

# El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Problemas de hoy. (\*)

*Ignacio ZURDO Y RUIZ-AYUCAR*

Abogado

*Enrique GIMENEZ-REYNA RODRIGUEZ*

Abogado

*Juan ZURDO Y RUIZ-AYUCAR*

Abogado

SUMARIO: I. Introducción.— II. Las transmisiones onerosas.— III. Otras cuestiones del I.T.P.— IV. Final.

**L**os hombres de Derecho, asqueados de mezquindades partidistas, pretenden convertir su oficio en una zona exenta, en la que reine la técnica más abstracta y exotérica; los políticos de las más distintas tendencias coinciden en dolerse de las trabas jurídicas, se impacientan e intentan suprimirlas o desconocerlas. Coyunda, a veces incómoda, mas inevitable e indisoluble. El político sólo consolidará su artificio si lo hace armis et legibus, el jurista no puede cerrar los ojos a la carga política de la ley que aplica y a los principios que le dan sentido.

---

(\*) Estudio presentado en la convocatoria de la VII edición del Premio "Asociación Española de Asesores Fiscales 1989".

## estudios

### I. INTRODUCCION.

La vetusta figura tributaria del Impuesto de Derechos Reales pervive en la actual modalidad del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Pocas instituciones fiscales se resisten más que ésta a plegarse a las realidades del tráfico, sin duda por la gran riqueza conceptual y solidez jurídica que ha revestido durante décadas.

Pero en la dialéctica fisco-realidad llega un momento en que alguna de ambas fuerzas obliga a la otra a adaptarse; no sabemos bien si el tráfico existe para adaptarse a las normas tributarias o si, por el contrario, en una sociedad dinámica son las normas fiscales las que deben adaptarse a las exigencias de modernidad; todo depende, como es lógico, del punto de vista, aunque —para nosotros— la realidad supranacional muestra claramente por dónde van las cosas; mientras tanto, en nuestro complejo entramado normativo-administrativo, dominado por la presencia de fraude y por el afán de intervencionismo (equivalente erróneo de ejercicio de poder fáctico), las cosas llevan la dirección opuesta: Es el ciudadano el que debe pasar por las horcas caudinas que le impone aquel complejo, entreverado por ramalazos de incompetencia y deseos mal encubiertos de obstruccionismo. Es un problema de cultura social de la que todos somos responsables y, por tanto, de tiempo y creemos, optimistas, que las cosas no tardarán en cambiar a mejor.

Pues bien, este tributo que comentamos es un digno exponente de la situación criticada. Muchos son los problemas que sigue planteando, por lo que vamos a tratar de los que, a nuestro juicio, son más llamativos.

### II. LAS TRANSMISIONES ONEROSAS.

De acuerdo con la moderna técnica tributaria de legislar en los textos más inesperados, la célebre Ley de Tasas y Precios Públicos —en adelante, Ley de Tasas—, en su Disposición Adicional Cuarta, regula el “tratamiento fiscal de las diferencias de valor resultantes de la comprobación administrativa”.

#### 1. Los precedentes.

Secularmente, los derechos reales han girado sobre valores comprobados de los bienes o derechos transmitidos, o mejor “comprobables”.

## estudios

Los interesados declaraban un valor en el documento público y la Administración, aplicando sus baremos, y, en los últimos tiempos, unos procedimientos sumarísimos de “pseudo-comprobaciones” sistemáticas, elevaba dicho valor y giraba la liquidación diferencial. Esta era una materia típica de controversia y ha generado multitud de conflictos.

El fondo del asunto era que ante un tributo que gravaba pesadamente el tráfico jurídico, sobre todo inmobiliario, el cuerpo social —sistemáticamente— se resistía y consignaba cifras inferiores a las reales. Esto era un valor entendido y la liquidación diferencial servía para cubrir las formas y crear una apariencia. Se pagaba o se discutía, pero el caso no tenía más trascendencia.

La reforma de 1979 enfoca este impuesto otorgándole un valor secundario en el sistema: Se intenta llevarlo hacia los linderos de los derechos de registro comparados o a una especie de tasa; un esquema fiscal moderno cuenta con sus grandes tributos, Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) y Sociedades (IS) y el resto es de escasa significación.

Simultáneamente, la reforma, con un sentido lógico, centra sus orientaciones hacia los efectos de la imposición directa en la renta personal y, a la vez, crea el Impuesto sobre el Patrimonio. El IRPF y el gravamen personal sobre el patrimonio se implican recíprocamente; aquél recurre a la técnica patrimonial para explicar los flujos de rentas y su materialización y se sirve de los valores patrimoniales para ciertos efectos. El impuesto patrimonial se “objetiviza” y con ello aparecen en el juego tributario nuevos criterios valorativos.

Obviamente, el encaje no es perfecto, ni mucho menos, y surgen efectos realmente curiosos de diferencias entre las magnitudes que utilizan ambas figuras (por ejemplo, es posible lucir en Patrimonio un incremento que no implica necesariamente una variación gravable en renta).

Respecto del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (ITP) la nueva imposición personal, de momento, busca los efectos “reales” de las operaciones; por ello es un problema, para el cuerpo social, continuar con la técnica de falsear los valores documentales, porque, si antes no ocurría nada, ahora se obliga a ocultar (ennegrecer) las diferencias, ya que lucirían en patrimonio o se gravarían en renta. Y este proceso continúa y empeora con el aumento de la fiscalidad directa y el acelerado del mercado. Podemos decir que el ennegrecimiento no es difícil al poder colocar el dinero en pagarés del Tesoro o en otros medios más sutiles y discutibles. Ahí está toda la pugna actual sobre el deber de información.

Pues bien, dentro de este encaje novedoso, tercia el ITP. Y, por un



## estudios

proceso normativo abusivo, se desnaturaliza su alcance; del texto de la Ley, al refundirlo, al reglamento y a las órdenes y circulares, se intenta que nada cambie respecto del pasado. Que se siga comprobando, pese a la vigencia de los valores patrimoniales objetivos, aunque con efectos confusos en IRPF y Patrimonio, que luego renacerán en 1987.

Esta primera etapa se zanja con la célebre sentencia del Tribunal Supremo que ordena aplicar, con arreglo a la Ley original, los valores de Patrimonio sin comprobación si aquéllos eran ciertos. Para la pretensión de mantener el ITP y acrecentarlo, incluso en su alcance sobre los impuestos directos, la sentencia fue un paso atrás. Y para los contribuyentes representó un obstáculo menos en la secular infravaloración documental, de modo que el problema de la ocultación se ceñía al IRPF.

Hemos de decir que, pese a la sentencia, las oficinas siguieron —y aún siguen— liquidando diferencias por comprobación, sin duda para mantener la tensión dialéctica tradicional y cazar a ingenuos. Y que el alcance de la sentencia de 1986 —según la posterior de 21 de junio de 1988— se reduce a la declaración y liquidación del exacto valor objetivo, ya que si fuera distinto, “aunque sea superior”, es posible la comprobación de valores; este criterio, dicho sea con todos los respetos, nos parece —además de absurdo e ilógico— contrario al principio constitucional de igualdad, ya que declarando un valor superior se cumple, obviamente, y sobradamente, el valor de patrimonio y es increíble que en tal caso sí sea procedente la comprobación premiando sin ella a quien declaró exactamente un valor objetivo inferior.

Intensa preocupación de la primera sentencia fue la de procurar unidad de criterios valorativos en los diversos tributos, verdadera asignatura pendiente de nuestro ordenamiento fiscal y que la resurrección del ITP mantiene (podría decirse aquello de que “los muertos que vos matáis gozan de buena salud”).

Pero los efectos sustantivos seguían claros: El efecto del ocultamiento por infravaloraciones es básicamente un problema del IRPF; implantado el IVA, el caso se atenúa notablemente para las sociedades que transmiten sus activos.

La fuerza de la tradición y el retroceso que para la Hacienda representaba el criterio judicial, así como la presión de la financiación autonómica —beneficiaria de este ingreso— motivaron la vuelta atrás, ya iniciada antes con la elevación de tipos, y así, en la Ley del Impuesto sobre Sucesiones, se restablece, con la legislación reactiva que caracteriza estos tiempos, la comprobación de valores a finales de 1987, que junto con la Ley de Tasas conforman la normativa actual.

## estudios

### 2. El régimen actual: Su alcance.

La Disposición Adicional Segunda de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, modifica el artículo 10.1 del Texto Refundido de 1980 regulador del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Base imponible es el “valor real” del bien transmitido o del derecho que se constituya o ceda. El nuevo artículo 49, también de redacción en la Disposición citada, faculta la comprobación administrativa del valor real de las tres materias imposables: De los bienes y derechos transmitidos, de la operación societaria o del acto jurídico documentado; lo cual podrá hacerse por los medios del artículo 52 de la Ley General Tributaria.

Volvemos de esta forma al sistema de expediente de comprobación con todas las vicisitudes ya conocidas de antiguo, pero sujetas ahora a los límites de la doctrina constitucional sobre la seguridad jurídica.

Nuestro sistema tributario abre —en el crucial momento de la legislación— el problema del concepto jurídico indeterminado, y, sobre el principio reactivo de la máxima desconfianza, cierra el círculo de los valores fiscales ya abierto con el inaprehensible “valor de mercado” que juega en los casos de vinculación en el Impuesto sobre Sociedades y que es conocido en la técnica aduanera (por cierto, generando construcciones probatorias sólidas y documentadas). La esencia de la cuestión se refiere, por tanto, a un problema de medios de prueba y de su idoneidad, de donde la trascendencia de la doctrina procesal sobre este concepto.

Sobre la incidencia de esta norma en operaciones societarias y actos jurídicos documentados volveremos más adelante.

¿Qué efectos derivan de la nueva norma? Prescindiendo del retracto legal, que puede merecer por sí solo un extenso comentario, hay tres órdenes de efectos tributarios sustantivos:

1. La tributación que corresponda en el Impuesto sobre Transmisiones.
2. Los efectos en el Patrimonio Neto de los adquirentes.
3. Los efectos de los incrementos patrimoniales derivados de las transmisiones a título lucrativo.

Junto a ellos se produce otra cuestión esencial: Estos “ajustes” admi-



## estudios

nistrativos, ¿qué calificación pueden merecer desde el punto de vista de las infracciones y sanciones? ¿Puede promoverse sobre ellos un procedimiento por delito fiscal? Vamos a examinar estos efectos separadamente.

### 3. La tributación que corresponda en el ITP.

La Ley manda liquidar la diferencia entre el valor declarado y el que resulta de la comprobación, al tipo que proceda.

Naturalmente, esta valoración es impugnabile con los medios de defensa y prueba de que disponga el contribuyente.

Con ello se abre un interrogante fundamental: Si la base del ITP no adquiere firmeza en tanto no se resuelva por sentencia firme la controversia, ¿qué sucede con los efectos que el valor comprobado ha de tener sobre los otros tributos que dependen de él?

Recordemos que en la Ley General Tributaria se supeditan estos casos, de bases pendientes de las de otros tributos, a la firmeza de éstas (ver artículo 122) por lo que los efectos serán de paralización a costa de pleitear.

¿Y si el pleito dura más de cinco años? Las bases de los tributos afectados, que mientras tanto habían de considerarse provisionales, ganarán firmeza por prescripción, al no considerarse interrumpible la prescripción de los tributos derivados por la interrupción de la del ITP del que dependen los efectos en aquéllos por este solo hecho; sería necesario interrumpir expresamente y en forma la prescripción de aquéllos, lo cual es harto inconcebible.

¿Y si se resuelve antes de cinco años? Teóricamente, las bases provisionales habrían de ser reintegradas a la base firme resultante, lo que requerirá una coordinación de la acción administrativa verdaderamente hercúlea.

A su vez, la valoración en ITP puede jugar, paradójicamente, para consagrar situaciones de gran irregularidad técnica, como luego veremos.

Se nos suscita la duda siguiente: ¿Modifica la Ley de Tasas a la Ley del ITP corregida en 1987? Es decir, parece que la redacción de la Adicional Cuarta reserva el efecto de la tributación que corresponda a los casos en ella contemplados, dando a entender que si no se exceden a la vez el 20 por ciento y los dos millones en la "comprobación" no se producirá el efecto de la tributación que corresponda en el ITP. Esta es nuestra opinión.

## estudios

### 4. Efectos en el Impuesto sobre el Patrimonio Neto.

Supuesto que realmente a lo que ha querido referirse el legislador es al vigente Impuesto Extraordinario, la nueva redacción legal vuelve a reiterar la norma que ya existía en el texto refundido.

Ello significa, a nuestro juicio, que si a un contribuyente se le practica una complementaria por comprobación administrativa, y la valoración fijada es firme, deberá aquél reproducir tal base en su declaración patrimonial, y no, si fuera el caso, la valoración catastral u objetiva que procediere con arreglo a las normas del Impuesto.

Ahora bien, producido este efecto, el valor de adquisición así fijado, ¿pasa a ser coste de adquisición ante futuras variaciones patrimoniales? Antes de la Ley de Tasas la respuesta afirmativa sería cuestionable, puesto que el efecto diferencial sólo se producía en el ITP y en el de patrimonio; pero desde la Ley de Tasas, puesto que el diferencial incrementado es sometido a la imposición personal, no debe caber duda que el valor de entrada es el rectificado administrativamente.

Pero la generación de efectos en el Impuesto sobre el Patrimonio alcanza mucha mayor trascendencia por lo siguiente. En ocasiones, la Ley del IRPF ordena tener presente el valor del Impuesto sobre el Patrimonio para computar las variaciones patrimoniales. De aquí el efecto —esencial y no sabemos si premeditado— que deriva de la valoración en ITP. Un ejemplo nos explicará la idea que pretendemos expresar.

Un contribuyente realiza una aportación de inmuebles a una Sociedad; prescindiendo de eventuales problemas con la Ley de Tasas, la comprobación administrativa eleva el valor de los bienes sobre el escriturado en la aportación y que había generado ya efectos de variación patrimonial al aportante; el nuevo valor surte efectos en el Impuesto sobre el Patrimonio, pero he aquí, que la Ley del IRPF ordena considerar, en estos casos y entre otros, el valor del Impuesto patrimonial a efectos de calcular la variación patrimonial; ello significa la aparición de una valoración complementaria y adicional en el IRPF para el aportante, que, en principio, no había previsto. Lo lógico será recurrir la valoración del ITP para “congelar” la derivación de efectos a Patrimonio y a Renta.

Pero el caso se complica muchísimo más si consideramos los factores siguientes:

- 1) El “tempo” de las actuaciones, es decir, que la valoración se comunique o sea firme en otro ejercicio distinto al de la aportación. ¿Hay que hacer complementarias? ¿El incremento es del ejercicio de comprobación o de firmeza?



## estudios

- 2) Que el contribuyente, acogiéndose a las Leyes de Presupuestos de 1988 y 1989 en cuanto permiten actualizar bienes adquiridos antes de 1979 al valor de mercado de entonces, haya hecho uso de tal facultad.

Ello le podía haber reportado una reducción de su plusvalía o incluso la generación de una pérdida.

Pero al computarse el valor de salida por efecto del valor comprobado, el resultado previsto se altera y con ello el efecto que aquellas Leyes de Presupuestos pretendían alcanzar; es más, sería concebible que la Administración hiciese el siguiente razonamiento: Puesto que usted ha considerado que el valor de entrada, por actualización de 1978 y coeficiente, es el que alega para calcular la variación, usted está confesando, sin más necesidad de comprobación, un valor real de hoy igual, por lo menos, al que pretende hacer valer para computar su variación; ante tamaña confesión, no es necesaria comprobación alguna y el ITP se girará, cuando menos, sobre el valor que usted alega de entrada, lo que se reflejará en su Patrimonio y se tendrá en cuenta en el IRPF.

Este efecto, perfectamente concebible y posiblemente impremeditado, deja sin valor práctico el precepto de las leyes presupuestarias citadas y conduce de hecho al desconcierto, todo ello pensando que la Administración va a ser efectivamente capaz de coordinarse para funcionar de tal forma.

Porque, ¿qué ocurre si la comprobación prescinde de este dato suministrado por el ciudadano? Que tendríamos tres valores: El documental, el comprobado y el de entrada actualizado; rectificado el primero por el segundo, y producidos determinados efectos en la renta por el tercero, el segundo obligaría a rectificarlos de nuevo.

Un supuesto podría servirnos para aclarar el que exponemos: El contribuyente X tiene unos inmuebles valorados en 1989, a efectos de la Contribución territorial, en 300.000; su valor de adquisición, por Patrimonio de 1978, era de 50.000, pero por aplicación de la Ley de Presupuestos acredita que el valor de mercado era de 200.000; en 1989 los aporta a una Sociedad, figurando 400.000 en la escritura ( $200.000 \times 2.333 = 400.000$ ). En 1990 la Administración comunica que la aportación se valora en 500.000 lo que le provocará una plusvalía ( $500.000 - 200.000 \times 2.333$ ). A su vez, en Patrimonio de 1989 figurarán acciones por 400.000 mientras que en la de 1990, por efecto del valor comprobado en ITP, deberá constar 500.000 (verdadero valor de la contraprestación de los inmuebles revalorizados). Por parte de la Sociedad (o del comprador si se tratase de una venta)

## estudios

el valor de entrada de los inmuebles ascendería igualmente a 500.000.

### 5. Los efectos en otros tributos. La Ley de Tasas.

La Ley de Tasas, para empezar, contiene una incongruencia conceptual: Puesto que la Administración presume la existencia de un incremento oculto, que intentará probar por "funcionario titulado", en una operación onerosa, prodúzcanse los efectos previstos en IRPF para operaciones gratuitas. Creemos que esta pirueta refleja un sentir fundadamente receloso, pero que contribuye sobremanera a la confusión.

En un análisis más detenido de estas líneas, nos planteamos las siguientes cuestiones:

#### *a) Qué son transmisiones onerosas.*

Autorizada doctrina ha dicho ya que son exclusivamente las transmisiones patrimoniales onerosas, concepto singular, del ITP, lo que excluiría las operaciones societarias y el gravamen por Actos Jurídicos Documentados. Quizás no fue ésta la intención del legislador, pero pensamos que los términos técnicos sirven para algo y, si el concepto "transmisiones onerosas" tiene en el impuesto su contenido propio y diferenciado de los restantes sujetos, es necesario atenerse al mismo.

#### *b) Alcance del término "inter-vivos".*

En su primera aproximación, obvia, determina la exclusión de las transmisiones "mortis causa", lo que unido a la onerosidad, deja fuera de la penalización toda forma de transmisión gratuita.

Más difícil es precisar si con tal expresión se excluyen o no las transmisiones realizadas por sociedades y entidades jurídicas. Es decir, ¿toda operación onerosa sujeta a ITP queda bajo el ámbito de la Adicional o solamente las realizadas por personas físicas?

Entendemos que la calificación "inter-vivos" quería tener un alcance excluyente de las operaciones de entidades; primero, porque en Derecho privado la dualidad es referida a las personas físicas (es obvio que todo acto de sociedades no es "mortis causa", pero en Derecho Mercantil la distinción para actos societarios es irrelevante); y, segundo, y más importante, porque



## estudios

los efectos ordenados (los de los incrementos patrimoniales derivados de transmisiones a título lucrativo) son propios también de las personas físicas; las sociedades no están concebidas para donar ni recibir donaciones, ni existe en su Impuesto una mecánica propia y significativa de incrementos por transmisiones gratuitas. El acto gratuito de o para una Sociedad tributa por Sociedades y por Donaciones, pero nos parece una incongruencia tratar en régimen de gratuidad actos societarios onerosos.

### *c) Qué es valor comprobado.*

Es el resultado del expediente de comprobación administrativa de valores, conforme a lo previsto en la nueva redacción del artículo 49 del Texto Refundido del ITP.

Lo que queremos resaltar es lo siguiente: Generado un resultado por la comprobación, se produce un efecto fiscal por imperativo de la Ley, que es la presunción de una variación patrimonial, es decir: El afán de llegar al valor "real" determina un valor "presunto" del que deriva una plusvalía que tributa de cierta manera en las partes.

El expediente de comprobación se constituye así en el medio de prueba del valor presunto para la Administración y el efecto es hacer tributar una renta también presunta, equivalente a la que se prevé para los incrementos no justificados de patrimonio en la Ley fiscal del IRPF: Son renta en el ejercicio en que se pongan de manifiesto.

Por lo tanto, toda la doctrina aplicable a estos incrementos injustificados será aplicable a los resultantes de la comprobación, y con ello queremos decir que no debe bastar la voluntad de una Administración (por otra parte, tentada por la celeridad y su desbordamiento de producir "comprobaciones" mecanizadas) para generar el resultado, sino que como tal valor presunto admite prueba en contrario y exige, como toda presunción, un enlace preciso y directo según las reglas lógicas del criterio humano entre el hecho demostrado (declarado) y el que se trata de demostrar (comprobado). Ya algún Tribunal se ha pronunciado sobre el alcance de las presunciones en la Ley fiscal (y su naturaleza respecto de los efectos penales) y, en particular, las que conducen al incremento no justificado, con un criterio bastante contundente contra la posición administrativa.

A lo que queremos llegar es a concluir que con criterios voluntaristas y unilaterales no es fácil articular relaciones jurídicas en el ámbito tributario; formulaciones de esta clase conducen más a las vías de hecho, con todas sus alternativas, incluida la picaresca, que a la represión legítima,

## estudios

pero que siempre ha de ser jurídica, del fraude fiscal manifiesto en muchas de estas operaciones.

Obviamente, el contribuyente que pueda, optará por discutir tanto el fondo del asunto como los inevitables defectos formales del procedimiento de nuestros días; es decir, querrá ganar tiempo porque, de lo contrario, los efectos son muy gravosos.

Pero hay tres factores adicionales que inducen a perplejidad. Primero, imponer una base presunta para la generación de efectos tributarios. Segundo, el límite “convencional” previsto de dos millones de pesetas y veinte por ciento de exceso para que tales efectos se produzcan; claro que es concebible, pero no deja de ser sorprendente, la atribución de efectos punitivos a cifras más o menos estimativas —y fáciles de congelar ante la inflación— y la concesión de un “margen de tolerancia”. Tercero, y principal, que el legislador imponga normativamente la presunción de falsedad en documento público; éste es un efecto real que se produce y que nos parece poco alentador: Que se consagre por Ley el reconocimiento de que la fe pública queda postergada a una práctica administrativa. Y con ello, la posible derivación al tipo penal, porque ¿qué ciudadano correrá el riesgo de que consintiendo el pago del tributo se le deriven responsabilidades penales de otra índole?; ¿o es que acaso alguien puede garantizar que ambos órdenes no se puedan conectar?

### *d) La posición del transmitente.*

En principio, producido el supuesto de hecho previsto en la Ley, el transmitente realiza una variación patrimonial positiva cuyo tratamiento será el de los incrementos a título gratuito. Por ejemplo, si la venta de un inmueble, cuyo coste es de diez millones, se documenta en dieciocho y se valora en treinta millones por el fisco, se producen los siguientes resultados: Por transmisión onerosa, plusvalía de ocho millones, y por transmisión gratuita, plusvalía de diez millones al tipo del 20 por ciento.

Cabe suponer que, fijado el nuevo valor de enajenación, si se trata de vivienda habitual, la plusvalía entera queda acogida al no gravamen por reinversión, y, en principio, la base reinvertida será de veinte millones (ocho más dos más diez) en lugar de dieciocho que, efectivamente, tributaron.

Determinadas operaciones pueden suscitar dudas. Por ejemplo, qué ocurre cuando enajenan comuneros o entes en régimen de atribución: La cifra de dos millones, ¿es por operación o “per capita”? Y, en conse-

## estudios

cuencia, ¿qué ocurre si enajenan cónyuges en régimen de gananciales a la vista de la nueva situación fiscal de la unidad familiar? Por otra parte, ¿qué sucede si el transmitente es un no residente? Habrá que entrar en la naturaleza de los bienes transmitidos y en el régimen de Convenios internacionales, en su caso; pero, supuesto que la operación genera plusvalía tributable en España, ¿se le gravará al tipo especial del veinte por cien o se le aplicará el régimen general de plusvalías de no residentes? Esta cuestión ya existía desde antes de la Ley de Tasas y con ella se replantea el conflicto entre la especialidad de la norma aplicable que debe prevalecer: Por razón de la operación (plusvalía en transmisión gratuita) o por razón del sujeto (plusvalía del no residente). Si la Ley no distingue, no se alcanza la razón por la que se sometiera al no residente a peor condición cuando es persona física.

Otro tanto debe decirse respecto de las bases imputables por transmisiones limitadas del dominio o derechos reales: El exceso debe computarse en los mismos términos en que se haya limitado según Ley el valor transmitido.

### *e) La posición del cesionario.*

También son varios los problemas que se pueden suscitar:

- En primer lugar, cuáles son las repercusiones tributarias de los incrementos patrimoniales derivados de transmisiones a título lucrativo. En un sentido técnico, esta expresión está acuñada en el artículo 20.3 de la Ley del IRPF (ámbito de personas físicas) y con los efectos previstos en la tarifa, con aplicación del tipo especial, hoy del 20 por 100 (artículo 82.1, párrafo tercero de la Ley de Presupuestos para 1989). Por ello, podría pensarse que el adquirente también queda sujeto a este tipo único.

Sin embargo, la finalidad del legislador —al parecer— ha sido la de someter el incremento del adquirente al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, cuya Ley reguladora grava “los incrementos patrimoniales obtenidos a título lucrativo por personas físicas”; si se tratase de personas jurídicas sería aplicable el Impuesto sobre Sociedades (artículo 3.2 de la misma Ley).

- En segundo lugar, aplicado el régimen del tributo de remisión, si es el de Sucesiones y Donaciones, el adquirente aplicará, sobre la

## estudios

base firme imputada, la tarifa de este impuesto, con el coeficiente multiplicador, en su caso (artículos 21 y 22 de la Ley reguladora). Al efecto, el devengo se deberá considerar producido el día de la firmeza de la liquidación y se abrirá el plazo para la autoliquidación. Si es el de Sociedades, el incremento deberá tratarse en la liquidación anual del ejercicio.

- En tercer lugar, se produce un doble gravamen para el adquirente, ya que “sin perjuicio” de la tributación que corresponda en el ITP, se producen las repercusiones tributarias en los otros tributos; se contradicen así la técnica y los principios constantes en la delimitación de ambas figuras.
- Respecto del Impuesto sobre el Patrimonio, el nuevo valor, así fijado, surte por Ley efectos en la base, que ya no será la que objetivamente le hubiese podido corresponder al adquirente (valor catastral, por ejemplo), aspecto al que ya hemos aludido.
- Otro orden de efectos son los que corresponden a la determinación del valor de entrada o coste de adquisición del bien o derecho, respecto de futuras transacciones: La “regularización” practicada deja al adquirente con un nuevo valor de entrada fiscal, puesto que el incremento ya ha sido sometido al tributo. Pero este efecto puede producir resultados imprevistos. Por ejemplo:

El Sr. F. compra un inmueble usado en diez millones; al año siguiente lo revende en treinta millones. Entre medias la Administración se lo ha tasado en veinte. El Sr. F. está en el tope de la escala de IRPF y no se trata de su vivienda.

Si no hubiese efecto de la Ley de Tasas, los resultados son:

|                   |                           |
|-------------------|---------------------------|
| Valor de compra   | 10.000.000                |
| ITP               | 600.000                   |
| Coste adquisición | 10.600.000                |
| Valor de venta    | 30.000.000 (sin revisión) |
| Plusvalía         | 19.400.000                |
| Tipo IRPF         | 56 por ciento             |
| Cuota IRPF        | 10.864.000                |

## estudios

Con la Ley de Tasas los resultados son:

|                                                                                                               |                |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------|
| Valor de compra                                                                                               | 10.000.000 (1) |
| ITP                                                                                                           | 600.000 (2)    |
| Valor revisado                                                                                                | 20.000.000 (3) |
| Base del "efecto tributario"                                                                                  | 8.000.000      |
| Efecto tributario: tipo 10'63 x 2 = 21'26 por ciento<br>(donación entre extraños y escalón 1 del coeficiente) |                |
| Cuota por autoliquidación                                                                                     | 1.700.800 (4)  |
| Cuota ITP valor revisado                                                                                      | 600.000 (5)    |
| (6 por ciento sobre 10.000.000)                                                                               |                |
| Coste de adquisición                                                                                          | 22.900.800     |
| (2+3+4+5)                                                                                                     |                |
| Valor de venta                                                                                                | 30.000.000     |
| Plusvalía                                                                                                     | 7.099.200      |
| Tipo IRPF                                                                                                     | 56 por ciento  |
| Cuota IRPF                                                                                                    | 3.975.552      |

Total impuestos pagados:

Sin Ley de Tasas: 11.464.000 (600.000 + 10.864.000)

Con Ley de Tasas: 6.876.352 (600.000 + 600.000 + 1.700.880 + 3.975.552)

Varios son los efectos que se pueden derivar de este planteamiento, por ejemplo:

1. La reventa determina una pérdida recaudatoria del 40 por 100, ya que aún sumando el efecto sobre el vendedor (20 por 100 de 8.000.000, es decir, 1.600.000) el resultado sigue siendo negativo.
2. En cualquier caso, el Tesoro Público pierde ingresos en favor de las Comunidades Autónomas.
3. Se estimula al especulador que compra para revender.
4. Se incentiva la infravaloración, porque, si el exceso de valor va a tributar al 20 por 100, ¿quién va a querer declarar espontáneamente ese plusvalor para que sea tratado como incremento en

## estudios

transmisión onerosa? Por ello, puede decirse que esta norma reconoce el dinero negro de las transmisiones y lo amnistía al 20 por 100; el que declare el valor real saldrá perjudicado, salvo que esté en niveles bajos de renta.

- Como en el caso del cedente, el que adquiere puede ser alguien no residente en territorio español. La cuestión es inimaginable en cuanto a sus complejidades. Por ejemplo, si es de país convenido, ¿se trata de una renta no mencionada en el Convenio? En cualquier caso, si no es renta sino donación, por Ley española, ¿ha de liquidar el no residente el impuesto sin existencia de transferencia?; ¿qué coeficiente corrector va a aplicar?
- No debe olvidarse, como colofón, que entre el veinte y el cincuenta por ciento del efecto revisor únicamente ocurren los efectos descritos, pero que si se supera dicho margen y se dan los restantes supuestos previstos en la Ley, es aplicable la figura del retracto legal, que, obviamente, dejaría sin efecto las “repercusiones tributarias”.

### f) *El régimen sancionador.*

A veces preguntan los liquidadores si procede y, en su caso, en qué medida, imponer sanciones por las infravaloraciones resultantes.

De entrada, esta Ley —singular en sus tipificaciones (afecta de una sola vez al ITP, el IRPF, el IS y el de Sucesiones y Donaciones)— no tiene previsto tipo especial de infracción. Es una Ley ajena al cuerpo legal del Impuesto y por ello carece de cobertura para remitir en bloque una infracción “implícita” al texto de la Ley General Tributaria. Posiblemente porque la disposición adicional que nos ocupa es ya en sí misma una penalización y, por tanto, no es concebible acumular sanciones por diferencia de valor en la comprobación.

Otra cosa sería si el nuevo texto, procedente de la reforma de 1987, da pie para girar sanciones por la hipotética infracción de haber declarado un valor que luego va a rectificar la Administración (reiteramos que sin que se produzca el efecto de la Ley de Tasas que hace inviable el intento de sancionar lo que carece de tipo de infracción).

Pues bien, entendemos que la infravaloración del ciudadano respecto de la que resulte de la comprobación administrativa no determina infracción alguna. No se encuentra su tipificación en el Texto Refundido del

---

## estudios

---

Impuesto, antes al contrario, el artículo 67.4 del Reglamento dice: “Las diferencias resultantes del expediente de comprobación de valores no serán objeto de sanción cuando el sujeto pasivo se hubiere ajustado en su declaración a las reglas de valoración del Impuesto sobre el Patrimonio...”. Es decir, cumplido este requisito, que, evidentemente, implica una remisión a la base del otro impuesto “ex-ante”, no debe exigirse cantidad alguna por infracción. Tampoco la tipificación del nuevo artículo 79 de la Ley General Tributaria (según redacción de la Ley 10/85) permite apreciar la existencia de tipo, ni a ello se puede llegar por la vía indirecta de tipificación que dicha Ley hizo a partir de las sanciones y su graduación en los artículos 82 a 88, y ha de recordarse que la cuantía del perjuicio económico ocasionado a la Hacienda Pública es una circunstancia de graduación y no una infracción en sí misma.

*g) Las vías de escape.*

Quien pretenda afrontar una operación potencialmente sujeta a los efectos de la Ley de Tasas, además de poder asumir de lleno todas sus implicaciones y derivaciones, deberá contemplar otras alternativas.

La primera y más evidente es acudir a la transmisión gratuita y enjugar en ella –al 20 por 100 y anticipando el coste del Impuesto sobre Donaciones (que también prevé, por cierto, la comprobación de valores)– las posibles plusvalías, que quedarán fuera de las denominadas “repercusiones tributarias”. Las demás opciones implicarán la utilización de sociedades por la vía de aportaciones y en la misma medida en que las ventas de activos mobiliarios, solares, inmuebles en construcción y otros derechos puedan quedar sujetas al IVA o las acciones fuera del ITP. No obstante, ha de cuidarse cuál es el valor “defendible” y cierto en el Impuesto sobre el Patrimonio, para evitar que su revisión posible afecte a la valoración administrativa de la aportación, si bien, como hemos dicho, esta clase de actos quedarían fuera, en nuestra opinión, del ámbito de la Disposición Adicional de la Ley de Tasas.

Otros procedimientos más sofisticados consistirán en acudir a las técnicas de las opciones, divisiones del contenido económico del bien transmitido, a las operaciones “testigo” o que preconstituyan pruebas de valoración, a las condiciones de diversa índole y a los factores de aleatoriedad en la eficacia de los negocios.

En definitiva, los problemas reales se harán efectivos sobre quienes carezcan de medios de defensa o de imaginación para eludir la acción de los tributos.

## estudios

### *h) ¿Cuáles serán los ámbitos propios de la Ley de Tasas?*

Todos aquellos que están sujetos al ITP y que pueden producir efectos en los transmitentes; así se excluiría, como hemos dicho, el caso de la venta de la vivienda para reinvertir con las condiciones legales, al menos en la perspectiva del vendedor, y en la del comprador si está materializando su reinversión.

El mundo rústico, pese a su naturaleza empresarial, continúa anclado en el ITP, por lo que todas las transacciones que en él ocurran quedarán incluidas potencialmente en este ámbito.

El mundo empresarial se verá alcanzado en aquellas operaciones que, por pertenecer al tráfico inmobiliario urbano, están exentas de IVA y sujetas por remisión al ITP, siempre que sean transmisiones onerosas. Pero no creemos que se pueda aplicar a los casos de no sujeción, cuales son las fusiones y escisiones.

También quedarán sujetas las ventas de títulos valores que se sometan al ITP por reenvío del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores, supuesto al que nos referimos más adelante.

Caso dudoso es el de la comprobación de valores de los bienes transmitidos con exención de ITP, como ocurre cuando el adquirente es empresa de arrendamiento financiero y la operación está sujeta pero exenta de IVA. Entendemos que en estos casos no procede aplicar la Adicional Cuarta por tratarse de actos exentos, lo que significaría que la exención en ITP se hace extensible a las "repercusiones tributarias" en otros tributos. De no ser así, se practicaría una comprobación que, sin afectar al tributo que corresponda (ITP), provocaría efectos en el Impuesto sobre Sociedades, primordialmente.

### *i) La filosofía normativa.*

Las derivaciones expuestas, ¿a qué criterio nos conducen? Entendemos que la norma es coherente con el sentido fiscalista que nos domina, pero será de aplicación errática.

Nos parece una norma amenazante, como tantas otras, intencional, presuntiva y de aplicación unilateral; sus efectos se producirán mecánicamente y nacerán más de la fuerza imperativa pura que de la lógica sinalagmática que es una Ley. Y bien sabemos lo que ocurre con normas de esta clase: Generan presiones, prácticas inconfesables, impugnaciones y, frecuentemente, sentencias que desautorizan al poder legislativo en cuanto

## estudios

autor y al sentido moral de las normas, penalizando al que cumplió o al que aceptó el efecto del miedo y favoreciendo al que resistió o recurrió o al que abusa con posibilidades o ingenio.

Son normas de las que puede predicarse aquella demoledora afirmación que la admirada Yourcenar pone en boca de Adriano:

“... Creo poco en las leyes. Si son demasiado duras, se las transgrede con razón. Si son demasiado complicadas, el ingenio humano encuentra fácilmente el modo de deslizarse entre las mallas de esa red tan frágil... peligrosas cuando quedan a la zaga de las costumbres, lo son aún más cuando pretenden precederlas...”

El definitiva: El poder trata de salir al paso de las prácticas de una sociedad corrupta, pero olvidando quizás que de dicha sociedad sólo pueden emanar normas de idéntica naturaleza; no es que el cuerpo social destinatario sea angelical y el poder normativo exceda los límites de la justicia; es que son tal para cual, y tales normas son las que, naturalmente, corresponden a un colectivo que resiste, por las causas sociológicas que sean, el espíritu de equidad que los sistemas fiscales deben encarnar. Son normas complejas, obstruccionistas y expresivas de una mentalidad en retroceso; difíciles, si no imposibles, de cumplir por ambas partes.

Si existen motivos de inconstitucionalidad nos lo dirá también la autoridad correspondiente, tampoco desmarcada de la sociedad que ordena. Porque, ¿puede desconocerse el estado moral de nuestra sociedad? No olvidemos que aún está por desmentir el escándalo de las valoraciones que recientemente afectó a las transmisiones de personas significativas en la dirección social.

Si fuese necesario apuntar soluciones, para nosotros prácticas tan viciosas sólo se pueden corregir de varias maneras: Primera, reducir sustancialmente el gravamen de las transmisiones para que deje de obstruir la veracidad de las manifestaciones públicas de los actos del tráfico. Mientras continúe con los caracteres de gabela, el ITP en las transmisiones onerosas seguirá alterando la realidad.

Segunda, avanzar hacia el principio de unicidad de valoraciones, rompiendo el esquema actual de reglas propias por cada figura tributaria, sujetas, además, al criterio aplicador de la Administración competente para la exacción del tributo de que se trate (central, autonómica y local).

Y tercera, aplicar correctamente los impuestos directos; si la Administración es incapaz de hacerlo, no creemos que el procedimiento sea el de

## **estudios**

las presunciones imperativas; es deber de los responsables de la gestión tributaria descubrir y averiguar y, si está a su alcance, atacar con la autoridad moral de la justicia, del ejemplo y de la racionalidad del gasto, el espíritu profundamente insolidario que preside nuestra sociedad en la materia impositiva. Pero quizás pedir en nuestra generación esta disposición activamente ejemplificadora a la clase política y a los dirigentes del sector privado, sea un imposible.

### **III. OTRAS CUESTIONES DEL ITP.**

La tenaz pervivencia del gravamen sobre el tráfico jurídico se manifiesta en otros muchos problemas cotidianos, que evidencian incluso una fuerza expansiva del tributo en sus distintas variantes. A continuación expondremos algunas de las cuestiones que nos parecen más conflictivas y que expresan hasta dónde llega el “decadente” impuesto.

#### **1. El artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores.**

Toda transmisión de valores queda exenta del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados así como del IVA, cualquiera que sea el transmitente.

Sin embargo, sobre el precedente que ya estableció la Ley 50/1977 respecto de las Sociedades interpuestas para la tenencia de inmuebles, (y que entendemos quedó derogado con la entrada en vigor del IVA, a partir de la redacción dada en tal sentido, por la Disposición Transitoria Segunda, número 3, letra c, de la Ley 32/80, de 27 de junio, reguladora del Impuesto), se exceptúan de la exención, para someterse al ITP, concepto “Transmisiones Patrimoniales Onerosas”, las siguientes transmisiones de valores:

1) Los 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 y 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.



## estudios

Precisa la Ley que en las sociedades mercantiles se entiende obtenido el control cuando directa o indirectamente se alcance una participación en el capital social superior al 50 por 100; y que a efectos del cómputo del 50 por 100 del activo inmobiliario no se tendrán en cuenta los que formen parte del activo circulante de entidades cuyo objeto social exclusivo consista en desarrollar actividades empresariales de construcción o promoción inmobiliaria salvo que se trate de terrenos y solares.

2) Las transmisiones de acciones o participaciones sociales que se reciban por aportaciones de bienes inmuebles al constituir sociedades o ampliar su capital, si entre ambas fechas (aportación y transmisión) no ha transcurrido un año.

El efecto que se produce es la aplicación del tipo de gravamen correspondiente a las transmisiones onerosas de inmuebles y con la valoración resultante de la normativa del ITP.

A modo de observaciones, se nos ocurren las siguientes:

a) Estas sociedades interpuestas no se corresponden con las de mera tenencia a efectos de la transparencia fiscal obligatoria; en cualquier caso, son conceptos aún no definitiva y coherentemente precisados en la legislación fiscal.

b) El concepto de las sociedades mercantiles no tiene tampoco, nada que ver con el previsto en la reforma del Código de Comercio y Leyes de Sociedades Anónimas y Limitadas.

c) Si el control se logra con el 50'1 por 100 del capital social, podría entenderse que transmitiendo el 50 por 100 exacto no se produce el resultado que configura el hecho imponible, por lo que únicamente sería aplicable el efecto tributario del ITP a las transmisiones sucesivas, siendo tal hecho responsabilidad del adquirente.

d) A falta de mayor precisión, parece que el término inmueble debe entenderse en su sentido civil; pero más exacto sería determinar su alcance con la normativa del IVA, excluyendo por ende las categorías inmobiliarias que en este impuesto no se consideran "edificaciones" (artículo 73, del Reglamento) y, más singularmente, las que constituyen inmovilizados empresariales, comerciales o industriales; esta previsión es urgente ya que sólo parece clara la inclusión de terrenos y solares en cualquier caso y la

## estudios

exclusión de los inmuebles que figuran en el circulante de las empresas de construcción y promoción inmobiliaria. También conviene precisar la situación de los derechos reales sobre inmuebles.

e) Para que las inmobiliarias citadas no queden sujetas al alcance del ITP en las transmisiones de títulos debe darse el requisito de que su objeto social sea “exclusivamente” el previsto en la Ley, cuestión que en su aplicación literal puede llevar a alguna exageración no acorde con el propósito de evitar la interposición.

f) El artículo 108.2 habla de “participaciones sociales” y la pregunta es la siguiente: ¿Qué ocurre con las participaciones en el capital de las Sociedades de Responsabilidad Limitada? ¿Se está refiriendo ahora a ellas el legislador?

Creemos que en este punto el error técnico es manifiesto. Resulta que el capital de las Sociedades de Responsabilidad Limitada está dividido en participaciones “que no podrán incorporarse a títulos negociables” (artículo 1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), pero la Ley del Mercado de Valores circunscribe su ámbito a los “valores negociables” (artículo 2) por lo que no parece lógico extender el artículo 108 a las participaciones de las Sociedades de Responsabilidad Limitada (véase además el número 2 del Preámbulo de la Ley del Mercado de Valores). Así las cosas resultaría que las participaciones de las Sociedades de Responsabilidad Limitada quedarían o dentro o fuera de la aplicación del 108, con su exención y sus efectos.

El tenor literal del artículo 108.2 podría invocarse en favor del reconocimiento explícito del concepto en este ámbito tributario concreto, en cuyo caso cabrían dos alternativas:

- Estricta: Considerar que nunca se les aplica la exención del ITP y del IVA, y que quedarán sujetas al régimen general de las transmisiones onerosas o del IVA, sin más excepción que la del propio artículo 108.2.
- Amplia: Considerar que, a partir de dicho reconocimiento en el precepto citado, se les aplica todo su contenido.

Pero en contra de esta interpretación benevolente, juega el mandato tajante del artículo 2 y del ámbito de la Ley del Mercado de Valores, y así podría concluirse que el régimen del artículo 108 no les es aplicable

## estudios

en absoluto, ni siquiera en su párrafo segundo, que se estaría refiriendo (como creemos que ha ocurrido) a las participaciones sociales, no a las Sociedades de Responsabilidad Limitada, sino en otras “entidades” o “fondos”.

Todo esto acontece dentro de una polémica más amplia a que aludiremos enseguida, que es el hecho de que la Ley del IVA (armonizada) declara ya irremisiblemente la exención en dicho impuesto, de las operaciones... relativas a acciones, participaciones en Sociedades... (artículo 8.18.g), por lo que la exclusión de tales participaciones del alcance del 108 motivaría siempre:

- su exención en IVA si transmite un sujeto pasivo del Impuesto, cualquiera que sea el patrimonio de la Sociedad.
- su sujeción al régimen general de ITP en caso contrario y sin aplicación del tipo de las operaciones inmobiliarias.

Haría bien el legislador, en nuestra opinión, corrigiendo con urgencia el error advertido, en aras de la seguridad jurídica y de la igualdad ante la Ley.

g) En orden a prevenir negocios indirectos que eviten la aplicación de la norma, el artículo primero, apartado 3 del R.D. Ley 1/89, de 22 de marzo, dice que “lo dispuesto en el artículo 208 será de aplicación cuando, a través de la transmisión de derechos de suscripción preferente, se consiga la adquisición del control de una Sociedad cuyo activo social esté contenido al menos en un 50 por 100 por inmuebles situados en territorio español”. Por consiguiente, la venta de tales derechos queda sujeta al ITP, concepto transmisiones patrimoniales onerosas.

Debe notarse la complejidad normativa de este régimen, ya que la venta de derechos que por sí comporta el tratamiento de incrementos de patrimonio desde el Real Decreto Ley, en los términos que establece, queda, además, sometida a la comprobación de valores y a los efectos de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Tasas.

Sin embargo, ha quedado sin prever un entramado que se crea con el parcheo normativo: el negocio de las obligaciones convertibles y “warrants” a través de las cuales logra iguales efectos. La necesidad de singularizar tipos concretos de operaciones para su sujeción demuestra que si se acude al negocio indirecto no previsto, no se incurre en fraude de ley, con la trascendencia que ello puede implicar para la interpretación en derecho

## estudios

de todo nuestro sistema fiscal.

h) Igualmente, se suscita el eventual conflicto entre el artículo 108 y la Ley del IVA, cuando quien transmite es un sujeto pasivo de este impuesto. ¿Puede una Ley nacional posterior modificar el ámbito de una Ley anterior armonizada? La polémica deriva, irremediablemente, al espacio de libre disposición que las Directivas CEE dejen a los Estados miembros en determinados ámbitos, entre ellos el inmobiliario. Ya la definición de este espacio ha causado problemas, pero ahora se va más allá.

El artículo 3.3 de la Ley del IVA excluye del ITP las operaciones que a aquél estén sujetas sin más excepción que las entregas y arrendamientos de inmuebles que estén exentos del propio IVA. Parece aceptado que el régimen de derechos reales sobre inmuebles sigue la suerte que toque al inmueble en sí mismo, pero en donde espera el conflicto es en la cesión de títulos que atribuyan, sobre los inmuebles, la propiedad, el uso o el disfrute exclusivo. Sobre estos títulos dice el Reglamento que “no tienen esa naturaleza las acciones o las participaciones en sociedades u otras entidades”; luego si carecen de tal naturaleza, están exceptuados de la excepción a la exención (con perdón por el seguimiento de la propia técnica legislativa), es decir: Estarán exentas siempre del IVA. Y, si éste es el criterio armonizado, ¿cabe someter a través de la Ley del Mercado de Valores al ITP las transmisiones de títulos de sociedades interpuestas cuando enajena un sujeto pasivo del IVA habida cuenta de que el legislador sólo ha autorizado la aplicación del ITP a operaciones concretas? Por tanto, frente a la Ley armonizada en su alcance y conceptos, ¿puede la Ley española extralimitar el espacio de que dispone en el tratamiento tributario indirecto de operaciones de sujetos pasivos con títulos-valores y asimilados, ordenando la producción de efectos en otro impuesto distinto? ¿No hay un reconocimiento subconsciente de una eventual irregularidad cuando se exige que las sociedades a que se refieren estos títulos tengan sus inmuebles situados “en territorio nacional”, discriminando así según el lugar de radicación y contradiciendo los principios de libre circulación e inversión en el ámbito de la CEE? Y, aparte de ello, ¿en qué situación quedarían los casos referidos a Canarias, Ceuta y Melilla, en donde no se aplica el IVA? ¿Se puede, por otra parte, aplicar de hecho la norma a la venta de estos títulos cuando se hacen por residentes o no residentes, y corresponden a sociedades gibraltareñas o similares?

i) En relación con esta materia es necesario traer a colación la normativa comunitaria en los siguientes aspectos:



## estudios

Primero: La Directiva 69/335, sobre el “droit d'apport” o impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales. Su artículo 10 prohíbe a los Estados miembros percibir, en lo que respecta a las sociedades, cualquier impuesto —cualquiera que sea su forma— sobre las operaciones contempladas en el artículo 4, o aportaciones, préstamos o prestaciones efectuadas en su ámbito.

El artículo 4, a su vez, recoge el hecho imponible armonizado y centrado —básicamente— en las operaciones de constitución de una sociedad, aumento de su capital mediante aportación de bienes de cualquier naturaleza y de incremento de patrimonio social mediante aportación de bienes de cualquier naturaleza aunque su contrapartida no sean acciones sino derechos de naturaleza social.

La cuestión a plantear es la siguiente: Supuesto que el artículo 108 comentado, somete al gravamen del 6 por 100 de ITP y sus efectos, las transmisiones de valores en las condiciones ya expuestas, ¿sería posible excluir de su ámbito los actos de enajenación constituidos por aportaciones de valores al capital social, en la constitución o ampliación, alcanzando incluso a los casos en que tales aportaciones se realizan con derechos de suscripción?

El artículo 10 de la Directiva lo impide. No obstante, el artículo 12 autoriza —a pesar de ello— a los Estados miembros, a percibir:

- a) Impuestos sobre la transmisión de valores mobiliarios.
- b) Impuestos sobre las transmisiones... referidos a las aportaciones a una sociedad... de bienes inmuebles... situados en su territorio.

¿Cómo queda el juego del artículo 108 con las normas de la Directiva?  
A nuestro juicio, de la forma siguiente:

La norma del artículo citado es aplicable cuando se trata de transmisiones de valores de la naturaleza y condiciones descritas (no realizada por sujetos pasivos del IVA, por lo que ya se ha comentado) y que no consista en actos de aportación al capital de las sociedades por prohibición de la norma armonizadora, ni siquiera aunque se aporten derechos de suscripción, no siendo procedente, tampoco, el efecto de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Tasas.

Las excepciones del artículo 12 de la Directiva no autorizan al Estado a extender el ámbito del artículo 108 de la Ley de Mercado de Valores a las operaciones societarias porque la contemplada en el artículo 12.a, se refiere a transmisiones de valores mobiliarios debiendo entenderse que

## estudios

fuera de los actos societarios y la del artículo 12.b, se refiere a actos de aportaciones de inmuebles y ahora nos estamos refiriendo a actos de aportación de títulos-valores.

Segundo: La propuesta modificada de Directiva sobre Impuestos Indirectos sobre transacciones con títulos (14 de abril de 1987).

Esta Propuesta prohíbe sujetar a imposición las transacciones con títulos, salvo que se trate del propio "droit d'apport" definido en la Directiva 69/335 o los impuestos sobre transmisiones de inmuebles cuando, como consecuencia de transacciones con títulos de sociedades cuyo patrimonio esté total o parcialmente por inmuebles situados en su territorio, el adquirente obtenga el conjunto del patrimonio o una posición tal que le permita ejercer el control de dicha Sociedad (existe otra excepción en materia de IVA). La proposición ha inspirado claramente el artículo 108 de la Ley que comentamos, y de ella se infiere que las transmisiones de títulos-valores, que no se gravan por regla general, sólo se sujetarán a los impuestos consistentes,

- bien en el "droit d'apport" cuyo avance y correlación con el artículo 108 ya hemos comentado,
- bien en el impuesto que grava las transmisiones de inmuebles cuando a través de la transacción de los títulos valores se produce el efecto descrito (gravamen por asimilación).

La dicotomía ante el gravamen sobre operaciones societarias (por aportaciones) y sobre gravamen por asimilación indica —a nuestro entender— que la transmisión consistente en aportar títulos-valores no es susceptible de gravamen simultáneo, ya que si en el ámbito del "droit d'apport" fuese posible el gravamen por asimilación, ya se habría estipulado con toda claridad, y lo único que se ha autorizado a tratar de manera especial —a efectos de asimilación— es el acto de aportación de inmuebles (artículo 12.1.b).

### **2. Las operaciones atípicas.**

Llamamos ahora operaciones atípicas a todas aquéllas que se instrumentan con perfecta legalidad para lograr ventajas tributarias resultantes de los siguientes factores:



## estudios

- La complejidad técnica.
- La incapacidad (en sentido de posibilidad física) administrativa para despejarlas y desentrañar sus consecuencias.
- Los propios resquicios dejados por el legislador, sus silencios y sus inclusiones tajantes que operan exclusiones “a sensu contrario” sobre el principio de tipificación exacta de los negocios que constituyen los hechos imposables.

Las operaciones más características son las que se articulan en el manejo de la división del dominio y las opciones, así como, en menor medida, las condiciones suspensivas y las pignoraciones en garantía.

En principio, cuando tales operaciones se realizan por sujetos pasivos del IVA no debe jugar el ITP, salvo que éste irrumpa por el régimen de las exenciones del IVA o por el ya comentado de la Ley del Mercado de Valores.

Caso singular puede ser el de usufructo de títulos-valores, que, referidos a sociedades ordinarias y cedidos por sociedades, estaría exento de IVA y no sujeto a ITP. Y, en particular, qué ocurre cuando se extingue el usufructo o se consolida el dominio, en una sociedad que recibe de distintos aportantes usufructo y nuda propiedad. Al remitir el Reglamento la liquidación al negocio correspondiente, sólo procedería liquidar por la operación societaria realizada.

No obstante, los efectos más interesantes de estas operaciones son los que cabe esperar en el ámbito de la imposición directa, con casos extremadamente complejos como serían los correspondientes a títulos de sociedades en transparencia fiscal.

La casuística mercantil puede conducir a operaciones interesantes que permiten evitar legalmente la aplicación de la norma de la Ley del Mercado de Valores y sus efectos; por ejemplo, si una sociedad de mera tenencia de inmuebles emite obligaciones convertibles, su transmisión, al no representar los títulos partes del capital o patrimonio de sociedades, quedaría fuera del ITP, pudiendo ejercitar el adquirente, en su momento, el derecho de suscripción preferente.

### 3. Las concesiones administrativas.

Hemos sostenido que la sujeción de tales concesiones al ITP carece

## estudios

de lógica tributaria cuando el concesionario es un sujeto pasivo del IVA que aprovecha tal título para su explotación. En contra de este criterio, que al parecer merma la supremacía administrativa, se ha mantenido en los primeros tiempos del nuevo impuesto la sujeción al antiguo. Pero la armonización comunitaria se ha impuesto en parte de esta materia y, como ya sostuvimos en su momento, las concesiones en las zonas portuarias y aeroportuarias han pasado al régimen del IVA puesto que, de lo contrario, se mantendría la vulneración frontal de la Sexta Directiva. Así lo ha aceptado la Ley de Tasas y Precios Públicos (Disposición Adicional Quinta).

Mientras tanto, entendemos que sigue siendo incoherente mantener las restantes concesiones necesarias para la actividad empresarial en un impuesto no deducible y cuya liquidación es harto conflictiva.

### 4. El ITP y las operaciones de "leasing" inmobiliario.

La Disposición Adicional de la Ley del IVA, en su número 3, añadió al artículo 48.I.B. del Texto Refundido del ITP, que establece las exenciones, un nuevo número 20 en los siguientes términos: "Las transmisiones de edificaciones a las empresas de arrendamiento financiero..., para ser objeto de arrendamiento con opción de compra cuando dichas operaciones estén exentas del IVA."

El problema suscitado es el siguiente: Si un sujeto pasivo del IVA realiza la transmisión a la empresa de "leasing", con exención del IVA, caería la operación en la sujeción al ITP a cargo de la empresa adquirente; pero ello no es aplicable si la transmisión, en lugar de estar "exenta" del IVA, está "no sujeta", básicamente por tratarse de una transmisión realizada por quien no es o no actúa como sujeto pasivo del impuesto.

La distorsión es manifiesta, y se produce como efecto inducido del literalismo característico de nuestras normas tributarias; si el efecto pretendido es evitar que el ITP encarezca indirectamente el "leasing" inmobiliario posterior, debería ser indiferente la condición del transmitente; pero una misma situación tributaria, en su consideración económica, cual es la que surge entre operaciones exentas y operaciones no sujetas, produce un efecto discriminatorio, desconocemos si impremeditado.

Como toda distorsión, se puede forzar a un expediente de solución: Previo a la transmisión es necesario crear un sujeto pasivo del impuesto, lo que puede hacerse, previas las altas oportunas, convirtiendo al propietario individual en arrendador (en situación de sujeto o de exento según el inmueble a transmitir), de tal modo que durante cierto tiempo se logre



## estudios

una sujeción que derive después en transmisión exenta de IVA y, por tanto, de ITP, al desafectarse del patrimonio "empresarial".

### 5. Las operaciones societarias.

Varios son los problemas que se nos ocurren y que sintetizamos en los siguientes:

#### *a) La comprobación de valores.*

Cuando se amplía capital o se constituye la sociedad, con aportaciones no dinerarias, es preceptiva la aplicación del expediente de comprobación. Como ya hemos dicho, los resultados de tal expediente no son susceptibles de sujeción a la Disposición Adicional de la Ley de Tasas.

No obstante, la revisión firme de valores puede producir efectos fiscales un tanto extraños, por el juego de las valoraciones resultantes en el Impuesto sobre el Patrimonio y en el IRPF a que ya hemos hecho referencia. Por ejemplo: Una aportación no dineraria de 100, convertida por la comprobación en 300, determina que el valor de los títulos a declarar en Patrimonio sea de 300, y, como éste es el importe a considerar como referencia a efectos de la variación patrimonial prevista en el artículo 20.8 de la Ley del IRPF, el aportante experimentará un incremento adicional de 200 a su tipo ordinario (y no al 20 por 100 que resultaría de la Ley de Tasas). Este efecto desajusta, por tanto, la variación patrimonial, y los valores del nominal recibido con el valor fiscal imputado.

Sin embargo, el capital nominal de la sociedad no se habrá alterado, por lo que una disposición posterior de los títulos deberá evaluarse entre el coste fiscal de adquisición (y no el teórico o el escriturado) y el precio de enajenación. Pero si este valor de salida se ha de remitir al valor teórico (por ejemplo, en una donación) resultaría una minusvalía por diferencia entre el valor comprobado al azar y el teórico según balance que no ha tenido que reflejar aquel incremento.

Todo este expediente puede entrar en crisis según el alcance que tengan las normas previstas para las futuras sociedades anónimas, a partir de 1990 ya que si se realizan aportaciones no dinerarias, su realidad y valoración deben revisarse por "expertos" nombrados por el Registrador Mercantil, en calidad de terceros independientes. Y cabe preguntarse si tendrá algún efecto fiscal complicar aún más las cosas con la irrupción de un tercer

## estudios

camino de valoraciones de alcance público, ya que si los “expertos” certifican que las valoraciones son correctas (y su misión se enfoca desde un principio de mínimos de garantía del capital) se logra una prueba de validez importante. Algo deberá pensar la Administración tributaria a este respecto.

### *b) Las escrituras de desembolso.*

Constituye una práctica —en nuestra opinión, improcedente— el hecho de que cuando una Sociedad acuerda aumentar el capital con desembolso parcial, las posteriores escrituras de desembolso se sujetan al 0'50 por 100 del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, a pesar de que la escritura de aumento tributó al 1 por 100 armonizado, lo que ha motivado la crítica de la doctrina más autorizada, que compartimos.

El 0'50 por 100 puede tener sentido en una legislación no armonizada, pero cuando nuestro ordenamiento se sujetó a las reglas del “droit d'apport” de la CEE, quedó al descubierto el gravamen del 0'50 por 100 de los documentos públicos que contienen actos inscribibles y susceptibles de evaluación; entendemos que la norma, “per se”, puede seguir siendo válida pero desde la armonización del “droit d'apport” creemos que es incompatible al haberse girado ya el tributo único y excluyente sobre las aportaciones de capital.

La Directiva 69/335, de 17 de julio antes mencionada, no contempla como hecho imponible autónomo los desembolsos, antes al contrario, su artículo 5 admite la posibilidad de que los Estados miembros difieran el pago del impuesto hasta el momento en que las aportaciones se efectúen, lo que, evidentemente, determinaría la incompatibilidad de ambos conceptos, y el artículo 11 establece: “Los Estados miembros no someterán a ninguna imposición, cualquiera que sea su forma, la creación, emisión... de acciones...”, excluyendo la posibilidad del doble gravamen.

Otro tanto cabría decir de las escrituras que recogen acuerdos de ampliación de capital mediante autorización al Consejo para su efectividad, en una o varias veces y hasta el límite que se haya previsto. Tal escritura es un acto no sujeto y su gravamen, al 1 por 100, procederá cuando los acuerdos se hagan efectivos.

### *c) Las comunidades de bienes.*

Su constitución, por acto inter-vivos, para realizar actividades empre-

## estudios

sariales, se considera, a efectos del Impuesto, como acto constitutivo de sociedades. Del artículo 30.2 del Reglamento se desprende que si no han tenido aquel objeto, la constitución estará sujeta a Actos Jurídicos Documentados cuando se realiza en la forma documental pertinente; de aquí que su disolución también se someta a dicho gravamen, sin perjuicio de que sean aplicables "otros", en caso de que las adjudicaciones no guarden la debida proporción con las cuotas de titularidad. Así resulta del precepto citado, del que habría que interpretar a qué otros gravámenes puede hacerse referencia; en principio, la desproporción entre cuotas de titularidad y adjudicaciones queda sometida (en comunidades que no exploten empresas) al concepto exceso de adjudicación en transmisiones onerosas, con el efecto derivado en Patrimonio y subsiguiente incidencia potencial en IRPF por la vía de la Ley de Tasas o de eventuales incrementos patrimoniales.

Por lo demás, no cabe duda que las situaciones en comunidad son susceptibles de generar suficientes complejidades como para encubrir negocios indirectos de "ahorro" o diferimiento de impuestos.

### *d) Aportaciones de negocios.*

En estos casos no procede comprobación alguna toda vez que el valor real se determina por el neto patrimonial o diferencia entre activo y pasivo; lo que puede suceder en estas operaciones es la no sujeción por tratarse de actos de empresarios o de sujetos pasivos que aportan en bloque (o en partes, a distintos adquirentes, porque ahora es indiferente) las explotaciones íntegras.

La duda se suscitara más en la sujeción de las operaciones de escisión al IVA que al ITP, si bien este impuesto entraría en juego respecto de la operación societaria realizada. Por ello, las adjudicaciones por escisión si tributan por IVA, no caerían en ITP más que en el concepto citado, y, si se consideran no sujetas a IVA, tampoco lo estarían a ITP por transmisiones onerosas al quedar fuera de su ámbito; desde el punto de vista de la "operación societaria", el impuesto debería girarse sin necesidad de constatar más que la realidad del valor teórico en balance.

## **6. El Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.**

Su liquidación sigue siendo fuente de conflictos, no sólo respecto de supuestos como los descritos, sino de otros cuales son los recibos mer-

## estudios

cantiles emitidos al cobro, y, sobre todo, los préstamos hipotecarios y sus vicisitudes.

Está claro que toda operación de préstamo, cualquiera que sea la condición del prestamista, está exenta del IVA y del ITP. Respecto de este último impuesto así lo estableció la Disposición Adicional número 2 de la Ley del IVA, al modificar la redacción del artículo 48.I.B.19 del Texto Refundido del Impuesto.

Figurando este precepto entre las exenciones, en la parte de las disposiciones comunes, no se sabe por qué razón la Administración quiso entender que la exención no alcanzaba al concepto Actos Jurídicos Documentados, y, en particular, en los casos de cancelación de los préstamos hipotecarios. En contra de este criterio se han pronunciado ya algunas sentencias, como las de la Audiencia Territorial de Oviedo y la de Cáceres.

Pero, en vista de ello, la Ley de Presupuestos para 1988, convertida de nuevo en Ley sustantiva, estableció una nueva redacción para el número 19 del precepto citado (artículo 104.5). Y “aclaró” que la exención se extenderá... al gravamen sobre actos jurídicos documentados que recae sobre pagarés, bonos, etcétera. Con ello daba a entender que la exención no se extendía a otros hechos y, si bien respecto del pasado era posible la duda, respecto del futuro no debe haber ninguna porque no se declara exento ningún otro concepto que no sea el previsto en su redacción, dando una magnífica muestra de la técnica típica del tributo de crear hechos imposables por la vía negativa de no recogerlos en el ámbito de una exención (no es necesario eximir porque, obviamente, si está sujeto, como se prueba por el hecho de que la exención —que se debe interpretar literal y estrictamente— no recoge el caso).

Y ahí estamos: ¿Continúa el criterio judicial anterior a 1988? ¿Deben tributar por Actos Jurídicos Documentados los préstamos y sus vicisitudes? ¿Es compatible en el tráfico empresarial el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados con el IVA si el primero actúa como verdadero gravamen de la cifra de negocios y de las operaciones empresariales en contra de los criterios de las Directivas comunitarias?

¿Qué alcance dar al artículo 12.1.d, de la Directiva 69/335 que permite gravar la constitución, inscripción o cancelación de hipotecas a pesar de la norma de su artículo 11.b, que prohíbe gravar los empréstitos contratados en forma de emisión de obligaciones u otros títulos negociables?

### 7. La gestión. Siempre la gestión.

La tramitación práctica del tributo es una fuente cotidiana de dificul-

## estudios

tades; se exigen toda clase de fotocopias de los documentos sujetos a la liquidación y de los de identidad, se guardan colas variadas y se requiere hasta la presentación de documentos declarativos de la "no sujeción", auténtico monumento de la burocracia española. Todo ello como condicionamiento indispensable para acceder a las inscripciones públicas necesarias.

Operaciones complejas no pueden ser explicadas quedando a la espera de las reacciones administrativas, siempre cautelares. Los expedientes de sociedades extranjeras rara vez pueden cumplirse en los plazos previstos al depender de otras instancias administrativas.

La naturaleza de los documentos liquidatorios sigue siendo un enigma a la hora de valorar la autoliquidación, porque, ¿puede el contribuyente separarse del valor escriturado, en el impreso liquidatorio?

La diferenciación conceptual de los términos (contraprestación de una transacción) y valor (objetivo o real, término de una liquidación tributaria) continúa siendo el núcleo generador de todos los conflictos con criterios fiscales y no parece que ni la Administración ni los Tribunales estén por la tarea de resolver de una vez tan crucial problema de la seguridad jurídica.

Finalmente, la competencia autonómica de gestión, pendiente de reglamentar con certeza las atribuciones territoriales, se está convirtiendo en una vía de actuación un tanto desconcertante, enmarcada en una situación característica de lo que los federalistas anglosajones denominan "tax competition".

### IV. FINAL.

El Impuesto comentado —en su configuración y práctica actuales— se manifiesta como desmesuradamente perturbador de la realidad económica y social. No se cuestiona ni su aplicación ni su posible fundamento. El problema, para nosotros, radica en su concepción y en la forma de desenvolverse cotidianamente; es una figura abierta al obstruccionismo y la arbitrariedad, dicho sea en aras de colaborar al correcto funcionamiento del sistema. La inseguridad jurídica es lo normal en su aplicación, y de ella —a la arbitrariedad— sólo hay un paso.

Esta desproporción real del tributo, ¿compensa los costes económicos y las inseguridades jurídicas y procedimentales que realmente supone? ¿Es un instrumento de cierre del sistema? ¿Recauda con equidad y cer-

---

---

## estudios

---

---

teza? ¿Qué sucederá a quienes quedan indefensos frente a este caos arrollador?

Opinamos negativamente sobre estas cuestiones. Y, como muestra de lo que entendemos que es el sistema tributario de hoy y colofón de este trabajo, bien podría decirse lo que el historiador comentaba a propósito de la sociedad romana en la primera revolución:

“... con las enormes cargas que ha hecho pesar sobre el tesoro, necesita constantemente nuevos y grandes recursos. Seguramente deseaba una administración fuerte y una justicia ordenada, como lo acreditan numerosas y excelentes medidas; y, sin embargo, su sistema administrativo no es más que una continua serie de usurpaciones que la Ley consagra en cuanto a su forma; y respecto de la justicia, institución preciosa que un Estado regular debe colocar por encima de todos los partidos, o al menos fuera de ellos, se la ve envuelta con deliberado intento en el torrente revolucionario.”

