

# OPERACIONES SOCIETARIAS: CRÓNICA DE UNA DESAPARICIÓN ANUNCIADA DEL IMPUESTO ESPAÑOL SOBRE LAS APORTACIONES DE CAPITAL

FERNANDO MARTÍN BARAHONA

*Técnico de Hacienda*

## **Extracto:**

**E**L Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, ha supuesto una importantísima novedad en lo que afecta a la tributación en la modalidad impositiva «Operaciones Societarias» del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. A partir del mismo día de su publicación, el 3 de diciembre de 2010, la práctica totalidad de operaciones sujetas a esta figura impositiva quedan exentas de gravamen.

Tras la reforma operada, únicamente tributarían las operaciones de reducción de capital social y de extinción de sociedades, operaciones que están al margen de lo que la normativa comunitaria define como operaciones de aportación de capitales.

Con el establecimiento de una exención general como la aprobada podría afirmarse que este impuesto ha llegado a su fin en España conforme a lo señalado en la Directiva 2008/7/CE, cuando señala que la opción de un Estado miembro de eximir del impuesto sobre las aportaciones la totalidad o parte de las operaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la directiva, conlleva que no pueda volver a imponer dicho gravamen.

**Palabras clave:** impuesto sobre la concentración de capitales «Operaciones Societarias», aportaciones de capital, exenciones y procedimiento de excepción.

# CORPORATE TRANSACTIONS: CHRONICLE OF A DISAPPEARANCE ANNOUNCED OF THE SPANISH TAX ON THE RAISING OF CAPITAL

FERNANDO MARTÍN BARAHONA

*Técnico de Hacienda*

## **Abstract:**

**ROYAL** Decree-Law 13/2010, of December 3, of performances in the field of taxation, labor and liberalization to encourage investment and job creation has been an important new rule affects taxation in the tax form «corporate transactions» of the Transfer Tax and Stamp Duty. From the day of its publication, December 3, 2010, virtually all operations subject to this tax are exempt.

After the reform, the life of this figure is limited solely to the operations of capital reduction and extinction of companies, transactions that are outside the scope of applications of the Community rules for raising capital.

With the establishment of this general exemption could be argued that this tax has come to an end in Spain as stated in Directive 2008/7/EC, noting that the choice of a Member State to exempt from capital duty all or part operations within the scope of the Directive, means that it can not return to such duties.

**Keywords:** taxes on the raising of capital, contributions of capital, exemptions and derogation procedure.

# Sumario

1. Exención generalizada.
2. Ampliación de los supuestos de no sujeción.
3. Propuesta de no sujeción contenida en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible.
4. Medida recogida en la redacción originaria de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2011.
5. Exención para los sistemas institucionales de protección.
6. Situación actual del impuesto en el ámbito de la Unión Europea.
7. Excepciones al gravamen dentro del marco de la normativa comunitaria.
  - 7.1. Supuestos de no sujeción.
  - 7.2. Supuestos de exención.
8. Últimos procesos comunitarios abiertos contra España en relación con la aplicación de operaciones societarias.
  - 8.1. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de julio de 2009, asunto C-397/07 (NFJ034227).
  - 8.2. Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2010, asunto C-487/09 (NFJ040281).
9. Conclusión final

Los Presupuestos Generales del Estado para 2011, aprobados por la **Ley 39/2010, de 22 de diciembre** (BOE del 23), incorporaban en su disposición transitoria séptima una exención de carácter temporal en la modalidad impositiva «Operaciones Societarias» para aquellas ampliaciones de capital que realizaran durante 2011 y 2012 las entidades que cumplieran con los requisitos establecidos para la aplicación del régimen de incentivos fiscales previsto para las empresas de reducida dimensión, regulado en el Capítulo XII del Título VII del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (RDLeg. 4/2004, de 5 de marzo).

Sin embargo, esta disposición, incluso antes de entrar en vigor, fue derogada por el **Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico** (BOE del 24), corrigiendo de esta forma un olvido del legislador como consecuencia del adelanto de determinadas medidas recogidas en el **Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo** (BOE del 3). Este real decreto-ley había modificado previamente el artículo 45.I B).11 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, dando un contenido mucho más amplio a la exención en «Operaciones Societarias» y sin limitación temporal.

## 1. EXENCIÓN GENERALIZADA

El mencionado **Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo**, ha supuesto una importantísima novedad en lo que afecta a la tributación en la modalidad impositiva «Operaciones Societarias» del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. A partir del mismo día de su publicación, el 3 de diciembre de 2010, la práctica totalidad de operaciones sujetas a esta figura impositiva quedan exentas de gravamen.

En el preámbulo de la norma gubernamental se justificaba la adopción de esta medida con motivo de la crisis económica, por lo que, junto con otro paquete de medidas económicas y finan-

cieras, se opta por exonerar a todas la operaciones definidas como de concentración de capitales en las diversas sociedades y entidades equiparadas a las sociedades.

En relación con el ámbito de aplicación de esta figura impositiva, el artículo 19 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, establece que son operaciones societarias sujetas:

1. La constitución de sociedades, el aumento y disminución de su capital social y la disolución de sociedades.
2. Las aportaciones que efectúen los socios que no supongan un aumento del capital social.
3. El traslado a España de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de una sociedad cuando ni una ni otro estuviesen previamente situados en un Estado miembro de la Unión Europea.

La modificación introducida, por la que se da nueva redacción al artículo 45 del texto refundido –I.B).11– (este artículo recoge las exenciones aplicables en cada caso a cada una de las tres modalidades impositivas que regula el texto refundido), supone que queden exentas de tributación en «Operaciones Societarias» las siguientes operaciones:

1. La constitución de sociedades.
2. El aumento de capital.
3. Las aportaciones que efectúen los socios que no supongan aumento de capital.
4. El traslado a España de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de una sociedad cuando ni una ni otro estuviesen previamente situados en un Estado miembro de la Unión Europea.

Tras la reforma, únicamente quedan exceptuadas de la exención –y por tanto, continúan tributando– las operaciones de:

1. Disminución del capital social.
2. La disolución de sociedades.

La reforma aprobada significa la práctica desaparición de esta figura impositiva, objeto de continuo cuestionamiento por el sector empresarial y por gran parte de la doctrina, aduciendo que los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, a saber, el impuesto al que están sometidos las aportaciones a sociedades y el impuesto de timbre sobre los títulos, dan lugar a discriminaciones, doble imposición y disparidades que obstaculizan la libre circulación de los capitales.

## 2. AMPLIACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE NO SUJECCIÓN

Previamente a la modificación operada por el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, la **Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual en el Impuesto sobre el Valor Añadido, y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria**, había introducido nuevos supuestos de no sujeción en «Operaciones Societarias», con base en las exigencias de la normativa comunitaria en materia de imposición sobre aportaciones de capital, recogidas inicialmente en la Directiva 69/335/CEE del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, y continuadas a partir del día 1 de enero de 2009 por la Directiva 2008/7/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales.

**Estas directivas inciden sustancialmente en las disposiciones legales del Derecho interno español que regulan el llamado impuesto sobre las aportaciones de capital, que constituye la modalidad de «Operaciones Societarias».**

La nueva directiva determinó, por una parte, que debían desaparecer los hechos imposables referentes al traslado desde un Estado miembro a otro Estado miembro de la sede de la dirección efectiva de una entidad considerada como sociedad de capital en este último Estado miembro, pero no en el primero; también en el caso del traslado desde un Estado miembro a otro Estado miembro del domicilio social de una entidad con la sede de su dirección efectiva en un tercer país y considerada sociedad de capital en este último Estado miembro, no estándolo en el otro Estado miembro.

Así, el artículo 10 de la directiva 2008/7/CE determina que ningún Estado miembro puede someter al impuesto sobre las aportaciones de capital (en el caso español, a través de «Operaciones Societarias») las aportaciones de capital de aquellas sociedades de capital cuya sede de dirección efectiva esté situada en dicho Estado miembro en el momento en que se realice la aportación de capital, o de aquellas que, estando su sede de dirección efectiva en un tercer país, tengan en el Estado miembro su domicilio social. Sin embargo, este mismo precepto dispone que un Estado miembro puede someter al impuesto sobre las aportaciones de capital la aportación de inmovilizado o de capital circulante situada en un Estado miembro de la Unión Europea, cuando su domicilio social y la sede de dirección efectiva se encuentren en un tercer país.

A su vez, el artículo 5 de la directiva determina que los Estados miembros no pueden someter a las sociedades de capital a ninguna forma de imposición indirecta, entre otras operaciones, por el traslado, de un Estado miembro a otro Estado miembro, de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de una sociedad de capital, ni las llamadas operaciones de reestructuración (en España, las operaciones de fusión, escisión, aportaciones no dinerarias y canje de valores).

Como decimos, la nueva regulación comunitaria obligó a modificar el contenido de los preceptos del texto refundido que definen los hechos imposables de la modalidad de «Operaciones Societarias» de este tributo.

Además, resultó necesario modificar el mencionado texto refundido para suprimir, por una parte, los supuestos de exención relativos a las operaciones de fusión, escisión, aportaciones no dinerarias y canje de valores para convertirlos en supuestos de no sujeción; y, consecuencia de lo anterior, se introdujo una exención en las modalidades de «Transmisiones Patrimoniales Onerosas» y «Actos Jurídicos Documentados, documentos notariales», aplicable a estas operaciones de reestructuración y a los traslados de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de entidades de un Estado miembro a otro que, al quedar no sujetas a la modalidad de «Operaciones Societarias», podían quedar sometidas a aquellas otras dos figuras impositivas.

En definitiva, la reforma operada por la Ley 4/2008 supuso eliminar del hecho imponible de «Operaciones Societarias» las siguientes operaciones:

1. Los traslados de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de sociedades de un Estado miembro de la Unión Europea a otro.
2. Las operaciones realizadas en territorio español por las entidades cuyo domicilio social y sede de dirección efectiva se encuentren en un Estado miembro de la Unión Europea distinto de España cuando realicen, a través de sucursales o establecimientos permanentes, operaciones de su tráfico en territorio español.
3. Las operaciones anteriores (1 y 2) realizadas a través de sucursales o establecimientos permanentes de entidades cuya sede de dirección efectiva se encuentre en países no pertenecientes a la Unión Europea si su domicilio social está situado en un Estado miembro de la Unión Europea distinto de España.
4. Las operaciones de reestructuración: fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores definidas en el artículo 83, apartados 1, 2, 3 y 5, y en el artículo 94 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo.

Como consecuencia de esta no sujeción en «Operaciones Societarias» se establece su exención en «Transmisiones Patrimoniales Onerosas» y «Actos Jurídicos Documentados», que podrían quedar sujetas a estas modalidades.

Por otra parte, y con independencia de las exigencias derivadas de la nueva directiva, se estableció una exención adicional en el artículo 45 del texto refundido relativa a las operaciones societarias efectuadas con los fondos de titulación hipotecaria y los fondos de titulación de activos [art. 45.I.B) 20 del texto refundido].

### **3. PROPUESTA DE NO SUJECCIÓN CONTENIDA EN EL PROYECTO DE LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE**

Con carácter previo a la reforma recogida en el Real Decreto-Ley 13/2010, el Proyecto de Ley de Economía Sostenible contenía un nuevo supuesto de no sujeción para aquellas operaciones de constitución

social y para los acuerdos de aumento de capital cuando no fuera superada la cifra de 30.000 euros de capital social total, de las sociedades de responsabilidad limitadas reguladas en el artículo 38, apartados 1 y 2 de la Ley de Economía Sostenible, relativo a distintas medidas para agilizar y simplificar la constitución de sociedades mercantiles de capital, esto es, aquellas sociedades que se ajustaran a determinados requisitos para su constitución en uno o cinco días hábiles por vía telemática.

A la propuesta inicial recogida en el Anteproyecto hubo que añadir en el Proyecto final una declaración de exención en «Transmisiones Patrimoniales Onerosas» y «Actos Jurídicos Documentados» para estas operaciones, ya que como consecuencia de la no sujeción podrían quedar sujetas a aquellas modalidades. En otro caso, se daría la paradoja de que estas operaciones estando en un inicio sujetas a un gravamen del 1 por 100 pasarían a someterse a un gravamen superior (del 6 o 7% en «Transmisiones Patrimoniales Onerosas»).

Con independencia de lo anterior, y como alternativa a la no sujeción recogida en el Proyecto de Ley, en el debate de enmiendas la coalición nacionalista de Convergencia i Unió planteó la supresión absoluta de esta figura impositiva, mediante la derogación de los siguientes preceptos del texto refundido de la Ley del Impuesto:

Artículo 1.1.2: «El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados es un tributo de naturaleza indirecta que, en los términos establecidos en los artículos siguientes, gravará: (...) 2.º Las operaciones societarias.»

Artículo 1.2: «En ningún caso, un mismo acto podrá ser liquidado por el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas y por el de operaciones societarias.»

Artículo 6.1.B): «El impuesto se exigirá:

B) Por las operaciones societarias realizadas por entidades en las que concurra cualquiera de las siguientes circunstancias:

a) Que tengan en España la sede de dirección efectiva, entendiéndose como tal el lugar donde esté centralizada de hecho la gestión administrativa y la dirección de los negocios.

b) Que tengan en España su domicilio social, siempre que la sede de dirección efectiva no se encuentre situada en un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea o, estándolo, dicho Estado no grave la operación societaria con un impuesto similar.

c) Que realicen en España operaciones de su tráfico, cuando su sede de dirección efectiva y su domicilio social no se encuentren situados en un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea o, estándolo, estos Estados no graven la operación societaria con un impuesto similar.»

Título II: (arts. 19 a 26): «Operaciones societarias:»

Artículos 19 a 22: «Hecho imponible.»

Artículos 23 y 24: «Sujeto pasivo.»

Artículo 25: «Base imponible.»

Artículo 26: «Cuota tributaria.»

Artículo 45.I.B, apartados: «Estarán exentas: (...)» (En su caso, a TPO, OS, AJD)

10: «Las operaciones societarias a que se refieren los apartados 1.º, 2.º y 3.º del artículo 19.2 y el artículo 20.2 anteriores, en su caso, en cuanto al gravamen por las modalidades de transmisiones patrimoniales onerosas o de actos jurídicos documentados.»

11: «Las operaciones societarias que se produzcan con motivo de las regularizaciones de balances, autorizadas por la Administración.»

19: «Las ampliaciones de capital realizadas por personas jurídicas declaradas en concurso para atender una conversión de créditos en capital establecida en un convenio aprobado judicialmente conforme a la Ley Concursal.»

20: «1. Las operaciones de constitución y aumento de capital de las sociedades de inversión de capital variable reguladas en la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, así como las aportaciones no dinerarias a dichas entidades...

2. Los fondos de inversión de carácter financiero regulados en la ley citada anteriormente gozarán de exención en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados con el mismo alcance establecido en el apartado anterior.

3. Las instituciones de inversión colectiva inmobiliaria reguladas en la ley citada anteriormente que, con el carácter de instituciones de inversión colectiva no financieras, tengan por objeto social exclusivo la adquisición y la promoción, incluyendo la compra de terrenos, de cualquier tipo de inmueble de naturaleza urbana para su arrendamiento...

Del mismo modo, dichas instituciones gozarán de una bonificación del 95 por 100 de la cuota de este impuesto por la adquisición de viviendas destinadas al arrendamiento y por la adquisición de terrenos para la promoción de viviendas destinadas al arrendamiento, siempre que, en ambos casos, cumplan los requisitos específicos sobre mantenimiento de los inmuebles establecidos en las letras c) y d) del artículo 28.5 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, salvo que, con carácter excepcional, medie la autorización expresa de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

4. Los fondos de titulización hipotecaria y los fondos de titulización de activos financieros...»

Artículo 57.bis.2: «Se bonificará en un 50 por 100 la cuota que corresponda al gravamen de operaciones societarias cuando concorra cualquiera de las siguientes circunstancias: (...)»

En definitiva, la propuesta de Convergencia i Unió pasaba por suprimir todas las referencias contenidas en el texto refundido a «Operaciones Societarias» con base en la justificación de mejorar la competitividad, actividad económica y empleo de las empresas, en la línea adoptada (decía) por diversos Estados miembros de la Unión Europea.

Como vemos, en el Real Decreto-Ley 13/2010 se ha optado por mantener esta modalidad impositiva, pero introduciendo un abanico amplio de operaciones exentas de gravamen, que junto con los supuestos de no sujeción, determinan que esta figura quede circunscrita a las operaciones residuales de reducción de capital y extinción de sociedades, y que, en sí mismas, quedan al margen de las aportaciones de capital. Por ello, deja de tener sentido la propuesta inicial recogida en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible de situar fuera del ámbito del hecho imponible las operaciones de constitución y los acuerdos de aumento del capital social, cuando no se supere la cifra de 30.000 euros de capital social total, de las sociedades de responsabilidad limitada reguladas en el artículo 38, apartados 1 y 2 de la Ley de Economía Sostenible.

#### 4. MEDIDA RECOGIDA EN LA REDACCIÓN ORIGINARIA DE LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 2011

El Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2011 recogía en su disposición transitoria octava, denominada «Incentivos fiscales para las empresas de reducida dimensión en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», una exención de carácter temporal en la modalidad de «Operaciones Societarias» en los términos siguientes:

«Durante los años 2011 y 2012, se exoneran de la modalidad de operaciones societarias los aumentos de capital social de todas las entidades que cumplan con los requisitos establecidos para la aplicación del régimen de incentivos fiscales para las empresas de reducida dimensión, regulado en el Capítulo XII del Título VII del Texto Refundido la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo.»

Esta exención venía a complementar determinadas medidas propuestas en el Impuesto sobre Sociedades dirigidas a las pequeñas y medianas empresas que pudieran disfrutar del régimen de empresas de reducida dimensión.

Como hemos indicado con anterioridad, esta propuesta fue finalmente aprobada, junto con el resto de medidas fiscales, mediante la **Ley 39/2010, de 22 de diciembre**, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, sin caer en la cuenta de que previamente el Gobierno había aprobado determinadas medidas que dejaban sin sentido, o en algún caso, entraban en contradicción con lo recogido en los Presupuestos Generales. Para evitar esa discordancia, el Gobierno aprovechó el Real Decreto-Ley 14/2010 para derogar la disposición transitoria séptima (octava del Proyecto) en la que se recogía la exención temporal en «Operaciones Societarias», y limitada para aquel tipo de entidades, así como el artículo 76, relativo a determinadas medidas relativas a la aplicación del régimen especial de empresas de reducida dimensión.

## 5. EXENCIÓN PARA LOS SISTEMAS INSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN

Finalmente, como recordatorio de las últimas medidas desfiscalizadoras de la modalidad impositiva «Operaciones Societarias», hay que recordar que el Gobierno aprobó mediante el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, una exención de carácter especial.

De tal forma, aquella entidad de crédito a través de la cual se articulara un sistema institucional de protección con las condiciones establecidas en la letra d) del apartado 3 del artículo 8 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, estaría exenta por la constitución de sociedades, así como por los aumentos de su capital social y aportaciones, suscritos o realizadas por las entidades agrupadas, siempre que se encontraran previstos en el acuerdo contractual de integración del sistema institucional de protección y, en su caso, en el plan de integración, de la modalidad de «Operaciones Societarias», así como para los actos y documentos necesarios para la formalización de dichas operaciones. De igual modo estarían exentas de la modalidad de «Operaciones Societarias» las operaciones que fueran realizadas como consecuencia de los procesos de reestructuración con intervención del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria a que se refiere el artículo 7 del Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito.

## 6. SITUACIÓN ACTUAL DEL IMPUESTO EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

Hasta el 31 de diciembre de 2008, la Directiva 69/335/CEE, del Consejo, de 17 de julio, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, era la norma vigente en el ámbito de la Unión Europea en materia de imposición sobre las aportaciones de capital, que constituye la modalidad impositiva de Operaciones Societarias.

En diciembre de 2006 la Comisión Europea realizó una propuesta de modificación y refundición de la normativa vigente en la materia, que culminó en la vigente Directiva 2008/7/CE, del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales.

La propuesta de la Comisión, número 2006/760, de 4 de diciembre de 2006, pretendía simplificar un acto legislativo comunitario sumamente complicado, eliminar gradualmente el impuesto sobre las aportaciones, considerado un obstáculo importante al desarrollo de las sociedades de la Unión Europea, y consolidar la prohibición de crear o aplicar otros gravámenes similares.

La Directiva 69/335/CEE se había modificado por primera vez en 1973 mediante las Directivas 73/79/CEE y 73/80/CEE, fijándose entonces el tipo normal del impuesto sobre las aportaciones en el 1 por 100, y el tipo reducido previsto en relación con algunas operaciones de reestructuración de sociedades, en cualquier porcentaje comprendido entre el 0 y el 0,5 por 100.

En 1974, la directiva volvió a modificarse a través de la Directiva 74/553/CEE, en la que se aclaraba la utilización del valor real de las participaciones sociales como base imponible mínima.

Por último, en 1985, se reconoció, a través de la Directiva 85/303/CEE, la necesidad de suprimir por completo el impuesto sobre las aportaciones, habida cuenta de sus efectos económicos adversos. No obstante, la pérdida de ingresos que podría derivarse de semejante evolución resultaba inaceptable para algunos Estados miembros (entre ellos España), por lo que se ofreció a estos la posibilidad de optar entre eximir las operaciones del impuesto sobre las aportaciones, o bien someterlas a un tipo único que no excediera del 1 por 100. En virtud de una obligación implícita de mantenimiento del statu quo, los Estados miembros que dejasen de recaudar el impuesto sobre las aportaciones no podían volverlo a aplicar.

Desde 1985, son numerosos los Estados miembros de la Unión Europea que han optado por suprimir esta figura impositiva. El Reino Unido suprimió el impuesto sobre las aportaciones en 1988, Alemania y Francia lo hicieron en 1992, Dinamarca en 1993 e Italia en 2000. En 2005 lo hizo Irlanda con efecto a partir del 7 de diciembre de 2005, y en Bélgica y los Países Bajos, con efecto a partir del 1 de enero de 2006. Así pues, en diciembre de 2006 solo siete de los 25 Estados miembros (Grecia, España, Chipre, Luxemburgo, Austria, Polonia y Portugal) continuaban aplicando el referido impuesto. En Polonia y Portugal, con un tipo impositivo igual o inferior al 0,5 por 100, y en Chipre del 0,6 por 100. En los restantes cuatro Estados miembros, se aplicaba un tipo del 1 por 100.

La propuesta de refundición de la directiva comunitaria recordaba que en Lisboa, la Unión Europea se había fijado el objetivo estratégico de crear la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de generar un crecimiento económico sostenible que ofrezca más y mejores puestos de trabajo y una mayor cohesión social. La refundición proponía inicialmente limitar al 0,5 por 100 el tipo del impuesto sobre las aportaciones para 2008, y eliminar dicho gravamen en 2010, a más tardar, en sintonía con la estrategia de Lisboa. El año 2010 se fijaba como fecha adecuada para la abolición del impuesto sobre las aportaciones. Sin embargo, esta propuesta de abolición total no llegó a aprobarse.

En todo caso, aquellos Estados miembros que optaran en el futuro por dejar de recaudar el impuesto sobre las aportaciones de capital no podrían volver a aplicarlo. Así lo recoge expresamente el Considerando 6 de la Directiva 2008/7/CE, del Consejo de 12 de febrero de 2008, cuando dice lo siguiente: «Una vez que un Estado miembro haya optado por eximir del impuesto sobre las aportaciones la totalidad o parte de las operaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la presente directiva, no debe poder volver a imponer dicho gravamen.»

Este pronunciamiento permitiría entender que todos aquellos supuestos de no sujeción y de exención introducidos en la normativa española en las últimas modificaciones normativas no podrían ser dejadas sin efectos en el sentido de volver a exigir el impuesto de «Operaciones Societarias». Por ello, tras la reforma operada por el Real Decreto-Ley 13/2010, la vida de esta modalidad impositiva deberá circunscribirse a las operaciones de reducción de capital social y de extinción de sociedades. En estos casos, el sujeto pasivo del impuesto son los socios, copropietarios, comuneros o partícipes por los bienes y derechos recibidos, a diferencia del resto de operaciones hasta ahora sujetas y no exentas, en las que el sujeto pasivo era la propia sociedad. Además, estas dos operaciones se encuentran al margen de la directiva de concentración de capitales.

## 7. EXCEPCIONES AL GRAVAMEN DENTRO DEL MARCO DE LA NORMATIVA COMUNITARIA

El establecimiento de supuestos de no sujeción o de exención en «Operaciones Societarias» de tan amplio calado como el operado por el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, permitirían afirmar que la voluntad del legislador español es suprimir el impuesto sobre las aportaciones de capital al reducir su ámbito de aplicación. Sin embargo, esta fórmula de desfiscalización parecería ir en contra de lo previsto en la actual Directiva 2008/7/CE, del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales.

### 7.1. Supuestos de no sujeción.

El artículo 5 de la directiva establece que los Estados miembros no someterán a las sociedades de capital a ninguna forma de imposición indirecta en lo que respecta a las siguientes operaciones:

- a) Aportaciones de capital.
- b) Préstamos o prestaciones efectuadas en el ámbito de aportaciones de capital.
- c) Inscripción en el registro o cualquier otra formalidad previa al ejercicio de una actividad, a que las sociedades de capital puedan estar sometidas por razón de su forma jurídica.
- d) Modificación de la escritura de constitución o de los estatutos de una sociedad de capital y, en particular, lo siguiente:
  1. La transformación de una sociedad de capital en una sociedad de capital de tipo diferente.
  2. El traslado, de un Estado miembro a otro Estado miembro, de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de una sociedad de capital.
  3. El cambio del objeto social de una sociedad de capital.
  4. La prórroga del plazo de duración de una sociedad de capital.
  5. Operaciones de reestructuración.

No obstante, el artículo 7 permite que, sin perjuicio de la no sujeción de las operaciones de capital, los Estados miembros que, a 1 de enero de 2006, vinieran sometiendo a las sociedades de capital al impuesto sobre las aportaciones de capital, podían continuar haciéndolo, siempre dentro de los límites previstos en la misma directiva sobre tipo impositivo, base imponible, exenciones y procedimiento de excepción.

Por tanto, en el ámbito comunitario, la regla general es la no sujeción de las operaciones de aportación de capital, pero la misma directiva permite que aquellos Estados miembros que

vinieran gravando estas operaciones a aquella fecha puedan continuar haciéndolo, como es el caso de España.

Las operaciones que tienen la consideración de «aportaciones de capital», y que pueden continuar siendo gravadas en el ámbito de la Unión Europea, se encuentran recogidas en el artículo 3 de la directiva, y son las siguientes:

- a) Constitución de una sociedad de capital.
- b) Transformación en una sociedad de capital de una sociedad, asociación o persona jurídica que no sea una sociedad de capital.
- c) Aumento del capital social de una sociedad de capital mediante la aportación de bienes de cualquier naturaleza.
- d) Incremento del patrimonio social de una sociedad de capital mediante la aportación de bienes de cualquier naturaleza, en contrapartida, no de partes representativas del capital o del patrimonio social, sino de derechos de la misma naturaleza que los de los socios, tales como el derecho de voto, o de participación en beneficios o en el remanente en caso de liquidación.
- e) Traslado, de un tercer país a un Estado miembro, de la sede de dirección efectiva de una sociedad de capital cuyo domicilio social se encuentre en un tercer país.
- f) Traslado, de un tercer país a un Estado miembro, del domicilio social de una sociedad de capital que tenga su sede de dirección efectiva en un tercer país.
- g) Aumento del capital social de una sociedad de capital mediante la capitalización de beneficios o de reservas permanentes o provisionales.
- h) Incremento del patrimonio social de una sociedad de capital, por medio de prestaciones efectuadas por un socio, que no suponga un aumento del capital social, pero que dé lugar a una modificación de los derechos sociales o pueda aumentar el valor de las partes sociales.
- i) El préstamo que contrate una sociedad de capital, si el acreedor tuviere derecho a una cuota-parte de los beneficios de la sociedad.
- j) El préstamo que contrate una sociedad de capital con un socio, con el cónyuge o con un hijo de un socio, así como el contratado con un tercero, cuando esté garantizado por un socio, a condición de que el préstamo cumpla la misma función que un aumento del capital social.

En sentido contrario, el artículo 4 siguiente de la directiva excluye del concepto de aportaciones de capital a las operaciones de reestructuración. Estas operaciones, en ningún caso, pueden quedar sujetas a gravamen.

Los supuestos de no sujeción contemplados por la normativa española (tras la modificación efectuada por la Ley 4/2008) estarían dentro del marco de la normativa comunitaria. Así, el artículo 19.2 del texto refundido establece que no están sujetas al impuesto las siguientes operaciones:

1. Las operaciones de reestructuración, en correspondencia con lo previsto en el artículo 4 de la directiva.
2. Los traslados de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de sociedades de un Estado miembro de la Unión Europea a otro, en correspondencia con lo previsto en la párrafo ii), letra d) del artículo 5.1 de la directiva.
3. La modificación de la escritura de constitución o de los estatutos de una sociedad y, en particular, el cambio del objeto social, la transformación o la prórroga del plazo de duración de una sociedad, en correspondencia con lo previsto en los párrafo i), iii) y iv), letra d) del artículo 5.1 de la directiva.
4. La ampliación de capital que se realice con cargo a la reserva constituida exclusivamente por prima de emisión de acciones. Este supuesto no estaría en ninguna de las operaciones recogidas en el artículo 3 de la directiva.

Con base en lo anterior, la propuesta de no sujeción recogida en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible de las operaciones de constitución, de aumento del capital social, cuando no se supere la cifra de 30.000 euros de capital social total, de las sociedades de responsabilidad limitada reguladas en el artículo 38, apartados 1 y 2 de la Ley de Economía Sostenible, no tendría cabida dentro de la directiva.

Las operaciones de constitución de una sociedad o su aumento de capital social se encuentran dentro del concepto de aportaciones de capital, y la normativa comunitaria no recoge ningún supuesto de no sujeción para un tipo de sociedades tan específico como el que se planteaba en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible. La única posibilidad de salvar la incompatibilidad sería mediante el establecimiento de un supuesto de exención en los términos que a continuación señalaremos.

Sin embargo, esta discusión carece de sentido, puesto que la aprobación de la exención general establecida por el Real Decreto-Ley 13/2010 ha supuesto que decaiga la propuesta de no sujeción aludida, con lo que, en principio, se salva esta supuesta incompatibilidad.

## 7.2. Supuestos de exención

En relación con las exenciones, la Directiva 2008/7/CE se ocupa en el artículo 13, cuando establece que los Estados miembros podrán eximir del impuesto sobre las aportaciones de capital a un tipo determinado de sociedades, como son:

1. Las sociedades de capital que proporcionen servicios de utilidad pública, como las empresas de transporte público, las empresas portuarias o las de suministro de agua, gas o electricidad, en el caso de que el Estado u otros entes públicos territoriales posean al menos la mitad del capital social.
2. Las sociedades de capital que, conforme a sus estatutos y en la práctica, persigan única y directamente fines culturales, sociales, de asistencia o educativos.

Además, el artículo 14 establece un procedimiento de excepción para autorizar otro tipo de exenciones por motivos de equidad fiscal o de orden social, o, en última instancia, para permitir a un Estado miembro hacer frente a situaciones especiales. Este procedimiento exige que el Estado que se proponga tomar medidas de esta naturaleza debe someter la cuestión a la Comisión Europea en los términos previstos en el artículo 97 del Tratado.

Fuera de estos supuestos no sería posible el establecimiento de exenciones por parte de aquellos países que mantienen vigente el derecho de aportación. El propio preámbulo de la directiva señala en su Considerando 8 que procede mantener condiciones estrictas en aquellos casos en que los Estados miembros sigan recaudando el impuesto, en particular, por lo que respecta a las exenciones y reducciones.

En este sentido, puede traerse a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 7 de junio de 2007, asunto C-187/05 (NFJ025817), de la Comisión Europea contra Grecia, en la que determina la no conformidad con el ordenamiento comunitario de una exención establecida a las copropiedades de buques, los consorcios navieros y las compañías navieras de cualquier tipo del impuesto sobre las aportaciones, es decir, a un tipo concreto de sociedades de capital.

La sentencia, tras afirmar que las compañías navieras son sociedades de capital a los efectos de lo previsto en el artículo 3, apartado 1 de la Directiva 69/335/CEE (art. 2 de la Directiva 2008/7/CE), resuelve que las aportaciones a tales sociedades deben estar, en principio, sujetas al impuesto sobre las aportaciones. Por ello, la exención establecida por la normativa griega por la que se exime a estas entidades del impuesto no se ajusta correctamente a lo previsto en los artículos 8 y 9 de la Directiva 69/335/CEE (arts. 13 y 14 de la Directiva 2008/7/CE). La sentencia resuelve lo siguiente en sus apartados jurídicos 60 a 64:

«60. (...) Por una parte, aunque es posible que, conforme al supuesto previsto en dicho artículo 8, alguna compañía naviera suministre efectivamente servicios de utilidad pública y el Estado u otros entes públicos territoriales posean al menos el 50 por 100 de su capital, no es menos cierto que no existe ningún indicio en los autos de que este sea el caso de todas las compañías navieras previstas en la normativa nacional de que se trata. Por otra parte, la República Helénica no ha respetado el procedimiento de notificación establecido en el referido artículo 9.

61. Puesto que la *Directiva 69/335/CEE no establece ninguna otra posibilidad de eximir a una categoría de «sociedades de capital» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esta, la República Helénica no estaba facultada para eximir del impuesto sobre las aportaciones a las copropiedades de buques, los consorcios navieros y las compañías navieras de cualquier tipo, como hizo en el artículo 22, apartado 1, letra b), de la Ley n.º 1676/86.*

62. No desvirtúa esta conclusión la alegación expuesta por la República Helénica en su defensa, según la cual la exención del impuesto sobre las aportaciones de que disfrutaban las compañías navieras es necesaria para reforzar un sector neurálgico y, por la misma razón, se fomenta en la Comunicación C(2004) 43. En efecto, *la incompatibilidad de la exención de las compañías navieras con las disposi-*

*ciones de la Directiva 69/335/CEE no puede ser subsanada por la posible compatibilidad de tal exención con las medidas comunitarias adoptadas en otros ámbitos, como el de las ayudas de Estado.*

63. En estas circunstancias, la tercera parte del motivo invocado por la Comisión en apoyo de su recurso está fundada.

64. En consecuencia, procede declarar que, con su normativa relativa a la recaudación del impuesto sobre las aportaciones en caso de traslado del domicilio social o de traslado de la sede de la dirección efectiva de una sociedad, así como con las relativas a la exención del mismo impuesto de las copropiedades de buques, los consorcios navieros y las compañías navieras de cualquier tipo, la República Helénica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 69/335/CEE.»

Las conclusiones de vulneración de la normativa comunitaria serían perfectamente trasladables al caso español, en donde, a modo de recuerdo, pueden mencionarse las siguientes exenciones de carácter sectorial vigentes en el ordenamiento español y que no tendrían encaje en los vigentes artículos 13 y 14 de la Directiva 2008/7/CE:

1. En el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados:
  - a) Artículo 45.I.B).11: las operaciones societarias que se produzcan con motivo de las regularizaciones de balances, autorizadas por la Administración.
  - b) Artículo 45.I.B).12 e): la constitución de sociedades y la ampliación de capital, cuando tengan por exclusivo objeto la promoción o construcción de edificios en régimen de protección oficial.
  - c) Artículo 45.I.B).19: las ampliaciones de capital realizadas por personas jurídicas declaradas en concurso para atender una conversión de créditos en capital establecida en un convenio aprobado judicialmente conforme a la Ley Concursal.
  - d) Artículo 45.I.B).20:
    1. Las operaciones de constitución y aumento de capital de las sociedades de inversión de capital variable reguladas en la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, así como las aportaciones no dinerarias a dichas entidades.
    2. Los fondos de inversión de carácter financiero regulados en la ley citada anteriormente.
    3. Las instituciones de inversión colectiva inmobiliaria reguladas en la ley citada anteriormente que, con el carácter de instituciones de inversión colectiva no financieras, tengan por objeto social exclusivo la adquisición y la promoción, incluyendo la compra de terrenos, de cualquier tipo de inmueble de naturaleza urbana para su arrendamiento.
    4. Los fondos de titulización hipotecaria y los fondos de titulización de activos financieros.

- e) Artículo 45.I.C).11: las operaciones de constitución y aumento de capital de las entidades de capital-riesgo en los términos establecidos en la Ley Reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras.
  - f) Artículo 57 bis: bonificación del 50 por 100 en la cuota tributaria por operaciones con sociedades realizadas en entidades ubicadas o que operen en Ceuta y Melilla.
2. Con independencia de las exenciones anteriores, el propio artículo 45 del texto refundido remite a otras normas donde se recoge la exención en «Operaciones Societarias». En concreto, en las siguientes leyes:
- a) Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, disposición adicional novena, donde se establece la exención para las operaciones de constitución de las sociedades anónimas deportivas.
  - b) Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca, artículo 68, en donde se establece la exención para las operaciones societarias de constitución, aumento o disminución de capital de las sociedades de garantía recíproca inscritas en el Registro Especial del Banco de España.
  - c) Ley 19/1994, de Modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias, artículo 25. Este precepto establece para las sociedades con domicilio fiscal en Canarias y para las que actúen en Canarias mediante establecimiento permanente que estarán exentas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados cuando el rendimiento de este impuesto se considere producido en Canarias, entre otros casos, por las operaciones de constitución de sociedades y por la ampliación de capital por la parte de la misma que se destine a la adquisición o importación de bienes de inversión o a la adquisición o cesión de elementos del inmovilizado inmaterial.

No obstante, ha de señalarse que a pesar de no haberse seguido el procedimiento recogido en el artículo 9 de la anterior Directiva 69/335/CEE (art. 14 de la vigente Directiva 2008/7/CE), la Comisión Europea, único órgano interesado en promover su incompatibilidad con el ordenamiento comunitario, no ha realizado actividad alguna en este sentido. Por ello, debe considerarse que las autoridades europeas están más centradas en la supresión de este gravamen que en seguir el procedimiento establecido para exceptuar la imposición en determinados casos.

Aprovechando esta circunstancia, se han aprobado recientemente diversas exenciones recogidas en normas que no aparecen en el texto refundido del impuesto. A título de ejemplo, el mencionado Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, en el que se establece una exención para los denominados «Sistemas Institucionales de Protección» en aquellas operaciones de constitución de sociedades, así como por los aumentos de su capital social y aportaciones, suscritos o realizadas por las entidades agrupadas. También en el Real Decreto-Ley 13/2010, en el que, como consecuencia de la creación de la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado y de «Aena Aeropuertos, SA» se establece la exención general en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

## 8. ÚLTIMOS PROCESOS COMUNITARIOS ABIERTOS CONTRA ESPAÑA EN RELACIÓN CON LA APLICACIÓN DE OPERACIONES SOCIETARIAS

Por último, vamos a hacer mención a dos procesos comunitarios abiertos contra España ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en relación con la normativa vigente en materia de «Operaciones Societarias».

### 8.1. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de julio de 2009, asunto C-397/07 (NFJ034227)

El Tribunal de Justicia, en recurso planteado por la Comisión Europea contra España, declaró que el Reino de España había incumplido las obligaciones derivadas de la Directiva 65/335/CEE, del Consejo, de 17 de julio de 1965, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales (sustituida por la Directiva 2008/7/CE, del Consejo, de 12 de febrero de 2008). Los motivos eran los siguientes:

1. Supeditar la aplicación de la exención obligatoria prevista en la normativa comunitaria para las operaciones de reestructuración empresarial (fusión, de escisión, de aportación de activos y de canje de valores) a los requisitos establecidos en el artículo 96 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.
2. Gravar con un derecho de aportación el traslado a España de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de las sociedades no sujetas en su Estado miembro de origen a un derecho similar al aplicado en España, y
3. Someter al derecho de aportación el capital destinado a las actividades mercantiles ejercidas en territorio español por las sucursales o establecimientos permanentes de sociedades establecidas en un Estado miembro que no aplica un derecho análogo al aplicado en España.

El artículo 45, número I, letra B), punto 10, del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su redacción anterior a la versión dada por la Ley 4/2008, establecía la exención de las operaciones de reestructuración societaria recogidas en el Capítulo VIII del Título VII del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

En relación con el primer motivo, el Tribunal entendió que supeditar la aplicación de esta exención al ejercicio de una opción formal por el régimen especial previsto en el artículo 96 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades suscitaba en las sociedades interesadas una duda o ambigüedad en cuanto al origen del citado derecho y a las condiciones de su ejercicio y, por ese solo motivo, no podía considerarse conforme al sistema establecido por la Directiva 69/335/CEE.

La sentencia resolvió que la obligación de optar por ese régimen especial no constituye una mera formalidad, puesto que dicha opción debe comunicarse a las autoridades tributarias en la forma

y en el plazo prescrito por la normativa nacional. Esta doble obligación de opción y de información como condición para el ejercicio de un derecho incondicionalmente reconocido por la Directiva 69/335/CEE constituía un obstáculo contrario a esta norma.

En segundo lugar, ha de indicarse que el artículo 19, apartado 3, del texto refundido (en su redacción anterior a la versión dada por la Ley 4/2008) establecía el criterio de la sujeción a «Operaciones Societarias» del traslado a España de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de una sociedad, cuando ni una ni otra estuviesen previamente situados en un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea, o en estos la entidad no hubiese sido gravada por un impuesto similar al regulado en el presente título.

En relación con el segundo motivo de oposición alegado contra España, el Tribunal comunitario consideró que este criterio de «tributación» o «sujeción» en el Estado miembro de origen no se corresponde con lo dispuesto en la Directiva 69/335/CEE, ya que permite la tributación en concepto de derecho de aportación en supuestos que no están previstos en la directiva. Por ello, como quiera que la directiva armoniza de forma exhaustiva el ámbito de la imposición por los Estados miembros en los casos de traslado del domicilio social o de la sede de dirección efectiva, la citada disposición del texto refundido era incompatible con lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, letras g) y h), de la directiva.

El motivo principal de oposición a la sujeción de esta operación de traslado societario se basa, principalmente, en el hecho de que la circunstancia de que determinados Estados miembros, haciendo uso de la facultad que dicha directiva concede, hubieran renunciado a la percepción del impuesto sobre las aportaciones, no debía implicar que con motivo del traslado de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de una sociedad de capital desde un Estado miembro a otro, este segundo Estado miembro pudiera automáticamente aplicar dicho impuesto.

Por último, en relación con el tercer aspecto de oposición, debe señalarse que el artículo 20 del texto refundido, también en su redacción anterior a la dada por la Ley 4/2008, establecía que las entidades que realizaran, a través de sucursales o establecimientos permanentes, operaciones de su tráfico en territorio español y cuyo domicilio social y sede de dirección efectiva se encontraran en países no pertenecientes a la Comunidad Económica Europea, o encontrándose en estos no estuviesen sometidas a un gravamen análogo a Operaciones Societarias venían obligadas a tributar, por los mismos conceptos y en las mismas condiciones que las españolas, por la parte de capital que destinan a dichas operaciones.

El Tribunal consideró que dicho precepto era contrario a la regla de reparto de competencias tributarias entre Estados miembros establecida en la Directiva 69/335/CEE. Así, la imposición de tales operaciones de sociedades de capital que tengan su sede de dirección efectiva en otros Estados miembros era contraria al artículo 2, apartado 1, de la directiva, que dispone que las operaciones sometidas al impuesto sobre las aportaciones deben ser imponibles únicamente en el Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la sede de la dirección efectiva de la sociedad de capital en el momento en que se realicen estas operaciones.

El legislador español, previendo un pronunciamiento como el que finalmente efectuó el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, efectuó una adaptación de diversos artículos del

texto refundido a la nueva Directiva 2008/7/CE, del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, que sustituye a la Directiva 69/335/CEE. Esta adaptación fue llevada a cabo a través de la mencionada Ley 4/2008, de 23 de diciembre. En consecuencia, las imputaciones señaladas en los apartados 1 y 2 dejaban de tener efectividad práctica, dado que las operaciones objeto de conflicto, con la nueva redacción dada al texto refundido, pasaron a estar no sujetas a gravamen.

Cuestión distinta es la que se abría en relación con la tributación de las operaciones de reestructuración, que con la nueva redacción pasan a ser operaciones no sujetas a gravamen. La sentencia declaró que la exigencia de optar por el régimen especial de operaciones de reestructuración contraviene la normativa en materia de impuestos que gravan la concentración de capitales. Este aspecto no ha sufrido adaptación alguna, por lo que continúa vigente ese requisito para proceder a la aplicación de la no sujeción en «Operaciones Societarias» y a la exención en «Transmisiones Patrimoniales Onerosas» y «Actos Jurídicos Documentados».

## **8.2. Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2010, asunto C-487/09 (NFJ040281)**

Más recientemente, y aunque no afectaba directamente a la modalidad impositiva «Operaciones Societarias» sino a «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», el Tribunal Supremo decidió solicitar pronunciamiento prejudicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al respecto de un posible conflicto entre el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y los artículos 11 y 12 de la Directiva 69/335/CEE, del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, concretado en las siguientes cuestiones:

1. Se trataba de saber si el artículo 12.1 a) de la directiva admite gravar la transmisión de valores mobiliarios de modo automático y general, como se deduce del texto literal del artículo 108 de la Ley 24/1988, o únicamente en los supuestos de transmisión de todo o parte del patrimonio inmobiliario de una sociedad para eludir así el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas.
2. Se dudaba de si la normativa comunitaria permite que el artículo 108 pueda establecer un gravamen por la adquisición de la mayoría del capital de sociedades cuyo activo está mayoritariamente integrado por inmuebles, aunque sean sociedades plenamente operativas y se transmitan títulos que desarrollan una contrastada actividad económica, ya que la norma española no excluye de gravamen las transmisiones de valores que denotan la transmisión de un negocio en funcionamiento, al no atender a la finalidad de la operación, de igual manera que con independencia del ánimo elusorio la norma se aplica de forma automática cuando se incurre en el supuesto tipo.

Con base en dicha petición, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea emitió Auto de fecha de 6 de octubre de 2010, asunto C-487/09, por el que resolvió la plena compatibilidad del artículo 108.2

de la Ley 24/1988 con el ordenamiento comunitario. El Auto establece que la Directiva 69/335/CEE y, más concretamente, sus artículos 11 a) y 12.1 a), no se oponen a una normativa de un Estado miembro, como la establecida en el artículo 108.2 de la Ley 24/1988 (Mercado de Valores) que, a fin de impedir la elusión fiscal en el marco de la transmisión de bienes inmuebles mediante la interposición de sociedades, sujeta las transmisiones 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 100 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 hay 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.

## 9. CONCLUSIÓN FINAL

De la exposición anterior se deduce que el legislador español ha considerado la modalidad impositiva «Operaciones Societarias» un obstáculo para la realización de operaciones de creación, capitalización y mantenimiento de las empresas.

Tras la reforma operada por el Real Decreto-Ley 13/2010, la vida de esta figura se encuentra circunscrita exclusivamente a las operaciones de reducción de capital social y de extinción de sociedades, operaciones que están al margen de lo que la normativa comunitaria define como operaciones de aportación de capitales. En esos casos, el sujeto pasivo del impuesto son los socios, copropietarios, comuneros o partícipes por los bienes y derechos recibidos, a diferencia del resto de operaciones hasta ahora sujetas y no exentas, en las que el sujeto pasivo era la propia sociedad.

Con el establecimiento de una exención general como la aprobada podría afirmarse que este impuesto ha llegado a su fin conforme a lo señalado en la Directiva 2008/7/CE, cuando señala que la opción de un Estado miembro de eximir del impuesto sobre las aportaciones la totalidad o parte de las operaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la directiva, conlleva que no pueda volver a imponer dicho gravamen.

Por último, un aspecto que debe mencionarse es el hecho de que la recaudación derivada de esta figura impositiva está atribuida en su integridad a las comunidades autónomas, por lo que debería llevarse a cabo la correspondiente compensación por parte del Estado por la pérdida de ingresos con base en el principio de lealtad institucional previsto en la disposición adicional sexta de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias. Esta disposición señala que en el marco del principio de lealtad institucional, la Administración General establecerá todos los mecanismos que garanticen que las normas estatales que supongan reducciones de los ingresos tributarios de las comunidades autónomas contengan la valoración correspondiente.