella se toma el control de una sociedad inmobiliaria, aunque la adquisición se haya realizado entre sociedades del mismo grupo familiar o controladas por la misma persona.

En esta misma línea se postula el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia ROJ 6073/2019, en la que falló a favor de la excepción a la exención para el caso de una adquisición de participaciones sociales desde el 50% al 99,99% con la especialidad de que el adquiriente era el cónyuge ganancial del transmitente.

En el supuesto de que se confirme la presunción de elusión, y que efectivamente la transmisión quede sujeta a los impuestos indirectos sin exención, se computarán los activos objeto de la operación por sus “*respectivos valores de mercado a la fecha en que tenga lugar la transmisión o adquisición*”<sup>23</sup>. Teniendo, el sujeto pasivo que elaborar un inventario del activo en dicha fecha y facilitarlo a la administración tributaria. En el caso de que los bienes subyacentes sean inmuebles, los valores netos contables se sustituirán por los valores de referencia previstos en la normativa reguladora del catastro inmobiliario, a la fecha de devengo del impuesto.

En el caso de que no exista dicho valor o este no pueda ser certificado, la resolución del TEAC de 25 de marzo de 2021 (n.º 00/02471/2013/50/00) establece que, en ausencia de valor de referencia y anulada la comprobación de valores, la administración puede aceptar el valor declarado por el contribuyente como valor real. Este criterio solo será aplicable cuando no exista valor de referencia conforme al artículo 10 TRITPAJD.

---

<sup>23</sup> BOE-A-2023-7053 Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión. (n.d.). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-7053>

#### **4.3.5. Presunción iuris tantum de elusión en la transmisión de valores procedentes de aportaciones de inmuebles realizadas en constituciones o ampliaciones de capital en los tres años anteriores.**

Situación análoga nos encontramos con la presunción “iuris tantum” del apartado 2.c): *“Cuando los valores transmitidos hayan sido recibidos por las aportaciones de bienes inmuebles realizadas con ocasión de la constitución de sociedades o de la ampliación de su capital social, siempre que tales bienes no se afecten a actividades empresariales o profesionales y que entre la fecha de aportación y la de transmisión no hubiera transcurrido un plazo de tres años”*

Tal y como se analizó en el supuesto anterior, esta presunción admite prueba en contrario, siendo el contribuyente quien deberá acreditar la ausencia de propósito elusorio en la operación. En este contexto, resulta igualmente esencial destacar que la presunción no será aplicable cuando los bienes aportados estén afectos a una actividad económica y la sociedad titular ostente la condición de sujeto pasivo del IVA, lo cual refuerza la necesidad de analizar el fondo económico de la operación más allá de su apariencia formal.

Una diferencia relevante respecto al supuesto de adquisición del control societario es la existencia de un límite temporal objetivo: una vez transcurrido el plazo de tres años desde la aportación del inmueble, la presunción dejará de ser aplicable, incluso si concurren las restantes condiciones. Esta precisión temporal aporta una mayor certeza jurídica al contribuyente, limitando en el tiempo el alcance de la presunción y estableciendo una frontera clara para su aplicación. Por ejemplo, si una persona física aporta un inmueble valorado en 500.000 euros a una sociedad en la que participa, recibiendo a cambio participaciones sociales, y transcurridos dos años transmite dichas participaciones a un tercero, podría operar la presunción de elusión fiscal, siempre que el inmueble no esté afecto a una actividad empresarial. No obstante, si la transmisión se realiza una vez cumplidos los tres años desde la aportación, la presunción no resultaría aplicable, aun cuando el inmueble siga formando parte del activo de la sociedad y no esté afecto a actividad económica.

Las consecuencias fiscales derivadas de su aplicación dependen del régimen tributario aplicable. Así, en el caso de que la operación resulte sujeta a IVA, la base imponible estará constituida por la parte proporcional del valor de mercado que

corresponda a los inmuebles aportados, en función de la participación transmitida. En caso de tributación por la modalidad de TPO, la base imponible estará integrada por el valor de referencia del inmueble a la fecha del devengo del impuesto, que coincidirá con la fecha de la aportación, en proporción a los valores transmitidos. En aquellos casos en los que no exista valor de referencia o este no pueda ser certificado, y anulada la comprobación de valores realizada por la Administración, se podrá tomar como valor real el valor declarado por el contribuyente, coincidente con el valor neto contable. Este criterio ha sido confirmado por la resolución del TEAC de 25 de marzo de 2021 (n.º 00/02471/2013/50/00).

A continuación, se presenta un ejemplo práctico que nos permita visualizar el funcionamiento de esta presunción y evidenciar sus implicaciones fiscales en la modalidad de TPO.

### **Ejemplo tributación TPO:**

Una persona física realiza una aportación no dineraria consistente en un inmueble urbano valorado en 200.000 euros a una sociedad de nueva creación, recibiendo a cambio 200 participaciones sociales. El inmueble no está afecto a ninguna actividad empresarial o profesional, por lo que la sociedad receptora no tiene la condición de sujeto pasivo de IVA respecto a dicho bien.

Dos años después de la aportación, el aportante transmite 100 participaciones a un tercero. En este supuesto, concurren los requisitos previstos en el artículo 338.2.c) de LMVSI para que opere la presunción *iuris tantum* de elusión fiscal:

- El inmueble aportado no está afecto a una actividad empresarial o profesional.
- La transmisión de las participaciones sociales se produce antes de que transcurran tres años desde la aportación del inmueble.

Como consecuencia, la operación se considera sujeta a la modalidad de TPO, al entenderse que, en realidad, se está produciendo una transmisión encubierta del inmueble aportado. En este caso, la base imponible se determina por el valor de referencia del inmueble a la fecha de aportación, de conformidad con lo previsto en el artículo 10 del TRLITPAJD.

Suponiendo que el valor de referencia del inmueble en dicha fecha es de 200.000 euros, y que se transmite el 50% de las participaciones sociales (100 de las 200

recibidas), la base imponible será proporcional a ese porcentaje, es decir, 50% de 200.000€. Suponiendo que el inmueble se encuentra en la Comunidad Valenciana y que en correspondencia con artículo 13 de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, por la que se regula el tramo autonómico del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y restantes tributos cedidos, el tipo impositivo aplicable es el 9%<sup>24</sup> desde el 1 de junio de 2025. Dando lugar a una cuota tributaria por TPO de 9.000€.

#### **4.4. Los criptoactivos y la elusión fiscal en operaciones societarias: especial referencia a los *security tokens*.**

##### **4.4.1. Introducción.**

En los últimos años, los criptoactivos han emergido como una de las manifestaciones más visibles de la transformación digital del sistema financiero global. Consisten, como apunta el Reglamento MiCA, “*en representaciones digitales de valor o de derechos que pueden aportar grandes ventajas a los participantes en el mercado, incluidos los titulares minoristas de criptoactivos.*”<sup>25</sup> Aunque el fenómeno ha adquirido gran notoriedad por las denominadas criptomonedas, como Bitcoin o Ethereum, lo cierto es que el universo de los criptoactivos es mucho más amplio e incluye *utility tokens*, *security tokens*, *stablecoins*, entre otros.

Es por ello, que en un mundo cada vez más globalizado y digitalizado, estos activos digitales están ganando protagonismo en los mercados financieros y en la

---

<sup>24</sup> Artículo 13. Transmisiones patrimoniales onerosas.

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.1.a) de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, los tipos de gravamen de la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados serán los siguientes:

*Uno. El 9 % en las adquisiciones de inmuebles, así como en la constitución o cesión de derechos reales que recaigan sobre los mismos, salvo los derechos reales de garantía, excepto que sea aplicable alguno de los tipos previstos en los apartados siguientes.*

*No obstante, cuando el valor de los bienes inmuebles transmitidos o del derecho que se constituya o ceda sobre los mismos sea superior a un millón de euros, el tipo aplicable será el 11 %.”*

<sup>25</sup> BOE.es - DOUE-L-2023-80808 Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) nº 1093/2010 y (UE) nº 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937. (n.d.). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2023-80808>

estructura societaria, al permitir la tokenización de derechos económicos y políticos. Los *security tokens* son una subcategoría de criptoactivos que representan instrumentos financieros digitalizados. A diferencia de los tokens de utilidad (*utility tokens*) o de las criptomonedas tradicionales, los *security tokens* confieren a sus titulares derechos comparables a los derivados de acciones, participaciones sociales o bonos, como la percepción de dividendos, el derecho de voto o la participación en beneficios.

La similitud funcional entre los *security tokens* y los instrumentos financieros tradicionales implica que estas nuevas formas de activos deben ser analizadas bajo lupa, ya que el empleo de estos activos digitales en operaciones societarias, tales como aumentos de capital o reestructuraciones, pueden facilitar la creación de estructuras jurídicas complejas o artificiosas, que incrementan el riesgo de elusión fiscal.

En este contexto, resulta esencial examinar cómo la normativa financiera española, en particular el artículo 338 LMVSI, puede aplicarse para combatir prácticas abusivas que utilicen *security tokens* como instrumentos de elusión en operaciones societarias.

#### **4.4.2. Los *security tokens* como instrumentos equivalentes a acciones y participaciones sociales.**

Como hemos recalcado antes, los *security tokens* no son otra cosa que criptoactivos emitidos sobre una red blockchain<sup>26</sup> que confieren a su titular derechos económicos o políticos similares a los derivados de instrumentos financieros tradicionales, como el derecho a participar en juntas de socios o recibir una parte proporcional de los beneficios de una entidad. Su funcionalidad los convierte en vehículos que, a efectos jurídicos y económicos, pueden equipararse a las acciones o participaciones sociales que venimos mencionando en el presente trabajo.

En lo que respecta a su regulación, esta calificación como instrumentos financieros, implica su no regulación por el reciente Reglamento 2023/1114 sobre los mercados de criptoactivos (MiCA), que excluye expresamente de su ámbito de aplicación a los criptoactivos que tengan la consideración de instrumentos financieros conforme a la Directiva 2014/65/UE de 15 de mayo de 2014. En consecuencia, los *security tokens* no

---

<sup>26</sup> Blockchain es un libro de contabilidad compartido e inmutable que facilita el proceso de registro de transacciones y seguimiento de activos en una red empresarial.

están regulados por MiCA, sino por la legislación financiera tradicional aplicable a los mercados de valores, lo que incluye la LMVSI en el ordenamiento español y el MiFID II.

Como ya se ha mencionado, desde el punto de vista societario, los *security tokens* pueden ser utilizados para representar aportaciones al capital social, transmitir derechos de socio o configurar pactos parasociales digitalizados. Su naturaleza les permite integrarse en operaciones tales como aumentos de capital social mediante aportaciones en tokens, reestructuraciones empresariales tokenizadas o incluso en esquemas de fusiones por absorción con intercambio de tokens representativos de acciones. Todo ello con el potencial de escapar al control notarial y registral habitual, y, por tanto, con capacidad para ser instrumentalizados en prácticas elusivas.

#### **4.4.3. Aplicabilidad del artículo 338 LMVSI a los *security tokens***

Como hemos ido tratando en el presente trabajo, artículo 338 de la LMVSI, establece un mecanismo específico antiabuso en el ámbito de los mercados financieros, es decir frente a negocios, contratos u operaciones que tengan como fin eludir la aplicación de los regímenes tributarios indirectos.

Dado que los *security tokens* pueden reunir los elementos propios de un instrumento financiero, según los criterios establecidos por la Directiva MiFID II y reflejados en el artículo 2 de la LMVSI, su utilización en operaciones societarias simuladas o artificiosas podría quedar dentro del ámbito de aplicación de nuestro artículo 338. Es decir, si una operación de aumento de capital, reestructuración empresarial o emisión de participaciones sociales se canaliza a través de *security tokens* con el único fin de eludir obligaciones fiscales, nos podríamos encontrar dentro de los supuestos contemplados como excepción a la exención.

En definitiva, los *security tokens* no escapan al control regulador ni al análisis económico de las operaciones que subyacen tras su emisión y utilización. Cuando se emplean con fines meramente formales o con ausencia de causa económica real, pueden ser objeto de corrección por parte de la CNMV bajo el paraguas del artículo 338 LMVSI, del mismo modo que sucede con estructuras tradicionales basadas en acciones o participaciones sociales ya analizadas previamente.

## 5. Conclusiones.

La complejidad y diversidad de las operaciones inmobiliarias, junto con su creciente vinculación a estructuras societarias y mercados financieros, plantean desafíos significativos en el ámbito tributario, especialmente en la prevención de la elusión fiscal. El marco normativo vigente, aunque ha evolucionado con leyes y artículos específicos como los del mercado de valores, presenta ciertas limitaciones para responder eficazmente a las prácticas elusorias sofisticadas.

El artículo 338 de la LMVSI constituye un instrumento clave en la lucha contra la elusión fiscal en operaciones societarias relacionadas con activos inmobiliarios, al establecer un régimen específico antiabuso que permite intervenir en aquellas operaciones carentes de causa económica real y con finalidad elusiva. No obstante, la delimitación precisa del ámbito de aplicación y la correcta interpretación de las presunciones legales siguen siendo retos importantes para garantizar la efectividad del control tributario.

Por otro lado, la irrupción de los criptoactivos, y en particular de los security tokens, representa una nueva dimensión en la tokenización de derechos económicos y políticos, que puede ser aprovechada tanto para innovar en los mercados financieros como para crear estructuras jurídicas complejas con potencial de elusión fiscal. A pesar de su naturaleza digital, estos tokens deben ser considerados, desde una perspectiva jurídica y económica, equivalentes a acciones o participaciones sociales tradicionales y, por ende, sujetos a la regulación financiera y tributaria vigente.

Sin embargo, la regulación enfrenta un desafío significativo debido a la velocidad de evolución tecnológica y la naturaleza estática de las normas jurídicas. Esta desalineación genera zonas de incertidumbre y puede facilitar prácticas elusorias que escapan a los controles habituales. Por ello, es imprescindible promover una regulación ágil, flexible y actualizable, que integre eficazmente las innovaciones tecnológicas sin perder rigor en el control fiscal y garantizando seguridad jurídica para todos los actores involucrados.

En definitiva, para hacer frente a la elusión fiscal en operaciones inmobiliarias y societarias, especialmente en un entorno cada vez más digitalizado y globalizado, es, y cada vez más, fundamental que exista una adecuada armonización entre normativa tributaria y realidad jurídica, junto con una interpretación coherente y preventiva del marco legal.

## **6. Anexos: Normativa relevante**

### **Texto original del Artículo 108 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.*

*Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el párrafo anterior y tributarán por concepto de «Transmisiones Patrimoniales Onerosas» en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados:*

*1. 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.*

*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.”*

### **Artículo 108 de la LMV tras la reforma de 2006:**

*“1. La transmisión de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, estará exenta del Impuesto sobre el Valor Añadido y del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.*

*2. Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el apartado anterior 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 o mediante cualquier otra forma, de valores, y tributarán por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados como transmisiones onerosas de bienes inmuebles, en los siguientes supuestos:*

*a) Cuando los valores o participaciones transmitidos o adquiridos representen partes alícuotas del capital social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones y otras entidades cuyo activo esté constituido al menos en un 50 por 100 por inmuebles situados en territorio español, o en cuyo activo se incluyan valores que le permitan ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50 por 100 por inmuebles radicados en España, siempre que, como resultado de dicha transmisión o adquisición, el adquirente obtenga una posición tal que le permita ejercer el control sobre esas entidades o, una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación en ellas.*

*A los efectos del cómputo del 50 por 100 del activo constituido por inmuebles, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:*

*1.ª 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.*

*2.ª No se tendrán en cuenta aquellos inmuebles, salvo los terrenos y solares, que formen parte del activo circulante de las entidades cuyo objeto social exclusivo consista en el desarrollo de actividades empresariales de construcción o promoción inmobiliaria.*

*3.ª El cómputo deberá realizarse en la fecha en que tenga lugar la transmisión o adquisición de los valores o participaciones, a cuyos efectos el sujeto pasivo estará obligado a formar un inventario del activo en dicha fecha y a facilitarlo a la Administración tributaria a requerimiento de ésta.*

*4.ª El activo total a computar se minorará en el importe de la financiación ajena con vencimiento igual o inferior a 12 meses, siempre que se hubiera obtenido en los 12 meses anteriores a la fecha en que se produzca la transmisión de los valores.*

*Tratándose de sociedades mercantiles, se entenderá obtenido dicho control cuando directa o indirectamente se alcance una participación en el capital social superior al 50 por 100. A estos efectos se computarán también como participación del adquirente los valores de las demás entidades pertenecientes al mismo grupo de sociedades.*

*En los casos de transmisión de valores a la propia sociedad tenedora de los inmuebles para su posterior amortización por ella, se entenderá a efectos fiscales que tiene lugar el hecho imponible definido en esta letra a). En este caso será sujeto pasivo el accionista que, como consecuencia de dichas operaciones, obtenga el control de la sociedad, en los términos antes indicados.*

*b) Cuando los valores transmitidos hayan sido recibidos por las aportaciones de bienes inmuebles realizadas con ocasión de la constitución o ampliación 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 tres años.*

*3. En las transmisiones o adquisiciones de valores a las que se refiere el apartado 2 anterior se aplicará el tipo correspondiente a las transmisiones onerosas de bienes inmuebles, sobre el valor real de los referidos bienes calculado de acuerdo con las reglas contenidas en la normativa vigente del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. A tal fin se tomará como base imponible:*

*a) En los supuestos a los que se refiere la letra a) del apartado 2 anterior, la parte proporcional sobre el valor real de la totalidad de las partidas del activo que, a los efectos de la aplicación de esta norma, deban computarse como inmuebles, que corresponda al porcentaje total de participación que se pase a tener en el momento de la obtención del control o, una vez obtenido, onerosa o lucrativamente, dicho control, al porcentaje en el que aumente la cuota de participación.*

*Cuando los valores transmitidos representen partes alícuotas del capital social o patrimonio de entidades en cuyo activo se incluya una participación tal que permita ejercer el control en otras entidades, para determinar la base imponible sólo se tendrán en cuenta los inmuebles de aquellas cuyo activo esté integrado al menos en un 50 por 100 por inmuebles.*

*b) En los supuestos a que se refiere la letra b) del apartado 2 anterior, la parte proporcional del valor real de los inmuebles que fueron aportados en su día correspondiente a las acciones o participaciones transmitidas.*

*4. Las excepciones reguladas en el apartado 2 de este artículo no serán aplicables a las transmisiones de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial,*

*siempre que la transmisión se produzca con posterioridad al plazo de un año desde la admisión a negociación de dichos valores. A estos efectos, para el cómputo del plazo de un año no se tendrán en cuenta aquellos períodos en los que se haya suspendido la negociación de los valores.*

*No obstante, cuando la transmisión de valores se realice en el ámbito de ofertas públicas de venta o de ofertas públicas de adquisición, no será necesario el cumplimiento del plazo previsto en el párrafo anterior.”*

#### **Artículo 314 del TRLMV:**

*“1. La transmisión de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, estará exenta del Impuesto sobre el Valor Añadido y del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.*

*2. Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el apartado anterior las transmisiones de valores no admitidos a negociación en un mercado secundario oficial realizadas en el mercado secundario, que tributarán en el impuesto al que estén sujetas como transmisiones onerosas de bienes inmuebles, cuando mediante tales transmisiones de valores se hubiera pretendido eludir el pago de los tributos que habrían gravado la transmisión de los inmuebles propiedad de las entidades a las que representen dichos valores.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, se entenderá, salvo prueba en contrario, que se actúa con ánimo de elusión del pago del impuesto correspondiente a la transmisión de bienes inmuebles en los siguientes supuestos:*

*a) Cuando se obtenga el control de una entidad cuyo activo esté formado en al menos el 50 por ciento por inmuebles radicados en España que no estén afectos a actividades empresariales o profesionales, o cuando, una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación en ella.*

*b) Cuando se obtenga el control de una entidad en cuyo activo se incluyan valores que le permitan ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50 por ciento por inmuebles radicados en España que no estén afectos a actividades empresariales o profesionales, o cuando, una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación en ella.*

*c) Cuando los valores transmitidos hayan sido recibidos por las aportaciones de bienes inmuebles realizadas con ocasión de la constitución de sociedades o de la ampliación de su capital social, siempre que tales bienes no se afecten a actividades*

*empresariales o profesionales y que entre la fecha de aportación y la de transmisión no hubiera transcurrido un plazo de tres años.*

*3. En los supuestos en que la transmisión de valores quede sujeta a los impuestos citados sin exención, según lo previsto en el apartado 2 anterior, se aplicarán las siguientes reglas:*

*1.ª Para realizar el cómputo del activo, los valores netos contables de todos los bienes contabilizados se sustituirán por sus respectivos valores reales determinados a la fecha en que tenga lugar la transmisión o adquisición. A estos efectos, el sujeto pasivo estará obligado a formar un inventario del activo en dicha fecha y a facilitarlo a la Administración tributaria a requerimiento de esta.*

*2.ª 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 ciento. A estos efectos se computarán también como participación del adquirente los valores de las demás entidades pertenecientes al mismo grupo de sociedades.*

*3.ª En los casos de transmisión de valores a la propia sociedad tenedora de los inmuebles para su posterior amortización por ella, se entenderá a efectos fiscales que tiene lugar el supuesto de elusión definido en las letras a) o b) del apartado anterior. En este caso será sujeto pasivo el accionista que, como consecuencia de dichas operaciones, obtenga el control de la sociedad, en los términos antes indicados.*

*4.ª En las transmisiones de valores que, conforme al apartado 2, estén sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido y no exentas, que tendrán la consideración de entrega de bienes a efectos del mismo, la base imponible se determinará en proporción al valor de mercado de los bienes que deban computarse como inmuebles. A este respecto, en los supuestos recogidos en el apartado 2.c), la base imponible del impuesto será la parte proporcional del valor de mercado de los inmuebles que fueron aportados en su día correspondiente a las acciones o participaciones transmitidas.*

*5.ª En las transmisiones de valores que, de acuerdo a lo expuesto en el apartado 2, deban tributar por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, para la práctica de la liquidación, se aplicarán los elementos de dicho impuesto a la parte proporcional del valor real de los inmuebles, calculado de acuerdo con las reglas contenidas en su normativa. A tal fin se tomará como base imponible:*

– En los supuestos a los que se refiere el apartado 2.a), la parte proporcional sobre el valor real de la totalidad de las partidas del activo que, a los efectos de la aplicación de este precepto, deban computarse como inmuebles, que corresponda al porcentaje total de participación que se pase a tener en el momento de la obtención del control o, una vez obtenido, onerosa o lucrativamente, dicho control, al porcentaje en el que aumente la cuota de participación.

– En los supuestos a los que se refiere el apartado 2.b), para determinar la base imponible solo se tendrán en cuenta los inmuebles de aquellas cuyo activo esté integrado al menos en un 50 por ciento por inmuebles no afectos a actividades empresariales o profesionales.

– En los supuestos a que se refiere el apartado 2.c), la parte proporcional del valor real de los inmuebles que fueron aportados en su día correspondiente a las acciones o participaciones transmitidas.”

## 6. Bibliografía.

- Sna. (2024, November 15). Régimen fiscal de las operaciones sobre valores según la Ley 6/2023. San Nicolás Asesores. <https://sannicolosasadores.es/2024/10/28/regimen-fiscal-operaciones-valores-ley-6-2023-17-marzo-mercados-valores/>
- *Informe fiscal septiembre 2023. Estado actual de las transmisiones de valores | Notarios y Registradores.* (n.d.). <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/fiscal/informes-mensuales-fiscal/informe-fiscal-septiembre-2023-estado-actual-de-las-transmisiones-de-valores/#PARTE0>
- DELGADO GONZÁLEZ, A. F. (s. f.). Los problemas de legalidad de una norma excesiva. el artículo 108 de la Ley de Mercado de Valores. *IIIARANZADI LA LEY*
- PÉREZ-BUSTAMANTE, D., & BASTIDA PEYDRO, M. (s. f.). EL ARTÍCULO 108 DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES: UNA REVISIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES MÁS RELEVANTES RECAÍDAS EN TORNO A

SU INTERPRETACIÓN. *EL ARTÍCULO 108 DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES: UNA REVISIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES MÁS RELEVANTES RECAÍDAS EN TORNO A SU INTERPRETACIÓN.*

- Real decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. (s. f.). BOE. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1993-25359>
- Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido. (s. f.). BOE. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-28740&p=20250123&tn=1#a5>
- *Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas Y de modificación parcial de las Leyes de los impuestos sobre Sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el Patrimonio.* (s. f.). BOE. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-20764&p=20250401&tn=2>
- *Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.* (s. f.-b). BOE. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-12328>
- *Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.* (s. f.). BOE. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23186>
- *Revista nº 156. La presunción de abuso del derecho en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea - El fisco.* (2009, October 1). El Fisco. <http://elfisco.com/articulos/revista-no-156-la-presuncion-de-abuso-del-derecho-en-la-jurisprudencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea>
- *BOE-A-2023-7053 Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión.* (n.d.). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-7053>
- *Security Tokens vs Criptomonedas y la Regulación MiCA según Expedit Capital — EXPEDIT - Plataforma de Inversión y Tokenización de Activos del Mundo Real RWA.*

- (n.d.). <https://expeditcapital.com/es/blog/security-tokens-vs-criptomonedas-y-la-regulacion-mica-segun-expedit-capital>
- *Reglamento europeo sobre los criptoactivos (MiCA) | EUR-Lex.* (n.d.). <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/european-crypto-assets-regulation-mica.html>
  - *Directiva relativa a los mercados de instrumentos financieros (MiFID II) | Columbia Threadneedle Investments.* (n.d.). Spain - ES - Institutional. <https://www.columbiathreadneedle.com/es/es/institutional/mifid-2/>
  - Gil, C. A. (n.d.). *La delimitación IVA-TPO en las operaciones inmobiliarias.* <https://elibro-net.publicaciones.umh.es/es/lc/bibliotecaumh/titulos/58049>

