

## BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ079955

### TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Sentencia 3847/2020, de 9 de septiembre de 2020

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 1927/2018

#### SUMARIO:

**ITP y AJD. Beneficios fiscales. Transmisiones de valores. Transmisiones patrimoniales por equiparación. Contrato de arrendamiento ad aedificandum.** Nos hallamos ante la transmisión de un inmueble titularidad de la sociedad y por tanto, la adquisición de las participaciones tributa aquí, por el concepto de transmisión patrimonial onerosa, por resultar aplicable la excepción regulada en el art. 108.2 de la Ley 24/1988 (Mercado de Valores). Conforme al contrato celebrado, el objeto del arrendamiento pactado es la parcela, sin edificar, comprometiéndose el arrendatario a construir una edificación, destinada a albergar el uso de casino de juego y actividades complementarias, que lejos de erigirse en nombre y beneficio del arrendador, lo es por el arrendatario, en su exclusivo provecho y nombre, en orden a su explotación. Al respecto, la renta pactada no se modula o condiciona en función de la construcción a levantar, pactándose únicamente su carencia, y reducción, en todo caso temporales, y previas a la erección misma de la edificación, sin más circunstancia relevante al efecto (de carencia y reducción) que atender al doble, y sucesivo, momento temporal en que se obtenga habilitación administrativa para explotar la actividad de casino, y en que se inicie la explotación de alguna actividad, aun complementaria, lo que evidencia el propósito de modular la renta, exclusivamente, en función de la inminencia, y el posterior inicio, de actividad económica cuyos réditos permitan hacer frente a la renta pactada, no de otras circunstancias. Se ha celebrado un tipo de contrato de arrendamiento *ad aedificandum*, en que la propiedad de la construcción que se compromete a levantar el arrendatario corresponde al arrendador, en cuyo nombre y beneficio se erige aquélla; desconoce la liquidación practicada la calificación de la operación realizada por el registrador de la propiedad; el sujeto pasivo del IBI es la arrendadora; será ésta igualmente sujeto pasivo del IIVTNU, llegado el momento de la transmisión; y el correcto tratamiento contable del contrato de arrendamiento aludido exige contabilizar en el activo de la arrendataria que mantiene el control económico del inmueble éste. Como indica la Inspección, el contrato suscrito no puede encuadrarse en un contrato típico de arrendamiento ya que lo edificado no quedará en poder del arrendador; no obstante, dejando a un lado si es o no adecuada tal denominación, lo cierto es que la propiedad de lo construido sólo puede atribuirse en el momento en que se efectuó la compra-venta de la acciones a la sociedad arrendataria, por cuanto la edificación es efectuada a su costa y no quedará en posesión del arrendador cuando finalice el contrato, puesto que el terreno debe entregarse libre de toda construcción. Resulta inviable la pretensión actora de atribuir la propiedad, ni titularidad alguna del inmueble levantado, a la arrendadora, a los fines de tratar de despojar a su activo del mismo y evitar la aplicación de lo previsto en el art. 108.2 Ley 24/1988, a los efectos tributarios que aquí nos traen, careciendo ésta de la capacidad de disposición sobre el inmueble que le atribuye la recurrente. Podrán darse cuantas explicaciones contables se quieran, que a esta Sala no cabe duda de que la contabilización del inmueble en el activo de la arrendataria (la adquisición de cuyas participaciones propicia la liquidación aquí litigiosa) obedece a la realidad de las cosas, a la incuestionable titularidad del inmueble por la arrendataria, de lo que deriva la correcta aplicación en el presente supuesto de lo previsto en el art. 108.2 Ley mercado de Valores.

#### PRECEPTOS:

Ley 24/1988 (Mercado de Valores), art. 108.

#### PONENTE:

*Don Eduardo Rodríguez Laplaza.*

Magistrados:

Don MARIA ABELLEIRA RODRIGUEZ

Don EMILIA GIMENEZ YUSTE

Don EDUARDO RODRIGUEZ LAPLAZA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

RECURSO ORDINARIO 1927/2018

Partes: "GIGA GAME CASINO, S.L.U" c/ TEARC

En aplicación de la normativa española y Europea de Protección de Datos de Carácter Personal, y demás legislación aplicable, hágase saber que los datos de carácter personal contenidos en el procedimiento tienen la condición de confidenciales, y está prohibida la transmisión o comunicación a terceros por cualquier medio, debiendo ser tratados única y exclusivamente a los efectos propios del proceso en que constan, bajo apercibimiento de responsabilidad civil y penal.

**S E N T E N C I A** Nº 3847

Ilmos. Sres. Magistrados.

D<sup>a</sup>. MARÍA ABELLEIRA RODRÍGUEZ, presidente

D<sup>a</sup>. EMILIA GIMÉNEZ YUSTE

D. EDUARDO RODRÍGUEZ LAPLAZA, ponente

En la ciudad de Barcelona, a nueve de septiembre de dos mil veinte.

LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN PRIMERA), constituida para la resolución de este recurso, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso administrativo nº 1927/2018, interpuesto por "GIGA GAME CASINO, S.L.U.", representada por el Procurador D. Ivo Ranera Cahís, contra el TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO REGIONAL DE CATALUÑA, representado por el Abogado del Estado.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. EDUARDO RODRÍGUEZ LAPLAZA, Magistrado de esta Sala, quien expresa el parecer de la misma.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Primero.

La representación de la parte actora, por escrito presentado ante esta Sala, interpuso recurso contencioso administrativo contra resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña (TEAR, en su caso), de fecha 20 de septiembre de 2018, que acuerda "desestimar la presente reclamación", seguida ante aquél bajo el número 08-07908-2014, "contra acuerdo dictado por la Agència Tributària de Catalunya", "nº liquidación: OT-A452013", por el concepto ITPAJD, modalidad transmisiones patrimoniales onerosas, en la adquisición de participaciones de la sociedad "Gran Casino Costa Brava, S.L."

### Segundo.

Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto en la Ley reguladora de esta Jurisdicción. La actora dedujo demanda en la que, tras relacionar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo a bien, interesa de esta Sala sentencia:

"acordando anular la Resolución recurrida y, por extensión, la liquidación que confirma"

### Tercero.

La Administración demandada, en la contestación a la demanda, solicitó la desestimación del recurso.

### Cuarto.

Señalada deliberación, votación y fallo del recurso, ha tenido la misma efectivamente lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero.

Como se ha adelantado en los antecedentes de hecho, el presente recurso contencioso administrativo tiene por objeto resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña, de fecha 20 de septiembre 2018, que acuerda "desestimar la presente reclamación", seguida ante aquél bajo el número 08-07908-2014.

La resolución recurrida comprende la siguiente relación de antecedentes:

"PRIMERO.- En fecha 18/10/2013 fue firmada en disconformidad el acta de inspección de referencia. De las actuaciones practicadas recogidas en la misma y su informe ampliatorio resulta que:

A) Mediante escritura pública de fecha 27/02/2009, la sociedad GIGA GAME CASINO, SLU compró a la sociedad GRUP FASAMAT, SL 2.070.437 participaciones sociales de la sociedad GRAN CASINO COSTA BRAVA, SL.

B) En la escritura pública de compra-venta se hacía constar que la adquisición estaba exenta del impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas y ajd y del impuesto sobre el valor añadido ya que no se daba ninguno de los supuestos recogidos en el art.108 de la ley del Mercado de Valores , por lo cual presentaron autoliquidación como exenta del impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas y ajd.

C) La obligada tributaria compra el 10% de las participaciones de GRAN CASINO COSTA BRAVA, SL, pasando a detentar el 80% del capital social.

El Activo total de la sociedad GRAN CASINO COSTA BRAVA, SL del año 2008 tiene un montante total de 22.155.602,48 euros del cual 17.283.437,80 corresponden al inmovilizado material, lo que supone más del 50% de inmuebles. En la Memoria presentada en el Registro Mercantil se informa que durante el año 2008 están en proceso de construcción las instalaciones aptas para la explotación del casino y sus actividades complementarias. El saldo de 17.283.437,80 euros se corresponde, de acuerdo con el detalle de la memoria, con el costo del inmovilizado en curso (saldo a 31/12/2007: 7.036.503,20 euros), la reclasificación de 2.120.956,83 euros corresponde con el costo total del inmovilizado en curso efectuado durante el año 2008. Durante las actuaciones el obligado tributario, atendiendo al balance en el momento del devengo del impuesto (27/02/2009) confirma que el inmovilizado material es 16.669.903,48 euros.

En base a dichos datos, la Inspección considera que la compra no está exenta al incurrir en los supuestos de no exención que recoge el art.108 de la ley 24/1988, de 28 de julio , del mercado de valores.

El obligado tributario muestra su disconformidad con la composición del activo realizada por la Inspección, alegando que la sociedad GRAN CASINO COSTA BRAVA, SL no es propietaria ni titular de ningún bien inmueble, puesto que tiene suscrito un contrato de "arrendamiento "ad aedificandum", con la entidad mercantil PARQUES Y HOTELES LLORET DE MAR, SA. Alegaciones que son rechazadas por la Inspección considerando, en síntesis, que de acuerdo con el art.334 del Código Civil , las construcciones realizadas a expensas del cesionario del terreno debe ser calificado como "inmuebles".

Considerando que concurren todos los requisitos de los supuestos del hecho imponible regulado en el art. 108 LMV, el actuario propone la práctica de liquidación por el concepto "transmisiones patrimoniales onerosas", sobre una base imponible de 1.666.990,35 euros, al tipo del 7%.

SEGUNDO.- No formuladas nuevas alegaciones, en fecha 16/12/2013, fue notificado a la entidad obligada tributaria acuerdo del Cap de la Inspecció Territorial en Barcelona confirmando la liquidación propuesta.

TERCERO.- Contra dicho acto fue interpuesta el día 09/01/2014 la presente reclamación económica-administrativa. Puesto el expediente de manifiesto a la parte reclamante en fecha 21/01/2015, el día 20/02/2015 fue presentado escrito en el que considera improcedente la aplicación del artículo 108.2 de la LMV, formulando, resumidamente, las siguientes alegaciones:

1.- Que el art.108 LMV de acuerdo a los antecedentes de dicho artículo ( art.40 de la ley 50/1977 y de las Directivas comunitarias), tiene una finalidad antielusiva, por lo tanto entiende que no resulta acorde a Derecho realizar una interpretación literal de la norma, sino que debería hacerse una interpretación finalista del precepto, teniendo presente que la Directiva comunitaria pretende impedir obstáculos a la transmisión de empresas o negocios. Esta finalidad antielusiva se ha confirmado con la entrada en vigor de la Ley 7/2012, de 29 de octubre.

2.- Que no se adquieren bienes inmuebles con la adquisición de la participación de la sociedad GRAN CASINO COSTA BRAVA, dada la naturaleza del contrato de arrendamiento "ad aedificandum".

Que para valorar la relación jurídica existente entre el GRAN CASINO COSTA BRAVA y dicho inmovilizado, se debe partir del contrato de arrendamiento de fecha 20 de julio de 2006 que GRAN CASINO COSTA BRAVA, como arrendataria, suscribió con la entidad mercantil PARQUES Y HOTELES DE LLORET DE MAR, S.A., como

arrendadora, y propietaria del suelo sobre el que se asientan las construcciones que están en discusión. Mediante dicho contrato de arrendamiento, la arrendadora cedía el uso de la finca con el fin de que GRAN CASINO COSTA BRAVA, en caso de obtener la autorización administrativa pertinente, explotase un Casino de Juego. Para ello, la arrendataria se obligó a construir a sus expensas y en beneficio de la arrendadora, una edificación de 4.237m<sup>2</sup> siguiendo las especificaciones técnicas pactadas por las partes debidamente plasmadas en el pacto segundo, así como en los anexos 3 y 4 del contrato de arrendamiento. La contraprestación que GRAN CASINO COSTA BRAVA debe satisfacer por el uso del terreno es de 57.500, euros mensuales, más IVA. La parte arrendataria recibe el terreno, en régimen de arrendamiento, como una superficie diáfana y se obliga a devolverlo en las mismas condiciones en que lo ha recibido.

Que el análisis de las características esenciales del contrato en cuestión permite concluir que nos encontramos ante un contrato de arrendamiento ad aedificandum, esto es, un contrato de naturaleza atípica sometida a la normativa sobre arrendamientos contenida en los artículos 1.542 y siguientes del Código Civil.

Que tal y como se expuso ampliamente ante la Inspección, PARQUES Y HOTELES DE LLORET DE MAR es la propietaria del terreno y también lo es de la construcción que se edifica encima de dicho terreno. Cuando termine el contrato, el bien ya no tendrá vida útil y, por lo tanto, PARQUES Y HOTELES DE LLORET DE MAR sería la propietaria de un bien inútil, cosa que le impediría explotar el terreno en otro tipo de actividad hasta la demolición del inmueble construido. Por ello, las partes pactan de antemano que los costes de demolición los asuma la arrendataria, parte que va explotar la edificación mientras el activo es útil. El contrato de arrendamiento ad aedificandum, no es constitutivo de ningún derecho real sobre cosa ajena, y está marcado por su claro contenido obligacional. Es decir, el contrato de arrendamiento ad aedificandum se constituye como una relación jurídica "intuitu personae" basada en un contrato en el que se concede la autorización del derecho a utilizar una superficie concreta de una parcela, con una finalidad específica de la explotación de un Casino y con la obligación de ejecutar una determinada construcción a favor de la parte arrendadora. GRAN CASINO COSTA BRAVA tiene el derecho de uso sobre el bien inmueble, pero no la capacidad de disposición sobre el mismo, tal y como consta en el contrato de arrendamiento.

En conclusión, mediante la firma del contrato de arrendamiento, GRAN CASINO COSTA BRAVA se comprometió a construir en nombre y beneficio de la arrendadora una determinada edificación, a cambio de la cesión del uso de la superficie para el desarrollo de la actividad de casino de juego, sin que de ello se derive un título jurídico de propiedad a favor de la arrendataria sobre los bienes construidos. GRAN CASINO COSTA BRAVA ejerce el control del Inmueble ya que ella lo ha construido y es ella la que explota sus actividades económicas en él. Sin embargo, la titularidad jurídica de propiedad del terreno y de las construcciones que se encuentran en él son de la arrendadora PARQUES Y HOTELES DE LLORET DE MAR. De todo ello se deriva que no pueden considerarse dentro del activo de GRAN CASINO COSTA BRAVA las edificaciones construidas, puesto que no es la propietaria de las mismas, sino que pertenecen a la arrendadora y propietaria del suelo, PARQUES Y HOTELES DE LLORET DE MAR. Por lo que no cabe entender, como pretende la Inspección, que se haya producido la adquisición de la participación en una sociedad titular de un inmueble.

3.- La Administración no puede realizar una actuación, obviando la competencia del Registrador de la propiedad sobre la calificación del contrato y su inscripción en el registro de la propiedad.

En la inscripción en el Registro nada se hace constar sobre la titularidad de los inmuebles por construir en la parcela de referencia. La titularidad registral de la parcela (y de los inmuebles en ella construidos o que cualesquiera de las partes se obligaban a construir) se mantiene para la arrendadora PARQUES Y HOTELES DE LLORET DE MAR. La inscripción efectuada por el Sr. Registrador de la Propiedad incluye tan solo el arrendamiento pactado entre las partes, y no se reconoce en absoluto el criterio de la Inspección, es decir, que en virtud del contrato inscrito se construirá un inmueble que será titularidad de la sociedad GRAN CASINO COSTA BRAVA, S.L..

4.- El sujeto pasivo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) y Impuesto sobre el Incremento de Valor de los terrenos de naturaleza urbana es el arrendador PARQUES Y HOTELES DE LLORET DE MAR. En este sentido apunta que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en las sentencias 1129/2008 de 13 de noviembre, 1108/2008 de 4 de diciembre y 1297/2008 de 13 de noviembre trata la cuestión de la propiedad en los contratos de arrendamiento ad aedificandum y concluye que tales contratos no confieren derecho real alguno al arrendatario (y por ende, tampoco la titularidad jurídica atribuible a un propietario) declarándolo no sujeto pasivo en el IBI y la inprocedencia de girarle el Impuesto, ni aun por el vuelo de la edificación.

5.- Tratamiento contable del contrato de arrendamiento ad aedificandum.

Entiende que el hecho de que el balance incluya la construcción como parte del inmovilizado material de GRAN CASINO COSTA BRAVA pueda llevar a una conclusión errónea acerca de la titularidad del mismo. No obstante, se debe distinguir entre el derecho de propiedad en términos jurídicos y aquello que conforme a las normas mercantiles proceda ser contabilizado como un activo en el balance de una sociedad.

Que en los contratos de arrendamiento ad aedificandum, desde un punto de vista contable, quién debe registrar el inmueble construido dependerá de las condiciones concretas establecidas en el contrato. Para que el inmueble pueda ser reconocido como un activo, debe tenerse en cuenta el Marco Conceptual del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (en adelante, "PGC"). Según

el cual, son activos los "bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa, resultantes de sucesos pasados, de los que se espera que la empresa obtenga beneficios o rendimientos económicos en el futuro". Por lo tanto, el mero control económico es lo que determina que un bien se clasifique como un activo de la sociedad, sin que sea relevante la titularidad jurídica de propiedad a tales efectos.

Que en el caso del contrato de arrendamiento suscrito entre GRAN CASINO COSTA BRAVA Y PARQUES Y HOTELES DE LLORET DE MAR la parte que ostenta el control económico sobre el inmueble es la arrendataria y, por ello, en las cuentas anuales de 2011 de GRAN CASINO COSTA BRAVA el edificio del Casino consta registrado en el inmovilizado material, pero el hecho de que la edificación se halle contabilizada en el balance de GRAN CASINO COSTA BRAVA atiende al correcto seguimiento de las normas contables expuestas, pero en ningún caso resulta ser un indicativo de la titularidad jurídica del inmueble tal y como erróneamente alega la Inspección.

6.- Normativa aplicable en relación con el derecho de accesión, que demuestra que la titularidad de la construcción es del dueño de la finca

En este punto sostiene que el análisis del acuerdo de liquidación del derecho de accesión parte de una normativa no aplicable, saca de ella unas consecuencias que no derivan en absoluto de la misma y, como corolario, determina un efecto sustancialmente distinto al que la interpretación de la normativa aplicable debería implicar. Parte del Código Civil español, cuando debería utilizarse la normativa civil catalana, cuya literalidad contradice de forma manifiesta el acuerdo de liquidación."

El cuerpo de fundamentos de la misma resolución obedece a la siguiente literalidad, en lo que aquí importa:

"(...) TERCERO.- El artículo 20.Uno. 18.l de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido establece que estarán exentas del impuesto las transmisiones de valores, entendiendo como tales las acciones o las participaciones en sociedades.

No obstante, el artículo 17.2 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del ITP y AJD establece que:

"Las transmisiones de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, que queden exentas 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".

CUARTO.- En concreto, en el caso que ahora se plantea, deberá tenerse en cuenta lo establecido en el apartado dos del referido artículo 108 LMV, en la redacción dada por la ley 36/2006, de 29 de noviembre, vigente en el momento del devengo, que decía así:

2. Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el apartado anterior las transmisiones realizadas en el mercado secundario, así como las adquisiciones en los mercados primarios como consecuencia del ejercicio de los derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones o mediante cualquier otra forma, de valores, y tributarán por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados como transmisiones onerosas de bienes inmuebles, en los siguientes supuestos:

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

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

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

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

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

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

QUINTO.- Antes de entrar en el fondo de la cuestión debe analizarse si, tal y como la recurrente alega, no procede realizar una interpretación literal del art.108 LMV, sino que debería hacerse una interpretación finalista del precepto, teniendo presente que las Directivas comunitarias pretenden impedir obstáculos a la transmisión de empresas o negocios y, que la finalidad antielusiva se ha confirmado con la entrada en vigor de la Ley 7/2012, de 29 de octubre.

SEXTO.- Efectivamente, el art. 108 de la LMV ha sido modificado en varias ocasiones, destacando la operada por la Ley 72012, de 29 de octubre, a partir de la cual la norma prevé expresamente la exigencia a efectos de tributación de que en la realización del hecho imponible concorra un ánimo de eludir el pago de los tributos. Sin embargo, para supuestos anteriores a esta modificación, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Auto de 6 de octubre de 2010 resolvió la cuestión sobre la legalidad del artículo 108 LMV en relación a la normativa europea sobre la concentración de capitales, afirmando que.

"La Directiva 69/335 /CEE (Impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, actual 2008/7/CE) y, más concretamente, sus arts. 11.a ) y 12.1.a ), no se oponen a una normativa de un Estado miembro, como la establecida en el art. 108.2 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores , en su versión modificada por la Ley 18/1991, que, a fin de impedir la efusión fiscal en el marco de la transmisión de bienes inmuebles mediante la interposición de sociedades, sujeta la transmisión de valores al impuesto sobre transmisiones patrimoniales cuando dichas transmisiones de valores representan participaciones en el capital social de sociedades cuyo activo está constituido al menos en su 50% por inmuebles y el adquirente obtiene como resultado de la referida transmisión una posición tal que le permite ejercer el control sobre la entidad de que se trate, incluso en los supuestos en que, por un lado, no hubo intención de eludir el Impuesto, y, por otro, dichas sociedades son plenamente operativas y los inmuebles no pueden disociarse de la actividad económica desarrollada por dichas sociedades ".

Posteriormente, el Tribunal Supremo en la sentencia de 2 de octubre de 2014 (casación 7199/2004 ), con cita de la de 11 de mayo de 2011, y dictada una vez resuelta por el TJUE la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en relación con la incompatibilidad del art. 108 LMV con la normativa comunitaria y, en concreto, con la Directiva 77/388 del Consejo (Sexta Directiva), dice así:

"Procede abordar ahora si la sentencia recurrida vulnera los artículos 9 , 24 y 31 de la Constitución , así como el propio art. 108 de la Ley de Mercado de Valores , al entender que éste es aplicable a una operación como la controvertida en la que no ha existido ningún ánimo elusorio

(..) Este submotivo tampoco puede prosperar, toda vez que esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en contra de la inconstitucionalidad del art. 108 de la Ley del Mercado de Valores .

Así lo declaramos, entre otras, en la sentencia de 12 de mayo de 2011, rec. de cas. 2330/2008 , considerando procedente la exigencia del impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, aunque no exista intención alguna de defraudar en la operación concertada por no recoger la norma aplicable ninguna previsión al respecto. 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 tal elemento, siendo suficiente con que, como sucede en este caso, se cumplan los requisitos que la norma taxativamente establece ".

Por lo tanto, el artículo 108 LMV es perfectamente aplicable al supuesto que ahora se analizará al haberse devengado antes de la entrada en vigor de la modificación introducida por la Ley 7/2012 de 29 de octubre .

SÉPTIMO.- Respecto de las condiciones exigidas en dicho artículo para incurrir en la tributación por el concepto "transmisiones patrimoniales onerosas", no discutiéndose que la entidad adquirente detenta el control de la sociedad GRAN CASINO COSTA BRAVA, SL, únicamente cabe cuestionarse la composición de su activo.

Para determinar su composición, la Inspección ha partido del balance de situación de esta entidad en el ejercicio 2008, una vez actualizado el saldo del inmovilizado material en 16.669.903,48 euros (integrado por el coste del inmovilizado en curso a fecha del devengo). De esta forma el activo total de la sociedad asciende 22.155.602,48 euros, lo que supone que más del 50% del mismo está constituido por inmuebles y, por ello, la Inspección da por cumplidos todos los requisitos que determinan la sujeción a TPO.

La obligada tributaria se opone a que el referido inmovilizado en curso se integre en el cómputo del activo. En síntesis, porque considera que la determinación de la composición del activo no debe realizarse desde una conceptualización contable, sino que se debe valorar la relación jurídica existente entre el GRAN CASINO COSTA BRAVA, SL y dicho inmovilizado a partir del contrato de arrendamiento de 20/06/2006; Contrato que califica de "arrendamiento ad aedificandum" y que, a su entender, supone que las edificaciones son en todo momento propiedad del propietario del terreno y no del arrendatario, lo que implica que su activo no está mayoritariamente constituido por inmuebles.

Luego la controversia que se plantea en la presente reclamación se centra en determinar, a los solos efectos de comprobar si se cumple el presupuesto de hecho señalado en el apartado 2 a) del art.108 LMV, si en el activo la

sociedad GRAN CASINO COSTA BRAVA, SL debe computarse como inmuebles el coste de lo edificado sobre el terreno arrendado.

OCTAVO.- Debe adelantarse que este Tribunal no comparte el planteamiento del que parte la reclamante para obviar la conceptualización económico- contable del supuesto y, mucho menos sus conclusiones, porque como seguidamente se desarrollará, en el presente caso la calificación jurídica y económica de la titularidad de lo edificado coinciden.

NOVENO.- Ciertamente, el impuesto ordena acudir a la normativa civil para realizar la calificación jurídica de los bienes sujetos al impuesto por razón de su naturaleza, destino, uso o aplicación; Así, el propio Texto Refundido del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y a.j.d., en su artículo,33 , establece que "se estará a lo que respecto al particular dispone el Código Civil o, en su defecto, el Derecho Administrativo" y que "Se considerarán bienes inmuebles, a efectos del impuesto, las instalaciones de cualquier clase establecidas con carácter permanente, siquiera por la forma de su construcción sean transportables, y aun cuando el terreno sobre el que se hallen situadas no pertenezca al dueño de los mismos"; pero no puede ignorarse que el tenor literal del artículo 108 LMV remite siempre al ACTIVO social, estableciendo las reglas para el cómputo de los inmuebles partiendo de la contabilidad social, a excepción hecha de las rectificaciones que deberán realizarse de acuerdo a las específicas reglas que el propio artículo detalla. Lo que resulta de todo punto de vista lógico puesto que la contabilidad busca reflejar la realidad económica

de la sociedad, hecho que concurda a la perfección con la finalidad del artículo 108 LMV, en la redacción que resulta aplicable según la interpretación judicial a la que hemos hecho referencia, mediante la que se pretendía gravar las transmisiones indirectas de inmuebles a través de sociedades.

Pues bien, la conjunción de ambas normas nos lleva a rechazar la pretensión de que el análisis se realice exclusivamente desde un punto de vista de la titularidad jurídica de la propiedad. En consecuencia, visto que no es discutible ni la naturaleza jurídica de "inmuebles" de las "construcciones en curso", ni su contabilización en el inmovilizado material de la sociedad, se debe confirmar que, partiendo de su contabilidad, se cumple el requisito de que el Activo esté compuesto en más de un 50% por inmuebles

DÉCIMO.- Sin perjuicio de ello, como ya anticipábamos, la propiedad jurídica de lo edificado también corresponde a la entidad arrendataria, tal y como se razona en el acuerdo impugnado, cuya fundamentación jurídica se comparte mayormente por lo que no es necesario reproducirla. No obstante, procede traer en su apoyo un supuesto con gran paralelismo al que ahora se analiza -salvando las evidentes distancias entre un arrendamiento y una concesión administrativa-, analizado por el Tribunal Económico-administrativo Central en su resolución 177057201Z (RG: 2217/2010). En aquel caso se planteaba, igual que ahora, si la compraventa de acciones -de la sociedad concesionaria de la obra pública -estaba sujeta y no exenta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 LMV; Según se exponía, la entidad recurrente había adquirido acciones de una sociedad anónima a la cual le había sido otorgada una concesión administrativa para la gestión de una residencia de mayores, para lo cual debería construir previamente una Residencia sobre una parcela de titularidad municipal que transcurrido el periodo concesional revertiría al Ayuntamiento. Se argumentaba entonces, entre otras cuestiones, que en el supuesto de concesiones administrativas, el adjudicatario nunca deviene como tal "adquirente de un inmueble", de manera que nunca podrá ejercer sobre los mismos, ninguna de las facultades propias de los titulares del dominio, entre las que se encuentran entre otras, las de gravar, transmitir; o transformar dichos inmuebles, siendo el Estado, el que como único titular de los bienes inmuebles sobre los que recae la concesión administrativa, ostenta todas estas facultades. En este sentido, se alegaba que la entidad concesionaria no era titular dominical de las residencias dadas en concesión, sino que únicamente era un gestor de la prestación del servicio, siendo el titular dominical el Estado. El Tribunal Económico-administrativo Central resolvió así:

"SEGUNDO.- Alude el interesado que la sociedad 'XXX S.A' era una entidad titular de una concesión de gestión de servicios públicos y que tal tipo de concesiones a diferencia de las de obras públicas no deben ser calificadas como bienes inmuebles exponiendo determinados argumentos en apoyo de su tesis.

No obstante, debe señalarse que consta en el expediente copia del Pliego de condiciones de dicha concesión que ya en su propia definición se habla de "Construcción y gestión en régimen de concesión de una residencia de la tercera edad y centro de día en YYYY" en una parcela de propiedad municipal.

Se señala que las obras de construcción deberán iniciarse en los 2 meses siguientes a la concesión de la licencia de obras y tendrán que estar terminadas en el plazo máximo de 18 meses. En cuanto al objeto del contrato se precisa que el mismo es la construcción de la Residencia de Tercera Edad y Centro de Día con los equipamientos necesarios para la prestación de dicho Servicio y, asimismo, la de los servicios de la Residencia de Tercera Edad y Centro de Día a sus de conformidad al pliego de prescripciones técnicas.

Para el cumplimiento de sus fines el Ayuntamiento pondrá a disposición del concesionario al comienzo del contrato la parcela de propiedad municipal necesaria para la realización de las obras e instalaciones autorizadas.

Asimismo se precisa que las obras e instalaciones cuya realización lleva a cabo el concesionario, incluyendo las realizadas sobre bienes inmuebles, como las que tengan la consideración de bienes muebles, afectos al servicio público gestionado, están sujetas a reversión al término de la concesión.

Por lo tanto, a tenor de lo hasta ahora expuesto, nos encontramos ante una concesión administrativa: el concesionario ejecuta la obra, en este caso, la construcción de la Residencia, y al finalizarla la entrega a la Administración contratante. Mientras dura la concesión, el concesionario gestiona el servicio, obteniendo sus ingresos del mismo. Se trata, pues, de un contrato de concesión en el que la prestación del contratista no es sólo la ejecución de la obra, sino también su conservación, mantenimiento y explotación, y en definitiva, el aseguramiento en el tiempo de la regularidad y continuidad del servicio.

Coincide por tanto lo anterior con la definición legal introducida en nuestro Derecho por la Ley 13/2003 reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que modificó el Texto Refundido del 2000 de Contratación de las Administraciones Públicas, y que se mantiene en el art 7 de la vigente Ley 30/2007 sobre contratación del sector público, que la define del siguiente modo: "Se entiende por contrato de concesión de obras públicas aquel en cuya virtud la Administración pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120, o en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este título."

En cuanto a la parcela cedida por la Administración, debe señalarse que el art 245.2 de la Ley de Contratación de las Administraciones Públicas relativo a las aportaciones públicas a la construcción de la obra bien mediante financiación a la ejecución de la obra o bien mediante aportaciones no dinerarias, señala que: "Los bienes inmuebles que se entreguen al concesionario se integrarán en el patrimonio afecto a la concesión, destinándose al uso previsto en el proyecto de la obra, y revertirán a la Administración en el momento de su extinción,..."

Sentada la naturaleza del contrato como una concesión de obra pública, debemos referirnos al art 334,10 del Código Civil el cual establece que: "Son bienes inmuebles: Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles".

Resulta indubitado pues la naturaleza inmueble de este tipo de concesiones. A lo anterior debe señalarse que las edificaciones e instalaciones construidas sobre la parcela cedida en la concesión en cualquier caso tienen naturaleza inmueble ( art 334,1 CC ) por lo que el hecho de que los inmuebles construidos por la entidad estén sujetos a reversión a la finalización del período de concesión, no impide que la titularidad de los mismos pertenezca a la sociedad mientras la concesión dura.

Obsérvese, por lo que ahora interesa, que el Tribunal Central, una vez calificado el terreno concesional como inmueble, señala que las edificaciones e instalaciones construidas sobre la parcela cedida en cualquier caso tienen naturaleza inmueble y que su titularidad pertenece a la concesionaria mientras la concesión dura."

En nuestro caso, no siendo objeto de discusión la naturaleza del terreno arrendado, puesto que, obviamente, no ha sido contabilizado como inmovilizado material, ni obviamente tenido en cuenta por la inspección para el cómputo de los inmuebles en el Activo, la naturaleza de "inmuebles" de los edificios en curso de construcción sobre el terreno objeto de arrendamiento es indudable. En cuanto a su propiedad, si el TEAC considera que el hecho de que los inmuebles construidos por la entidad concesionaria estén sujetos a reversión no impide que la titularidad de los mismos pertenezca a la sociedad mientras la concesión, dura, menos puede impedirse que esta titularidad recaiga en el arrendatario (sic) cuando los inmuebles construidos no quedarán en propiedad del arrendador, puesto que se ha pactado expresamente su demolición. Es evidente que el arrendador en este supuesto no tiene ningún derecho ni presente ni futuro sobre dichos inmuebles, luego no puede reconocérsele la titularidad jurídica de los mismos

DÉCIMO TERCERO.- Por otro lado, la reclamante, en justificación de su postura en cuanto a que el contrato de arrendamiento cuestionado, que califica como "arrendamiento ad aedificandum", no es constitutivo de ningún derecho real sobre cosa ajena y por tanto no atribuye la titularidad jurídica de propietario de lo edificado al arrendatario, aduce que en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) el sujeto pasivo es el arrendador. Cita en apoyo varias sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya.

Pues bien, este Tribunal no comparte estas argumentaciones. Como indica la Inspección, el contrato suscrito por Gran Casino no puede encuadrarse en un contrato típico de esta naturaleza ya que lo edificado no quedará en poder del arrendador; no obstante, dejando a un lado si es o no adecuada tal denominación, lo cierto es que la propiedad de lo construido sólo puede atribuirse en el momento en que se efectuó la compra-venta de la acciones a la sociedad arrendataria, por cuanto la edificación es efectuada a su costa y no quedará en posesión del arrendador cuando finalice el contrato, puesto que el terreno debe entregarse libre de toda construcción. En este sentido, sin perjuicio de quién esté satisfaciendo en la actualidad el IBI (pues este impuesto no es objeto de la presente reclamación), baste traer a colación la sentencia nº1136 del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 16/11/2012 (Rec.1085/2008 ), esclarecedora del concepto jurídico de arrendamiento "ad aedificandum" al que hace



reiterada alusión la reclamante, en la que además se hace rechazo expreso a las sentencias del TSJ Cataluña en que se basa esta alegación. En ella se dice:

"SEXTO: En el ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes pudieron configurar su relación jurídica de diversas maneras, por lo que habrá que proceder al examen del documento, (...)

Ciertamente el contrato controvertido posee elementos del contrato de arrendamiento, pues se cede el uso de una cosa, un terreno durante un tiempo determinado, hasta el 30 de noviembre de 2017 a cambio de un canon anual. (...) a cambio de un precio. Si la cosa cedida era un solar; sin construcciones, es obvio que para que la actividad pudiera llevarse a cabo en el lugar era precisa la realización de obras y/o instalaciones, y así, en el pacto V, se establece que "las obras, instalaciones y elementos necesarios para la normal utilización de la parcela (obviamente, para el destino acordado) irán a cargo del adjudicatario, (...) Por tanto, es claro la aquí recurrente, amén de comprometerse a una obligación de dar, unas cantidades económicas, asumía unas obligaciones de hacer, desarrollar una actividad y realizar a su costa las obras e instalaciones precisas para ésta.

En suma, aparece que si Mercabarna cedió el terreno era para que se desarrollara una determinada actividad y si la recurrente estaba interesada en el terreno era para construir y desarrollar un negocio; como demuestra el hecho de que se encuentran construidas edificaciones donde se halla establecida la entidad demandante, las cuales, según se desprende del contrato y declara el TEARC, sin que haya sido negado por la actora, las realizó a su costa.

La doctrina y la jurisprudencia en interpretación del artículo (sic) 1.542 del Código Civil, al contemplar los contratos de arrendamiento regidos por dicho código, trata, dentro de los arrendamientos complejos (arrendamiento con opción de compra, contratos de hospedaje, garaje, exposición, casinos, forzosos, de industria, financieros), el arrendamiento ad meliorandum y ad aedificandum caracterizado porque el arrendatario asume a su costa la obligación de mejorar la cosa arrendada ya sea reparándolo (ad meliorandum) o realizando edificaciones (ad aedificandum) que al expirar el arriendo quedarán en propiedad del dueño del suelo ( STS 3-4-84 y 10-6-86 ). En estos arrendamientos, destaca la doctrina, la prestación de mejora o de edificación es decisiva para la celebración del contrato, constituye la obligación principal de arrendatario, y suele proyectarse en la falta de renta en metálico o en la estipulación de una renta en cuantía inferior a la normal ya que la prestación del "opus" sustituye fundamentalmente al precio ordinario del arriendo.

SÉPTIMO: Llegados a este punto, conviene ya rechazar que la condición de arrendatario del suelo y propietario de la edificación sea una "calificación dual imposible", como aduce la actora. La recurrente alega que "no existe legislación alguna que acepte tal dualidad" y que resulta absolutamente contrario a Derecho y al ordenamiento jurídico". Sin embargo, la recurrente no llega a concretar qué precepto imperativo o qué principio del derecho lo impediría, por ser contrario a los mismos, y como ya hemos señalado, en nuestro derecho civil rige el principio de la autonomía de la voluntad, de modo que las partes pueden configurar su relación jurídica de manera que puede darse esa doble condición, como así ocurre en ciertos contratos de arrendamiento ad aedificandum, en que la propiedad de lo edificado pasa al arrendador y dueño del suelo al expirar el arriendo. La limitación temporal a la que se alude no impide configurar el derecho como de propiedad, aunque provisional interina, pues ciertamente el derecho de propiedad se define como el de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las Leyes, pero entre tales limitaciones se encuentran las obligaciones libre y voluntariamente contraídas por el propietario, por lo que si el propietario se ha obligado a transmitir la cosa en fiado momento, no por ello deja de ser propietario en el momento en que asume esa obligación de transmitir, sino cuando se consuma.

En el presente caso, en el antes mencionado apartado 4 del pacto X, al establecerse como obligación del adjudicatario el realizar en la parcela a su exclusivo cargo las obras necesarias para la adecuada adaptación al destino para el cual se concede, se prevé que "sonse que, per tal concepte, pugui reclamar cap quantitat a l'esmentada empresa (se refiere a Mercabama) al termini de la ocupació". Y en el pacto VIII se prevé que al vencimiento la adjudicataria deberá dejar la parcela libre, vacua y expedita a disposición de Mercabarna, y que en caso contrario, todo bien mueble o inmueble que se encuentre sobre la misma pasara a ser propiedad de Mercabarna, y lo mismo se indica en el pacto XII para el supuesto de vencimiento anticipado.

A tenor de dichas cláusulas, el contrato se aparta de la habitual configuración del atípico contrato de arrendamiento ad aedificandum, pues no solo no se desprende que lo construido por el arrendatario se incorpore a la propiedad del dueño del arrendador al finalizar la ejecución obra o unidad de construcción, ampliándose paulatinamente el objeto del arrendamiento, sino ni siquiera al término o resolución del mismo, pues se obliga al arrendatario a dejar "la parcela" libre, vacua y expedita, es decir, en el estado inicial en que se hallaba (solar). y no en el estado que tuviera la cosa en el momento de resolverse el contrato (terreno con edificaciones).

Ciertamente, tal como alega la actora, en el contrato que nos ocupa no existe una cláusula igual a la examinada en la STS de 23 de junio de 2001, pacto que constituye elemento esencial de la ratio decidendi de dicha sentencia y la de esta Sala que confirma. Allí, el contrato distinguía entre elementos de ser susceptibles de ser desmontados y conservados en su dominio por Nissan a la finalización del contrato y las instalaciones y edificios

para los cuales había posibilidad de entrar en el dominio del Consorcio de la Zona Franca, cumpliendo determinadas estipulaciones; pero la diferencia radica precisamente en que aquí ni siquiera se contempla la posibilidad de que, cumpliendo determinadas estipulaciones, las instalaciones y edificios realizados por la actora pasen a entrar en el dominio de Mercabama, sino que todos han de ser desmontados, conservándose en el dominio de la actora. Únicamente se prevé que pase a propiedad de Mercabama lo que se encuentre sobre la parcela en caso de que el adjudicatario no la deje libre, vacua i expedita, esto es, se establece como cláusula penal al incumplimiento de la obligación de dejar la parcela libre, vacua y expedita.

Los términos de las cláusulas VIII y XII son claros y, pese a que tal cláusula es la ratio decidendi de la resolución del TEARC (fundamento de derecho 7º del acto impugnado) la recurrente no ofrece ninguna prueba ni parámetro interpretativo para considerarlas dudosas o contrarias a la intención de los contratantes. Las mencionadas cláusulas no son contradictorias con ninguna otra, ni en particular con la cláusula V cuando prevé la indemnidad de las obras que se ejecuten, ni tampoco con el sentido que resulta del conjunto de todas ellas, del que se desprende que Mercabama, para satisfacer su interés de que se realizara la actividad de sala de pescado en su terreno, cedía su uso a GES y le facultaba a poder levantar sobre la parcela a su costa una construcción propia, renunciando por esa concesión a la ley de accesión, y GES se obligaba a desarrollar la actividad realizando las obras e instalaciones precisas y debiéndolas retirar a la finalización del contrato, sin estipulación alguna de que Mercabama pudiera hacerlas suyas, salvo como sanción por incumplimiento de esta última obligación. Obsérvese que en el contrato no se fijan las obras e instalaciones que han de realizarse. ni se establece una inversión mínima, ni el canon varía en función de la inversión ejecutada en obras o instalaciones. Por otro lado, no consta que el desarrollo de la actividad exigiera necesariamente la realización de obras o instalaciones que no pudieran ser desmontables, ni que el canon fuera bajo en atención a la obligación de construir; formando parte de la contraprestación el valor de lo edificado.

Conforme al art. 1282 Cc, para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato. Ninguno de estos se prueba, ni de anteriores, salvo la celebración del contrato y de su contenido, por lo que hemos de estar a lo que resulta del contrato, única prueba aportada, y con base al mismo a los efectos prejudiciales que aquí nos hemos de convenir con el TEARC que la recurrente es propietaria de las edificaciones controvertidas, por lo que el acto impugnado se ajusta a derecho al confirmar la denegación de la solicitud de exclusión del Padrón del IBI.

El caso que nos ocupa es distinto del conocido en nuestras sentencias núms. 1198 y 1297, de 4 y 23 de diciembre de 2008, y 631, de 15 de junio de 2009, en que estimamos recursos similares de adjudicatarios de cesiones de uso, en que el contrato establecía que la adjudicataria. "deberá dejar el local construido libre, vacuo y expedito, a disposición de la sociedad" Mercabama, y, en cualquier caso, lo anteriormente razonado justificaría cualquier cambio de criterio en casos análogos al presente."

Según el criterio que se desprende de esta sentencia, trasladable al caso revisado dado que puede asimilarse el presupuesto de hecho con el gravado por el impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas, el sujeto pasivo del IBI sería Gran Casino, como titular de lo edificado. Luego esta alegación también debe desestimarse.

DÉCIMO PRIMERO.- Tampoco desvirtúa lo hasta ahora dicho la calificación otorgada al contrato de arrendamiento por el Sr. Registrador de la Propiedad, en la no se hace constar la titularidad de los inmuebles por construir en la parcela de referencia. Como acertadamente contestó la Inspección a esta alegación, debe tenerse presente que el documento que fue objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad fue la escritura pública por la que se elevaba a público el contrato de arrendamiento; es decir, se estaba refiriendo al terreno cedido y no a la construcción, inexistente en ese momento; por el mismo motivo, se comparten igualmente las alusiones a fa escritura de novación de préstamo hipotecario, firmada antes del inicio de estas construcciones.

DÉCIMO SEGUNDO.- Por último, en cuanto a la legislación civil aplicable al supuesto, admitiendo como debe admitirse que la Inspección ha centrado sus citas en el Código civil español, cuando debería haberse remitido al Código civil catalán, no obstante, en los fundamentos jurídicos utilizados en el acuerdo impugnado no se encuentra contradicción con lo estipulado en el art. 542-3 y ss del Catalán al regular el derecho de accesión. Por otro lado, esta pretensión se contradice con los razonamientos jurídicos de las propias alegaciones de la reclamante, como se desprende de lo recogido en los antecedentes de hecho de la presente (sic) resolución.

DÉCIMO TERCERO.- Todo lo anterior lleva a concluir que la adquisiciones (sic) de las participaciones de la entidad GRAN CASINO COSTA BRAVA, SL, incurre en el supuesto tipificado en el art.108 LMV, al concurrir todos (sic) las circunstancias en el (sic) dispuestas, siendo ajustada a Derecho la liquidación practicada por el concepto transmisiones patrimoniales onerosas."

## Segundo.

La actora despliega en su escrito de demanda las siguientes razones de interés, a los efectos de obtener el pronunciamiento anulatorio a que aspira, sustancialmente coincidentes con las alegaciones desplegadas en la vía económico-administrativa:

-la cuestión a dilucidar se limita a determinar si la transmisión de participaciones de autos está sujeta al ITPAJD por resultar aplicable la excepción regulada en el artículo 108.2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio;

-la correcta interpretación del anterior artículo exige considerar que se trata de una norma antiabuso, o antielusiva, por lo que ha de ser aquélla finalista, para no proyectarse el precepto más que sobre las transmisiones que encubran verdaderas transmisiones de inmuebles mediante figuras artificiosas; y

-en cuanto a la adquisición de porcentaje de participación de la sociedad "Gran Casino Costa Brava": se ha celebrado un tipo de contrato de arrendamiento ad aedificandum, en que la propiedad de la construcción que se compromete a levantar el arrendatario corresponde al arrendador, en cuyo nombre y beneficio se erige aquélla; desconoce la liquidación practicada la calificación de la operación realizada por el registrador de la propiedad; el sujeto pasivo del IBI es la arrendadora; será ésta igualmente sujeto pasivo del IIVTNU, llegado el momento de la transmisión; y el correcto tratamiento contable del contrato de arrendamiento aludido exige contabilizar en el activo de la arrendataria que mantiene el control económico del inmueble éste.

### Tercero.

Siendo aplicable, por razones temporales, al presente caso la redacción del art. 108.2 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, dada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, a propósito de la alegación de exigir la correcta interpretación del art. 108.2 LMV atender a que, aun de haber adquirido la recurrente la titularidad directa o indirecta sobre el inmueble de autos, no resultaría de aplicación la citada norma antiabuso cuando los inmuebles se hallan afectos a una actividad empresarial, en el ATS (Sección 2ª), de fecha 9 de febrero de 2012 (RC 7199/2004), que viene a plantear, en el marco de aquel recurso, cuestiones prejudiciales comunitarias, se razona en los siguientes términos:

"(...) Conviene recordar que el art. 108, apartado segundo, de la norma española prevé la sujeción al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales de las operaciones financieras que tengan por objeto la transmisión de acciones o de participaciones sociales entre entidades dentro del territorio nacional, cuando se cumplan las dos exigencias que contempla, esto es, que la sociedad transmitente tenga cuando menos un 50 % de su activo patrimonial en inmuebles y que, como consecuencia de la operación, la entidad adquirente llegue a tener el control de las actividades de la sociedad transmitente.

Este Tribunal no alberga duda de que la norma española, aunque fuese creada inicialmente con el objetivo de evitar que, mediante transmisiones de valores representativos del capital de sociedades inmobiliarias, se pudiera evitar la tributación indirecta generada por la transmisión de los inmuebles titularidad de dichas sociedades y, concretamente, la tributación por la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, después de la modificación operada en 1991, no se trata de una norma antielusión, sino de una norma que determina la tributación por este último concepto en los supuestos que concreta, y que no requiere para su aplicación la existencia de un ánimo fraudulento por parte del sujeto pasivo."

La sentencia que resuelve el anterior recurso de casación, de fecha 2 de octubre de 2014, a que se refiere la resolución recurrida, se pronuncia en iguales términos:

"TERCERO.- Procede abordar ahora si la sentencia recurrida vulnera los artículos 9 , 24 y 31 de la Constitución , así como el propio art. 108 de la Ley de Mercado de Valores , al entender que éste es aplicable a una operación como la controvertida en la que no ha existido ningún ánimo elusorio.

Frente a lo que argumenta la sentencia, la recurrente mantiene que la infracción se produce porque una interpretación constitucionalmente correcta del art. 108 de la Ley del Mercado de Valores exigiría que éste no fuese aplicado a aquellas operaciones en las que no exista un ánimo elusorio probado, puesto que lo contrario supondría imponer de plano una sanción administrativa, sin apreciación de los principios y garantías que para el ámbito administrativo y sancionador derivan de los artículos 24. 2 y 25 de la Constitución , y con quiebra absoluta del principio de justicia tributaria y de seguridad jurídica.

Para apoyar las infracciones denunciadas, trae a colación la sentencia del Tribunal Constitucional 194/2000, de 19 de Julio de 2000 , por la que se declara inconstitucional y nula la disposición adicional cuarta de la ley 81/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos y su reproducción en el art. 14.7 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados , disposición que extraía imperativamente del ámbito del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas aquellas operaciones en las que el valor comprobado por la Administración excediere del declarado por los partícipes en unos determinados baremos, para gravarlas con arrego al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Este submotivo tampoco puede prosperar, toda vez que esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en contra de la inconstitucionalidad del art. 108 de la Ley del Mercado de Valores .

Así lo declaramos, entre otras, en la sentencia de 12 de mayo de 2011, rec. de cas. 2330/2008 , considerando procedente la exigencia del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, aunque no exista intención alguna de defraudar en la operación concertada por no recoger la norma aplicable ninguna previsión al respecto. 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 tal elemento, siendo suficiente con que, como sucede en este caso, se cumplan los requisitos que la norma taxativamente establece."

Como quiera que la interpretación calificada de finalista del precepto citado por la recurrente, que trata de poner el acento en la adquisición de una participación en una actividad económica al postular aquélla, resulta descartada por la doctrina jurisprudencial traída a colación, el primer motivo de impugnación articulado por la misma, en el fundamento jurídico-material segundo de su escrito de demanda, habrá de naufragar.

#### Cuarto.

A cuenta del segundo motivo de impugnación desplegado por la actora, en el fundamento jurídico-material tercero de su escrito de demanda, titulado "en cuanto a la adquisición del porcentaje de participación de la sociedad GRAN CASINO COSTA BRAVA", conviene acotar exactamente la controversia, en los términos que aquélla ha querido plantearla.

Así, se defiende que la recurrida basa su conclusión de que más del cincuenta por ciento de los activos de la sociedad cuyas participaciones se adquieren, y cuya adquisición se sujeta a tributación, corresponde a bienes inmuebles, atendiendo a las cuentas anuales del ejercicio, absteniéndose, en la resolución impugnada, de analizar la relación jurídica existente entre "Gran Casino Costa Brava" y el citado inmovilizado, a la luz del contrato de arrendamiento de fecha 20 de julio de 2006, que "Gran Casino Costa Brava", como arrendataria, suscribió con "Parques y Hoteles de Lloret de Mar, S.A.", como arrendadora. Acudiendo a la exposición de lo pactado en aquel contrato la actora acaba concluyendo que el contrato de arrendamiento, que califica de ad aedificandum, no constituye derecho real sobre cosa ajena y está marcado por su claro contenido obligacional; que el arrendatario se obliga a ejecutar una determinada construcción en favor de la parte arrendadora; que la arrendataria puede ceder el uso o subarrendar el edificio construido a sus expensas, pero no transmitirlo; que la arrendataria se obligó a construir en nombre y beneficio de la arrendadora una determinada construcción; que el pago de la renta se vincula a la explotación de la actividad de casino, reduciéndose en un 50% mientras no se inicie actividad económica en el objeto arrendado; y que la titularidad jurídica de propiedad del terreno y de las construcciones que se encuentran en él son de la arrendadora (último párrafo del folio decimoquinto del escrito de demanda). Para colegir, en suma, que no pueden considerarse dentro del activo de "Gran Casino Costa Brava" las edificaciones construidas, al no ser la propietaria, y que no cabe entender que se haya producido la adquisición de la participación en una sociedad titular de un inmueble.

El contrato citado aparece recogido a los folios 176 y ss. del expediente administrativo, y de su tenor resultan los siguientes pactos de interés: es su objeto el arrendamiento de parcela de terreno de 5.694 m<sup>2</sup> (pacto primero); el arrendatario se compromete a construir a sus expensas edificio de tres plantas, de las que se acompañan planos, detallándose los usos a acoger en cada una de ellas (pacto segundo); se conviene una renta de 57.500 euros mensuales, para la que se concede un período de carencia hasta la obtención de concesión administrativa para instalar y explotar el casino de juego, y una reducción del cincuenta por ciento hasta el inicio de una actividad comercial en el objeto arrendado, de casino o complementaria (pacto quinto); a la terminación del arriendo, por cualquier causa y en cualquier momento, la arrendataria debe devolver el terreno arrendado a la propiedad en las mismas condiciones en que lo recibió a la firma del contrato, sin existencia en su interior de edificación alguna, corriendo de su exclusivo cargo los costes de demolición de las construcciones realizadas, salvo que el arriendo se resolviera por causa imputable única y exclusivamente a la propiedad, en que los gastos de demolición irían a cargo de la propiedad, renunciando en todo caso la arrendadora a cualquier derecho de accesión que pudiere corresponderle sobre la edificación que pretende construir la arrendataria en el interior del terreno arrendado (pacto séptimo); la arrendataria puede, sin consentimiento de la arrendadora, ni derecho de ésta al aumento de la renta convenida, ni a cualquier otra compensación económica, subarrendar y/o ceder, total o parcialmente, los servicios complementarios al casino de juego, la sala polivalente o palacio de congresos, los locales comerciales y el parking, pudiendo ceder los espacios que estime oportunos de la superficie del casino para la colocación de máquinas en régimen de "vending" y su explotación por terceros (pacto octavo); la arrendataria asume la directa y exclusiva responsabilidad, con exención a la propiedad, por los daños que puedan ocasionarse a personas o cosas derivados de las instalaciones para servicios y suministros del edificio que construya en el terreno arrendado (pacto decimotercero); y la arrendataria se obliga a tener asegurado el edificio a construir en el objeto arrendado, también por los daños que puedan ocasionarse a personas y/o bienes de la propiedad o de terceros (pacto decimocuarto).

En orden a dar respuesta al motivo hemos de partir, en efecto, como lo hace la resolución del TEAR impugnada, de la literal dicción del art. 108.2 LMV, que, al disciplinar la excepción a la exención que persigue la recurrente, habla, en lo que aquí importa, de sociedades (aquéllas cuyas participaciones se adquieren) cuyo activo esté constituido al menos en un cincuenta por ciento por inmuebles radicados en territorio español. No discutiéndose que nos hallemos ante inmuebles en el presente caso, tenemos que, conforme a la propia contabilidad de "Gran Casino Costa Brava", más de las dos terceras partes de su activo están constituidas por inmovilizado material, de

aquella condición. Contabilidad, con sus derivadas en sede de amortizaciones y sus repercusiones fiscales, de la que ahora pretende la recurrente apartarse, mediante la construcción de un florido argumentario que no compartimos, por cuanto habrá ocasión de razonar.

Del análisis del acervo documental resultante del propio expediente administrativo, y en que las alegaciones de la actora inciden igualmente, colegimos, en la sede que nos ocupa, y a sus estrictos efectos, que sí nos hallamos ante un inmueble titularidad de la sociedad la adquisición de cuyas participaciones tributa aquí, por el concepto de transmisión patrimonial onerosa.

Así, conforme al contrato celebrado, el objeto del arrendamiento pactado es la parcela, sin edificar, comprometiéndose el arrendatario a construir una edificación, destinada a albergar el uso de casino de juego y actividades complementarias, que lejos de erigirse en nombre y beneficio del arrendador, lo es por el arrendatario, en su exclusivo provecho y nombre, en orden a su explotación.

Al respecto, la renta pactada no se modula o condiciona en función de la construcción a levantar, pactándose únicamente su carencia, y reducción, en todo caso temporales, y previas a la erección misma de la edificación, sin más circunstancia relevante al efecto (de carencia y reducción) que atender al doble, y sucesivo, momento temporal en que se obtenga habilitación administrativa para explotar la actividad de casino, y en que se inicie la explotación de alguna actividad, aun complementaria, lo que evidencia el propósito de modular la renta, exclusivamente, en función de la inminencia, y el posterior inicio, de actividad económica cuyos réditos permitan hacer frente a la renta pactada, no de otras circunstancias.

A la terminación, por cualquier causa, y en cualquier momento, del arriendo, sin excepción alguna, se pacta la devolución del terreno a la propiedad, en las mismas condiciones en que lo recibió la arrendataria a la firma del contrato, sin edificación alguna, yendo al exclusivo cargo de la arrendataria los costes de demolición, salvo (y por lo que respecta a este único extremo de asunción de costes de una demolición que se pacta como invariable) en caso de terminación contractual por causa única y exclusivamente imputable a la propiedad. No se contempla, por ello, forma alguna de reversión de la propiedad de lo construido a la arrendadora, sino su lisa y llana desaparición, correspondiendo la explotación de la construcción, su beneficio, en exclusiva a la arrendataria. Luego, si ya en un supuesto de titularidad claudicante (piénsese en un derecho de superficie), en que la propiedad de lo construido hubiere de revertir en la del suelo, cedente, al término del plazo pactado, cabría, sin especial esfuerzo hermenéutico, atribuirse aquélla, vigente la figura de la superficie, al superficiario, con mucha más razón cabe aquí atribuir la titularidad del inmueble construido, explotado, y a demoler por la arrendataria a ésta, a los fines que aquí nos ocupan. Siendo así que, si alguna duda cabía al respecto, y si alguna intención de apelar al axioma de superficie solo cedit quedare, tenemos aquí que, conforme a lo pactado, la arrendadora renuncia, paladinamente, a cualquier derecho de accesión que pudiere corresponderle sobre la edificación que pretende construir la arrendataria en el terreno arrendado. Y que la explotación de la construcción resulta hasta tal punto radicada en la exclusiva esfera de la arrendataria que puede ésta, sin consentimiento de la arrendadora, ni derecho de ésta a aumento alguno de la renta u otra contraprestación o compensación, subarrendar y/o ceder total o parcialmente determinados espacios de lo construido. Asumiendo, en fin, la arrendataria, no la arrendadora, la obligación de asegurar los riesgos para bienes y personas derivados de las instalaciones de la construcción, y de asumir la responsabilidad por los correspondientes daños.

Ante tal cuadro resulta inviable la pretensión actora de atribuir la propiedad, ni titularidad alguna del inmueble por "Gran Casino Costa Brava" levantado, a la arrendadora, a los fines de tratar de despojar a su activo del mismo y evitar la aplicación de lo previsto en el art. 108.2 LMV, a los efectos tributarios que aquí nos traen, careciendo ésta de la capacidad de disposición sobre el inmueble que le atribuye la recurrente.

Acude la actora a unos postreros argumentos a que damos seguida respuesta:

a) la calificación registral a que se alude (obviando que la misma no tiene por qué condicionar irremisiblemente, como parece sostenerse, el ejercicio de la correspondiente potestad tributaria) no se proyecta sobre la construcción de constante referencia, que ni siquiera aparece descrita en el correspondiente folio registral (folio 206 del expediente administrativo), limitándose éste a recoger el pacto de arrendamiento, su duración, la renta pactada, y la identidad de la arrendataria;

b) se acompañan a la reclamación económico-administrativa dos recibos de pago de IBI, por la arrendadora, para inmueble de referencia catastral coincidente con la de la finca descrita en el anterior folio registral, mas desconociéndose si se incluye en el gravamen la construcción que aquí nos ocupa, allí donde se consigna un valor del suelo más de cuatro veces superior al de la construcción (y en la finca registral hay al menos una preexistente a la celebración del arriendo, destinada a hotel, y un aparcamiento en construcción, ajenos a la obra levantada por la arrendataria), lo que permite dudar fundadamente acerca de aquella inclusión, todo ello sin ignorar que no es la sede de IBI la que aquí se acomete, ni el obligado tributario en los recibos obrantes en el expediente administrativo coincide con la aquí actora, lo cual empuja cuanto al respecto se alega muy lejos, extramuros de la presente controversia;

c) ni siquiera detendremos la atención en la futura e hipotética tributación en sede de incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana, precisamente por apelarse a un escenario futuro y por definición incierto, por

desconocer la actor la naturaleza y estructura del Impuesto a que apela, y por prescindirse de nuevo olímpicamente de la segura demolición de lo construido a la terminación del arriendo, según sus propios pactos, circunstancia por lo demás inocua atendiendo a aquella naturaleza y estructura. No sin dejar de apuntarse que llama la atención el argumento allí donde, y conforme al art. 107 TRLHL; el impuesto a que se alude grava el incremento de valor experimentado por el suelo, y aquí la controversia pivota en torno a la construcción y su titularidad, que, por lo dicho, la tributación en sede de IIVTNU en nada puede prefigurar, ni permite prejuzgar o presumir;

d) en fin, se acude a una construcción contable de la que resultaría, se dice, ser compatible la contabilización de un activo (la construcción destinada a casino y actividades complementarias) por persona distinta a su titular. Sobre este último particular, lo ya razonado a la minuciosa exégesis de lo pactado en el contrato de arrendamiento del terreno bastaría para descartar el argumento manejado, no sin dejar de apuntar, de nuevo, que se incide una y otra vez en la propiedad sobre lo construido por la arrendadora a espaldas de la muy elocuente resultancia de aquellos pactos, teniendo aquí que la arrendataria construye, explota durante toda su vida útil, y derriba (lo que no es una mera hipótesis especulativa, sino una obligación contractual indeclinable y falta de excepción alguna, según lo pactado) la construcción de reiterada referencia. Podrán darse cuantas explicaciones contables se quieran, que a esta Sala no cabe duda de que la contabilización del inmueble en el activo de la arrendataria (la adquisición de cuyas participaciones propicia la liquidación aquí litigiosa) obedece a la realidad de las cosas, a la incuestionable titularidad del inmueble por la arrendataria, de lo que deriva la correcta aplicación en el presente supuesto de lo previsto en el art. 108.2 LMV.

Procede, por cuanto se ha razonado, la íntegra desestimación del recurso interpuesto.

## Quinto.

A tenor de lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, procede la condena en costas de la recurrente, con el límite de 2.000 euros, por todos los conceptos.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección Primera, ha decidido:

## Primero.

Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de "GIGA GAME CASINO, S.L." contra resolución del TEAR, de fecha 20 de septiembre de 2018.

## Segundo.

Condenar a la recurrente en las costas de la presente instancia, con el límite fijado.

Notifíquese a las partes la presente sentencia, que no es firme. Contra la misma cabe deducir, en su caso, recurso de casación ante esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en la Sección 3ª, Capítulo III, Título IV de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA). El recurso deberá prepararse en el plazo previsto en el art. 89.1 LJCA.

Y adviértase que en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016, aparece publicado el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La Sentencia anterior ha sido leída y publicada en audiencia pública, por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.