



Roj: **STS 730/2021 - ECLI:ES:TS:2021:730**

Id Cendoj: **28079130022021100087**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **25/02/2021**

Nº de Recurso: **7927/2019**

Nº de Resolución: **263/2021**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JOSE DIAZ DELGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 11404/2019,**
ATS 5576/2020,
STS 730/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 263/2021

Fecha de sentencia: 25/02/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7927/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/02/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Díaz Delgado

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA CON/AD SEC.2

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 7927/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. José Díaz Delgado

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 263/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. José Díaz Delgado

D. Ángel Aguallo Avilés



D. José Antonio Montero Fernández

D. Francisco José Navarro Sanchís

D. Jesús Cudero Blas

D. Isaac Merino Jara

D^a. Esperanza Córdoba Castroverde

En Madrid, a 25 de febrero de 2021.

Esta Sala ha visto constituida en su Sección Segunda por los/a Excmos/a. Sres./Sra. Magistrados/a indicados al margen, el recurso de casación núm. 7927/2019 , interpuesto por el procurador don Juan Luis García-Valdecasas Conde, en representación de don Nazario , mediante escrito presentado el 8 de noviembre de 2019 , quien preparó recurso de casación contra la sentencia dictada el 1 de octubre de 2019 por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, que desestimó el recurso núm. 151/2017, formulado frente a resolución económico- administrativa dictada en relación con liquidación por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 21 de noviembre de 2019, habiendo comparecido tanto la parte recurrente, don Nazario , como la parte recurrida, la Administración General del Estado, ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, dentro del plazo de 30 días señalado en el artículo 89.5 LJCA.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Díaz Delgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución recurrida en casación.

Es objeto del presente recurso contra la sentencia dictada el 1 de octubre de 2019 por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, que desestimó el recurso núm. 151/2017, formulado frente a resolución económico-administrativa dictada en relación con liquidación por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

SEGUNDO.- Auto de admisión del recurso de casación.

La sección primera, por auto de fecha 23 de julio de 2020, acuerda:

1º) Admitir el recurso de casación RCA/7927/2019 preparado por el procurador don Juan Luis García-Valdecasas Conde, en representación de don Nazario , contra la sentencia dictada el 1 de octubre de 2019 por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, que desestimó el recurso núm. 151/2017.

2º) La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

Determinar si la interpretación del apartado 2.a) del artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores , en la redacción aplicable racione temporis, dada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, permite considerar, a efectos de la determinación de la base imponible de la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que el control efectivo de la sociedad puede tenerse de forma indirecta cuando se trate de una persona física que poseía la mayor parte de las acciones de una sociedad que participaba de otra con la que realiza el negocio sujeto a tributación, o por el contrario, no puede entenderse que hubiese logrado el control de la sociedad antes de adquirir las acciones de la entidad partícipe por no ser una persona jurídica.

3º) Identificar como norma jurídica que, en principio, será objeto de interpretación, el artículo 108, apartado 2.a), de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en la redacción temporalmente aplicable.

TERCERO.- Interposición del recurso de casación.

Don Juan Luis García-Valdecasas Conde, procurador de los Tribunales en representación de don Nazario , por escrito de fecha 16 de septiembre de 2020 formalizo el presente recurso de casación en el que terminó suplicando que se dictada sentencia que casara y anulara la recurrida, declarando que viniendo ostentado don Nazario el control de la sociedad desde 26 de marzo de 2008, la operación de adquisición de las participaciones sociales de PORTICO SUR S.L. a CONSTRUCCIONES ÁNGEL MARTÍN S.A., llevada a cabo en 1 de julio de 2011 supuso un incremento en la titularidad de don Nazario en el capital social de PORTICO SUR S.L. del 3'83%, a cuyo porcentaje debió quedar contraída la liquidación efectuada por la inspección de tributos, anulándola, condenando



a las demandada a la devolución a don Nazario del importe ingresado, más sus intereses legales desde la fecha del ingreso, y a girar nueva liquidación, sin intereses de conformidad con los términos de la Sentencia, con expresa condena a la demandada de las costas de este recurso, siendo todo ello conforme a derecho y Justicia que se solicita.

La recurrida, Administración del Estado, se opuso a la admisión en los términos que más adelante se dirán.

CUARTO.- Señalamiento para votación y fallo.

Concluido el proceso, la Sala no consideró necesaria la celebración de vista pública, señalándose para la deliberación, votación y fallo del recurso la audiencia del día 23 de febrero de 2021, fecha en la que, telemáticamente, se deliberó, votó y falló, con el resultado que ahora se expresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Concreción de la cuestión de interés casacional y de la normativa afectada.

Los términos en los que el Auto de 23 julio 2020 de la Sala ha admitido el presente Recurso de Casación y considerado que la cuestión presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en:

"2º) La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en: Determinar si la interpretación del apartado 2.a) del artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio), del Mercado de Valores, en la redacción aplicable *ratione temporis*, dada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, permite considerar, a efectos de la determinación de la base imponible de la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que el control efectivo de la sociedad puede tenerse de forma indirecta cuando se trate de una persona física que poseía la mayor parte de las acciones de una sociedad que participaba de otra con la que realiza el negocio sujeto a tributación, o por el contrario, no puede entenderse que hubiese logrado el control de la sociedad antes de adquirir las acciones de la entidad partícipe por no ser una persona jurídica".

3º) Identificar como norma jurídica que, en principio, será objeto de interpretación, el artículo 108, apartado 2.a), de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en la redacción temporalmente aplicable".

La norma a interpretar es el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores, en la redacción aplicable por el momento temporal, redacción efectuada por el artículo 8 de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, titulado "Exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y del Impuesto sobre el Valor Añadido y supuestos de tributación por "Transmisiones Patrimoniales Onerosas, establecía:

"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:

(...)

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.

(...)"

SEGUNDO.- Antecedentes.

En el proceso contencioso administrativo resuelto por la sentencia de la Sala de Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía se impugnaba por el hoy recurrente la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional, por la que se desestiman las reclamaciones económico-administrativas contra liquidación por ITP-AJD.

Recoge el Auto de la Sección Primera los antecedentes en la siguiente forma:

"Según se deduce de la lectura de la sentencia recurrida y de la resolución económico administrativa que obra en los autos, la liquidación cuestionada fue girada por una operación formalizada en el año 2011 mediante la que una entidad mercantil, CONSTRUCCIONES ÁNGEL MARTÍN, S. A., transmitía al recurrente, DON Nazario , una serie de participaciones que poseía de otra sociedad, PÓRTICO SUR, S.L. Con esta adquisición no hay controversia en que el Sr. DON Nazario llegaba a tener un 83,37 por 100 de grado de participación en la entidad PÓRTICO SUR, S.L.

Anteriormente, en escritura pública de 26 de marzo de 2008, la mercantil PÓRTICO SUR, S. L., había ampliado su capital social mediante la emisión de 33.004 participaciones de 6,01 euros de valor nominal, que habían sido íntegramente suscritas por la entidad CONSTRUCCIONES ÁNGEL MARTÍN, S. A., cuyo accionariado lo componían el recurrente (90 por 100 del capital social) y su esposa (10 por 100). Tras la suscripción de aquella ampliación de capital realizada, CONSTRUCCIONES ÁNGEL MARTÍN, S.A., tenía un 76,74% de las acciones de PÓRTICO SUR, S.L.

En escritura pública de 1 de julio de 2011, CONSTRUCCIONES ÁNGEL MARTÍN, S.A., transmite 31.354 de estas participaciones al recurrente de forma que, finalmente, sumadas a las que tenía, corresponden al mismo un total de 35.854 participaciones, equivalentes a un 83,37 por 100 de grado de participación en la sociedad PÓRTICO SUR, S.L. En el marco de un procedimiento inspector se dicta acuerdo de liquidación al entender verificado el hecho imponible según lo señalado en el artículo 108 LMV, resultando una cuota a ingresar de 57.897 euros más intereses de demora que fue calculada tomando como base imponible la cantidad en que se valora el 79,53 por ciento del accionariado de la entidad PÓRTICO SUR, S.L., que es el porcentaje que la administración consideró que se había adquirido mediante la operación realizada en 2011.

Este acuerdo fue confirmado en vía económico-administrativa por resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Andalucía de fecha 21 de diciembre de 2016. Interpuesto recurso contencioso-administrativo frente a esa resolución el mismo fue desestimado en la sentencia que constituye el objeto del presente recurso".

La sentencia de la Sala de Granada dice en su fundamento tercero:

" Así pues, no son objeto de discusión a través del presente recurso los presupuestos fácticos que permiten la aplicación del artículo 108 LMV.

El debate jurídico se centra, en cambio, en la determinación de la base imponible del ITP, modalidad transmisiones onerosas, como consecuencia de la adquisición de las participaciones sociales de PÓRTICO SUR SL por el demandante, más en concreto, en la determinación del aumento de participación adquirido por el actor en dicha entidad".

Y razona en su fundamento jurídico cuarto para desestimar el recurso contencioso administrativo:

"Resultando meridianamente claro que, en estos casos, el cálculo de la base imponible en el ITPO debe hacerse en función del aumento del porcentaje total de participación que pasa a disfrutar el sujeto pasivo en el momento en que obtiene el control de la sociedad cuyo capital adquiere, independientemente de que con anterioridad tuviera ya la propiedad de parte de esas participaciones sociales, lo que en el caso enjuiciado debe concretarse es cuándo el demandante obtuvo el control de PÓRTICO SUR, S.L., o dicho en otros términos, sí lo obtuvo indirectamente en el año 2008 cuando CONSTRUCCIONES ÁNGEL MARTÍN, S. A. suscribió la ampliación de capital de PÓRTICO SUR, S.L., o hay que estar a la titularidad directa y personal de dichas participaciones, lo que ha sucedido el 1 de julio de 2011 cuando CONSTRUCCIONES ÁNGEL MARTÍN, S.A. transmite al demandante sus participaciones en aquella entidad. De adoptarse la primera solución, la razón caería de parte de la demanda y la base imponible del ITPO debería calcularse tomando en consideración el valor real de los inmuebles que conforman el activo de PÓRTICO SUR, S. L. y el porcentaje de aumento en su capital social experimentado por el demandante (el 3,84%). De entender que la solución correcta es la segunda,



la razón asistiría al TEARA en la resolución dictada y se entendería que el porcentaje sobre el que debe ser calculada la base imponible del Impuesto sería el 83,37.

Cuando como consecuencia de la ampliación de capital de PÓRTICO SUR, S. L., CONSTRUCCIONES ÁNGEL MARTÍN, S. A. pasa a tener el control de esa entidad, aunque el demandante fuera accionista mayoritario de esta última, el control legal de aquella sociedad lo poseía de forma directa CONSTRUCCIONES ÁNGEL MARTÍN, S.A., entidad con personalidad jurídica propia y distinta de la del socio persona física que la administra, por lo tanto, sociedad titular por sí misma de derechos y obligaciones, entre los que se encuentra la titularidad de las participaciones sociales en el capital de PÓRTICO SUR, S.L. El demandante, como accionista mayoritario podría tener el control administrativo de CONSTRUCCIONES ÁNGEL MARTÍN, S. A., pero jurídicamente hablando, no poseía la titularidad de las participaciones sociales representativas del capital social de PÓRTICO SUR, S. L. que solo llega a alcanzar con el acto de transmisión formal de las mismas por parte de CONSTRUCCIONES ÁNGEL MARTÍN, S.L. documentada en escritura pública de 1 de julio de 2001. Hasta este momento, quien ejerce el control directo sobre PÓRTICO SUR, S. L. es CONSTRUCCIONES ÁNGEL MARTÍN S.A.

Cuando el art. 108.3 de la Ley del Mercado de Valores, en su penúltimo párrafo, ordena: "Tratándose de sociedades mercantiles,", claramente se está refiriendo a sociedades mercantiles que obtienen el control de otras, ya lo sea de forma directa o indirecta, por lo que resulta evidente que el precepto está aludiendo a ese tipo de control -directo o indirecto- a través de personas jurídicas, no de personas físicas. Cuando una persona física posee la mayoría del capital social de una entidad y ésta participa mayoritariamente en el capital de otra, la persona física no ostenta el control de la sociedad participada.

De este modo, como el control directo de PÓRTICO SUR, S. L. es ejercido por CONSTRUCCIONES ÁNGEL MARTÍN, S. A. tras suscribir la ampliación de capital de aquella entidad y no ha existido posibilidad de un control indirecto sobre PÓRTICO SUR, S. L. por ninguna otra persona jurídica, tanto menos, puede entenderse ejercido por una persona física -el demandante- aunque fuera socio y accionista mayoritario de la sociedad que pasó a controlar PÓRTICO SUR, S. L. pues el precepto transcrito solo se refiere a un posible control indirecto a ejercer entre personas jurídicas.

En consecuencia, únicamente, a partir de 1 de julio de 2011, el actor pasó a tener el control de la mercantil PÓRTICO SUR, S. L. y de conformidad con lo establecido en el art. 108 de la Ley del Mercado de Valores en su redacción al mismo por la Ley 36/2006, la base imponible del ITPO ha de determinarse considerando la totalidad del porcentaje adquirido por éste en ese momento en el valor real de los inmuebles titularidad de PÓRTICO SUR, S. L., esto es, en el 83,37% tal y como se sostiene en la resolución del TEARA objeto de este recurso".

TERCERO.- Alegaciones del Recurso de Casación.

La tesis del recurrente es que "... se concluye que la toma de control por una persona física se puede producir en forma indirecta, como se plantea, los datos acreditan que la toma de control por parte de Don Nazario se produjo como consecuencia de la ampliación de capital llevada a cabo en 26 de marzo 2008 por la que adquirió participaciones sociales que representaban el 76,74% del capital social de PORTICO SUR SL, momento en el que él ostentó el control de dicha sociedad al tener una participación directa e indirecta igual al 79,53%.

En conclusión, acreditado ese hecho, en la fecha a la que se refiere la actuación inspectora, don Nazario únicamente adquirió un 3,835 del capital social de PORTICO SUR, SL, debiendo, en aplicación de la doctrina jurisprudencial representada por la sentencia citada y el artículo 108 de la LMV, girarse liquidación sólo por el porcentaje que representa la nueva adquisición".

CUARTO.- Remisión a la sentencia recaída en el recuso 6530/2017 .

Como destaca el Auto de admisión del Tribunal Supremo: *La cuestión planteada en el presente recurso es coincidente sustancialmente con la sirve de sustento al ATS 18/02/2018, dictado en el RCA 6530/2017, siendo la única diferencia que en aquel recurso la trascendencia de la misma podía comportar la exención de la modalidad de TPO y en este caso reside en la determinación de la base imponible.*

Y como también dice el mismo Auto: La concurrencia de la excepción a la exención regulada en el precepto transcrito no ha sido, como se ha visto, objeto de polémica, circunscribiéndose el debate a la determinación del momento en que puede entenderse obtenido por parte del recurrente el control de la sociedad a fin de fijar, en el porcentaje adquirido mediante la operación correspondiente, la base imponible del tributo.

En consecuencia por seguridad jurídica hemos de aplicar al presente caso lo dicho en dicha sentencia, tanto en la contestación a la pregunta formulada como en la resolución desestimatoria del recurso de casación.

Decíamos en la sentencia de esta Sala de 11 de septiembre de 2020, número 1154/2020, recaída en el recurso de casación número 6530/2017, lo siguiente en sus fundamentos jurídicos:



"TERCERO.- El criterio interpretativo de la Sala con respecto a la cuestión con interés casacional.

El 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 establece en su artículo 17.2 "Las transmisiones de valores, admitidos o no negociación en un mercado secundario oficial, que queden exentos de tributar como tales, bien en el Impuesto sobre el Valor Añadido o bien en la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, así como su adquisición en los mercados primarios como consecuencia del ejercicio de los derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones, tributarán por la citada modalidad, como transmisiones onerosas de bienes inmuebles, en los casos y con las condiciones que establece el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores".

Antes de la entrada en vigor de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude **fiscal**, el artículo 108 LMV, en la redacción dada por la Ley 18/1991, 6 junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, disponía:

"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".

La citada Ley 36/2006, de 29 de diciembre, dio nueva redacción al artículo 108 LMV. A su vez el apartado 2 de dicho artículo fue modificado por la *disposición final sexta de la Ley 11/2009, de 26 de octubre*, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario. Esta modificación, en virtud de la *disposición transitoria tercera de la ley 11/2009, de 26 de octubre*, es aplicable a las adquisiciones o transmisiones cuyo devengo a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados se produzcan a partir del 29 de marzo de 2009. Habida cuenta que la compra del 37,87 % de las participaciones de GINKGO tuvo lugar el 14 de mayo de 2009 es esa nueva redacción la que nos importa, si bien es cierto, que nos vamos a fijar en párrafos que proceden del texto introducido por la Ley 36/2006.

Pues bien, a la sazón dicho apartado 2 establecía que 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 dos supuestos.

El primero de ellos, que es el que nos interesa, previsto en la letra a), procede, según su primer párrafo, "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". Se aclara en el último párrafo de dicha letra a) que "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", especificándose que "a estos efectos se computarán también como participación del adquirente los valores de las demás entidades pertenecientes al mismo grupo de sociedades".

Desde la entrada en vigor de las modificaciones realizadas por la Ley 36/2006, se ha ampliado el ámbito de la exclusión prevista en el artículo 108.2, de la Ley del Mercado de Valores puesto que se extiende, no solo a operaciones realizadas en el mercado secundario, sino también a operaciones realizadas en el mercado primario.

La STS de 18 de octubre de 2011 (rec. 153/2005), sostiene, tras la respuesta dada por el Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 6 de octubre de 2010, INMOGOLF, C-487/09 a la cuestión prejudicial planteada mediante Auto I Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2009, en relación con el artículo 108 Ley 24/1988, según la reducción dada por la disposición adicional 12ª de la Ley 18/1991, de 6 de junio, que el nuevo artículo 108 LMV "se trata de una norma cautelar para evitar que la transmisión de inmuebles bajo la apariencia de una transmisión de valores no tribute por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, que incluye, tras establecer una exención de las transmisiones de valores en el IVA y en el Impuesto sobre Transmisiones, no el gravamen de las transmisiones de los valores, sino un supuesto de hecho que determina el devengo del Impuesto de Transmisiones en todos los casos excepcionales de las exenciones", por un lado; y, por otro, señala "que el artículo 108.2 de la Ley 24/1988 no da opción alguna a la posibilidad de valorar la concurrencia o no del ánimo tendencial de encubrir una transmisión de inmuebles a través de una operación de adquisición de valores mobiliarios, al prever la aplicación del gravamen del Impuesto sobre Transmisiones a toda clase de operaciones de valores mobiliarios que cumplan las dos circunstancias previstas", esto es, de un lado, que se adquieran valores representativos del capital de una sociedad mercantil cuyo activo esté constituido por inmuebles, y, de otro, que como consecuencia de esa operación, el adquirente obtenga el control de dicha sociedad.

Igualmente se ha de acudir al auto del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2012 mediante el que planteo cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. La Sala Décima de éste dictó sentencia de fecha 20 de marzo de 2014, respondiendo a la cuestión prejudicial (asunto, C-139/12/ Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona), que la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios - **Sistema** común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme, en su versión modificada por la Directiva 91/680/CEE del Consejo, de 16 de diciembre de 1991, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional, como el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en su versión modificada por la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que grava la adquisición de la mayoría del capital de una sociedad cuyo activo está constituido esencialmente por inmuebles con un impuesto indirecto distinto del IVA, como el que es objeto del procedimiento principal.

Después de dicha sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el *Tribunal Supremo dictó sentencia de 2 de octubre de 2014 que puso punto final al recuso 7199/2004*, desestimándolo, explicitando que el artículo 108 LMV no exige que exista intención de defraudar en la operación concertada, señalando que: "El hecho de que con el art. 108 de la Ley del Mercado de Valores se intentase evitar el fraude no significa que siempre que dicho precepto se aplique lo sea partiendo de la premisa de que el mismo concurre, por lo que no es preciso que exista o se acredite al elemento, siendo suficiente con que, se sucede en este caso, se cumplan los requisitos que la normativa taxativamente establece".

No pensamos que esa percepción deba cambiar, a la luz de la legislación aplicable al caso que nos ocupa, de manera que seguimos sosteniendo que el hecho de que con el artículo 108 LMV se intentase evitar el fraude, no significa que siempre que dicho precepto se aplique, lo sea partiendo de la premisa de que en el mismo concurre esa intención. Es irrelevante, pues, la existencia o no de ánimo defraudatorio, de cara a someter a gravamen las operaciones descritas en el artículo 108 LMV, en las redacciones previas a la modificación operada por la Ley 7/2012 de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude.

En alguna ocasión hemos dicho que nos encontramos ante la excepción de la exención del impuesto (por todas, Sentencia de 21 de noviembre de 2013 (rec. 4080/2015). Es más preciso decir, sin embargo, que, como se ha manifestado doctrinalmente, el artículo 108.2 LMV no constituye un supuesto de delimitación negativa de la exención de la transmisión de valores sino una norma que amplía el hecho imponible del Impuesto sobre



Transmisiones Patrimoniales configurando la norma de excepción que se contempla en él como su elemento objetivo. Nos hallamos, pues, ante un "nuevo hecho imponible", que se compone de dos elementos: negocio traslativo y adquisición de control.

Como hemos advertido en nuestras Sentencias de 29 de octubre de 2012 (Rec. 6325/2010), de 18 de diciembre de 2018 (rec. 1794/2018) y de 18 de mayo de 2020 (rec. 5155/2017), con arreglo a la legislación a la sazón vigente, a diferencia de la precedente, contempla -tratándose de sociedades mercantiles- dos hipótesis:

Una, cuando se alcanza el control de una sociedad como consecuencia de la operación que se somete a gravamen (sería la operación realizada en 2008 de la cual no nos ocupamos en el presente recurso de casación).

Y, otro, cuando ya adquirido el control de la sociedad, se aumenta la participación (en nuestro caso la operación realizada en 2009).

Nos interesa, pues, en este caso, exclusivamente, la segunda hipótesis. En el caso de que consideráramos que la operación realizada en 2009 es una operación sujeta y no exenta, el sujeto pasivo sería, al amparo de lo dispuesto en el artículo 8º a) del Texto Refundido del ITPyAJD, al tratarse de una operación sujeta a la modalidad TPO, el adquirente, en este caso, el Sr. Romeo .

El hecho de que - en una operación de adquisición de participaciones de una sociedad - la persona física adquirente ostente el control de una entidad que, a su vez, ya poseía una participación en la entidad de la que posteriormente se adquieren esas participaciones, no implica, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 108.2 LMV, el reconocimiento o existencia de una situación "de control" anterior puesto que el legislador no ha querido que la participación de la persona física resulta acumulable a la de la sociedad en cuanto que esa conjunción persona física con persona jurídica no conforma (en Derecho) un "grupo de sociedades", ni pueden atribírsele las condiciones o consecuencias tributarias resultantes de la existencia - artículo 108.2.a, LMV - de tal "grupo de sociedades".

No tiene ninguna importancia a los efectos del artículo 108 LMV que la persona física tenga una posición tal que le permita ejercer el control sobre esas entidades o que, una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación en ellas, tenga facultades para contratar, disponer de fondos, etc.

Conforme a los preceptos a interpretar, la efectiva sujeción - dejando sin efecto la exención que proclaman de modo genérico el apartado 1 del artículo 108 de la LMV - a tributación por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITPAJD de las transmisiones / adquisiciones de valores representativos del capital social o patrimonio de una sociedad, requiere la concurrencia conjunta de los siguientes requisitos:

- Que el activo de la entidad cuyos valores se transmiten 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.

- Que, como resultado de dicha transmisión o adquisición, el adquirente, en este caso el Sr. Romeo 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. En esta ocasión, el control se obtuvo en 2008 (pero esta operación no es objeto del presente recurso de casación) y se incrementó en 2009, siendo esta la única operación objeto del presente recurso de casación.

Por consiguiente, fijamos como criterio en respuesta a la cuestión con interés casacional que "la interpretación conjunta de los apartados 1 y 2.a) del artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en la redacción aplicable *ratione temporis*, no permite considerar exenta de la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados las adquisiciones por una persona física de participaciones a una sociedad que controlaba atendiendo a que la persona física siempre tuvo el control de la sociedad de la que adquirió las participaciones sociales, primero indirectamente y después directamente, puesto que se entiende que la exención no alcanza a tales operaciones por comprender sólo a las personas jurídicas".

QUINTO. -Resolución de las pretensiones deducidas en el recurso de casación.

En consecuencia, de conformidad con lo ya expuesto en los anteriores fundamentos jurídicos procede no dar lugar al recurso de casación planteado, remitiéndose en cuanto a la fijación de doctrina, a la ya fijada en la sentencia de 11 de septiembre de 2020, número 1154/2020, recaída en el recurso de casación número 6530/2017.

SEXTO.- Pronunciamiento sobre costas.



En virtud de lo dispuesto en el *artículo 93.4 LJCA* , al no apreciarse mala fe o temeridad en ninguna de las partes, no procede declaración expresa de condena en dicho concepto en lo que se refiere a las causadas en este recurso de casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1º. Fijar los criterios interpretativos expresados en la sentencia de 11 de septiembre de 2020, número 1154/2020 , recaída en el recurso de casación número 6530/2017.

2º. No haber lugar al recurso de casación núm. 7927/2019, interpuesto por el procurador don Juan Luis García-Valdecasas Conde, en representación de don Nazario contra la sentencia dictada el 1 de octubre de 2019 por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, que desestimó el recurso núm. 151/2017, formulado frente a resolución económico-administrativa dictada en relación con liquidación por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

3º. No formular pronunciamiento sobre las costas del recurso de casación, ni en la instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. José Díaz Delgado

D. Angel Aguallo Avilés D. José Antonio Montero Fernández

D. Francisco José Navarro Sanchís D. Jesús Cudero Blas

Dª Esperanza Córdoba Castroverde D. Isaac Merino Jara

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por Don José Díaz Delgado., estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.