

# COMPATIBILIDAD DEL ARTÍCULO 108 DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES CON EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

[Notas al auto del TJUE de 6 de octubre de 2010, Asunto C-487/09] \*

FERNANDO MARTÍN BARAHONA

*Técnico de Hacienda*

## Extracto:

EN enero de 2010, la Comisión Europea solicitó formalmente a España que modificase sus disposiciones fiscales relacionadas con la transmisión de valores. La Comisión considera que la imposición de un impuesto a la transferencia de ciertas contribuciones de capital, además del impuesto sobre las aportaciones, es contraria a la normativa comunitaria en materia de concentración de capitales.

De acuerdo con el artículo 108 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, en caso de una aportación de capital a una empresa cuyos activos inmobiliarios en España representen más del 50 por 100 de sus activos totales, o cuyos activos incluyen los valores de otra entidad cuyos activos consisten en al menos el 50 por 100 de los bienes inmuebles situados en España, cualquier contribuyente que como resultado de esta contribución obtiene una posición como para ejercer un control sobre esta entidad o, una vez que este control se ha obtenido, aumenta su participación en la entidad, tendrá que pagar el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas (en la mayoría de los casos, a un tipo del 7%), además de la modalidad impositiva Operaciones Societarias (del 1%) que paga la empresa que aumenta su capital social.

Además, el Tribunal Supremo había planteado cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a un posible conflicto entre el artículo 108 de la Ley 24/1988 y los artículos 11 y 12 de la Directiva 69/335/CEE (impuestos indirectos que gravan la concentración de capital).

Con base en dicha petición, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha emitido Auto de 6 de octubre de 2010, Asunto C-487/09, resolviendo la plena compatibilidad del artículo 108.2 de la Ley 24/1988 con la Directiva 69/335/CEE. Considera que 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 del Mercado de Valores, en su versión modificada por la Ley 18/1991, 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 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.

**Palabras clave:** transmisión de valores, Transmisiones Patrimoniales Onerosas, cláusula antielusión y Ley del Mercado de Valores.

\* Véase el texto íntegro de este auto en *RCyT (Legislación, Consultas, Jurisprudencia)*. CEF, núm. 332, noviembre 2010, págs. 219-222, o en la Base Documental *Normacef Fiscal y Contable* con la referencia NFJ040281.

# COMPATIBILITY OF ARTICLE 108 OF THE STOCK MARKET ACT WITH COMMUNITY LAW

[Comments on the ECJ judgement of 6<sup>th</sup> october 2010, case C-487/09] \*

FERNANDO MARTÍN BARAHONA

*Técnico de Hacienda*

## Abstract:

ON January 2010, the European Commission formally requested Spain to change its tax provisions related to the transfer of securities. The Commission considered that the imposition of a transfer tax on certain contributions of capital, in addition to capital duty, is contrary to the Capital Duty Directive (2008/7/EC).

According to article 108 of Law 24/1988 of 28 July 1988 (Stock Market), in case of a contribution of capital to a company whose real estate assets located in Spain represent more than 50 percent of its total assets or whose assets include securities in another entity whose assets consist for at least 50 percent of real estate located in Spain, any contributor who as a result of this contribution obtains a position such as to exercise control over this entity or, once this control has been obtained, increases his shareholding in the entity, will have to pay a transfer tax (at a tax rate which ranges to 7%) in addition to the capital duty (1%) paid by the company increasing its capital.

In addition, the Supreme Court has raised questions to request ruling of the Court of Justice of the European Communities concerning a possible conflict between art. 108 Law 24/1988 (Stock Market) and the arts. 11 and 12 of Directive 69/335/EEC (Indirect taxes on the raising of capital).

Finally, the Court of Justice of the European Union dated October 6th, 2010, Case C-487/09, has solved the full compatibility of article 108.2 of Law 24/1988 (Stock Market) with Community law, which states that Directive 69/335/EEC (Indirect taxes on the raising of capital) and, more specifically, its arts. 11 a) and 12.1 a) do not preclude legislation of a Member State, as established in the art. 108.2 as amended by Law 18/1991, which, in order to prevent tax avoidance in the context of the transfer of property by bringing companies, holding the transmission of securities to the transfer tax if such transfer of securities representing shares in the capital stock of companies whose assets are up to least 50 percent by acquiring property and obtained as a result of the transfer; a position that allows exercise control over the entity in question, even in cases where, on the one hand, there was no intent to evade tax and, secondly, these companies are fully operational and property are inseparable from the economic activity by those companies.

**Keywords:** transfer of securities, Onerous Property Transfer Tax, anti-circumvention clause and Stock Market Law.

\* Véase el texto íntegro de este auto en *RCyT (Legislación, Consultas, Jurisprudencia)*. CEF, núm. 332, noviembre 2010, págs. 219-222, o en la Base Documental *Normacef Fiscal y Contable* con la referencia NFJ040281.

# Sumario

1. Normativa española.
2. Normativa comunitaria.
3. Posición del Ministerio de Economía y Hacienda.
4. Posición del Tribunal Supremo.
5. Resolución final del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
6. Valoración final.

El artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores es una cláusula especial antielusión que determina la aplicación de la modalidad impositiva de Transmisiones Patrimoniales Onerosas a la transmisión de ciertos valores mobiliarios. La doctrina ha cuestionado de forma reiterada la existencia de este precepto al considerar que esta cláusula puede aplicarse a operaciones gravadas en la modalidad de Operaciones Societarias, lo que vendría a suponer una vulneración de la normativa europea en materia de concentración de capitales. En este sentido, debe comentarse que en la actualidad se encuentran pendientes de resolución dos procesos contra la vigencia del discutido artículo 108.

Así, el primer proceso fue abierto por el Tribunal Supremo al plantear recurso prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante Auto de 24 de septiembre de 2009 (NFJ036259), referente a si el artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores se ajusta a los límites establecidos 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.

El Tribunal Supremo recuerda en su Auto que la Directiva 69/335/CEE prohíbe en el artículo 11 a) el gravamen de la circulación de acciones, participaciones y títulos análogos, aunque en el artículo 12.1 a) autoriza a los Estados miembros para percibir exclusivamente impuestos sobre la transmisión de valores mobiliarios, liquidados estimativamente o no. A tal efecto, el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores establece una regla general de exención, tanto en el Impuesto sobre el Valor Añadido como en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales para la transmisión de valores, pero sujeta estas operaciones a la modalidad impositiva de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, siempre que representen partes del capital social de entidades cuyo activo esté constituido al menos en su 50 por 100 por inmuebles y cuando el adquirente, a consecuencia de dicha transmisión, obtenga una posición tal que le permita ejercer el control de la entidad, sin distinguir entre sociedades patrimoniales y sociedades que desarrollan una actividad económica. Por ello, plantea las siguientes cuestiones prejudiciales:

1. Si la Directiva 69/335/CEE prohíbe la aplicación de forma automática de normas de Estados miembros, como el artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores, que grava determinadas transmisiones de valores que encubren transmisiones de inmuebles, aunque no se haya buscado eludir la tributación.
2. En el caso de que no sea necesario el ánimo elusorio, si la misma Directiva prohíbe la existencia de normas como la Ley del Mercado de Valores que establece 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 aunque los inmuebles no puedan disociarse de la actividad económica desarrollada por la sociedad.

Por su parte, en enero de este año la Comisión Europea pidió oficialmente a España que modificara sus disposiciones fiscales relacionadas con la transmisión de valores mobiliarios al considerar que el establecimiento de un Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales sobre determinadas transmisiones de capital, añadido al impuesto sobre las aportaciones (en España este modalidad impositiva está representada por Operaciones Societarias), es contraria a la Directiva 69/335/CEE, sustituida en la actualidad 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.

Según señalaba la Comisión Europea, el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores, establece que en caso de transmisiones de capital a una entidad cuyo activo total esté constituido al menos en un 50 por 100 por inmuebles situados en España o cuyos activos incluyan valores en otra entidad cuyo activo esté constituido al menos en un 50 por 100 por inmuebles situados en España, el contribuyente que, a consecuencia de dicha aportación, obtenga una posición tal que le permita ejercer el control sobre esa entidad o, una vez obtenido el control, aumente su participación en el capital social de la misma, tendrá que abonar un impuesto sobre la transmisión patrimonial (con un tipo impositivo cifrado entre el 6 y el 7%, según la Comunidad Autónoma), además del Impuesto sobre las Operaciones Societarias (1%) pagado por la empresa cuando amplía su capital.

A juicio de la Comisión Europea, la Directiva 69/335/CEE (al igual que la actual Directiva 2008/7/CE) permite a los Estados miembros recaudar un impuesto sobre las aportaciones que gravan las transmisiones patrimoniales, pero su tipo impositivo no puede exceder, en ningún caso, del 1 por 100 de la ampliación de capital, ya que de conformidad con el artículo 5.º de la Directiva, los Estados miembros no pueden recaudar ningún otro impuesto sobre dicha ampliación.

En base a ello, la Comisión considera que la legislación española afectada infringe el artículo 5.º de la Directiva 2008/7/CE del Consejo al contemplar un impuesto que se añade al que grava las aportaciones de capital en el caso de determinadas transmisiones patrimoniales que entran en el ámbito de aplicación de la Directiva.

El Gobierno español, consciente de la problemática planteada por este precepto, recibió un mandato a través de la Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario, por el que, previa consulta a las Comunidades Autónomas, en su condición de Administraciones tributarias gestoras y a quienes corresponden los ingresos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, debe adecuar el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores a la normativa europea que armoniza el Impuesto sobre la concentración de capitales y la del Impuesto sobre el Valor Añadido, según lo acordado en la Resolución del expediente de infracción abierto por la Comisión Europea. (disp. trans. 3.ª de la Ley 11/2009).

## 1. NORMATIVA ESPAÑOLA

La normativa tributaria española establece con carácter general la exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido y en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas de las trans-

misiones de valores mobiliarios. Sin embargo, existe una excepción prevista en el artículo 17 del Texto Refundido de la Ley Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, cuando señala 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».

Este artículo 108 indica que la transmisión de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, estará exenta del Impuesto sobre el Valor Añadido y del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, pero en su apartado 2 permite tratar como transmisión de inmuebles (con la consiguiente aplicación de la modalidad impositiva Transmisiones Patrimoniales Onerosas) aquellas transmisiones realizadas en el mercado secundario, así como las adquisiciones de valores 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.

Los supuestos en que resulta aplicable el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas son los siguientes:

1. Cuando los valores o participaciones transmitidos o adquiridos representen partes alicuotas 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.
2. Cuando los valores transmitidos hayan sido recibidos por las aportaciones de bienes inmuebles realizadas con ocasión de la constitución o ampliación de sociedades, o la ampliación de su capital social, siempre que entre la fecha de aportación y la de transmisión no hubiera transcurrido un plazo de tres años.

En ambos casos, se aplica el tipo correspondiente a las transmisiones onerosas de bienes inmuebles, sobre el valor real de los referidos bienes calculado de acuerdo con las reglas contenidas en la normativa vigente del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

El mismo precepto establece la excepción a la aplicación del Impuesto en aquellas transmisiones de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, siempre que la transmisión se produzca con posterioridad al plazo de un año desde la admisión a negociación de dichos

valores. Además, cuando la transmisión de valores se realice en el ámbito de ofertas públicas de venta o de ofertas públicas de adquisición, no es necesario el cumplimiento del plazo previsto en el párrafo anterior.

Este artículo es consecuencia de la previsión contenida en el preámbulo de la propia Ley del Mercado de Valores, cuando señala que con la finalidad de establecer medidas para tratar de salir al paso de la elusión del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en la transmisión de bienes inmuebles, mediante la interposición de figuras societarias se regula la obligación de información a la Administración Tributaria de las operaciones sobre emisión, suscripción y transmisión. En definitiva, lo que describe este precepto es una serie de transmisiones que quedan exceptuadas de la exención en Transmisiones Patrimoniales Onerosas cuando lo pretendido o encubierto es una enajenación del poder de disposición sobre bienes inmuebles.

## 2. NORMATIVA COMUNITARIA

La Directiva 69/335/CEE, del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, fue aprobada con la finalidad de eliminar, por la vía de la armonización, los impuestos indirectos de los Estados miembros que gravan la concentración de capitales, a saber, el impuesto al que están sometidas las aportaciones a sociedades (en España, a través de Operaciones Societarias) y el impuesto de timbre sobre los títulos (Actos Jurídicos Documentados). Se considera que estos gravámenes dan lugar a discriminaciones, doble imposición y disparidades que obstaculizan la libre circulación de los capitales. Sólo en ciertos casos se permite la imposición, pero con restricciones.

Así, el artículo 11 de la Directiva establece que: «Los Estados miembros no someterán a ninguna imposición, cualquiera que sea su forma: a) La creación, la emisión, la admisión para cotización en Bolsa, la puesta en circulación o la negociación de acciones, participaciones u otros títulos de la misma naturaleza, así como de los certificados representativos de estos títulos, sea quien fuere el emisor».

Sin embargo, el artículo 12 siguiente, en su letra a), permite a los Estados miembros establecer impuestos sobre la transmisión de valores mobiliarios, liquidados estimativamente o no.

Esta Directiva, que es la que ha motivado el inicio de los procesos descritos con anterioridad contra España, ha sido sustituida recientemente 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. Esta Directiva recoge en gran medida sus preceptos y, así, los citados artículos 11 y 12 tienen su correspondencia con los actuales 5 y 6. Concretamente, el artículo 5 establece que: «Los Estados miembros no someterán a las sociedades de capital a ninguna forma de imposición indirecta en lo que respecta a... a) aportaciones de capital». Añade el artículo 6 que «No obstante lo dispuesto en el artículo 5, los Estados miembros podrán percibir los siguientes derechos e impuestos: a) impuestos sobre la transmisión de valores mobiliarios, aplicando un tipo uniforme o no».

En interpretación y aclaración de ambos preceptos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha emitido varias sentencias que a efectos de la litigiosidad planteada por el 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, pueden aclarar su conformidad o no con la normativa comunitaria.

Así, la sentencia de 15 de julio de 2004, Asunto n.º C- 415/02 (NFJ017697), declaró que el Reino de Bélgica había vulnerado la previsión del artículo 11 de la Directiva 69/335/CEE del Consejo, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, en base a los siguientes motivos:

1. Por haber sometido al impuesto sobre las operaciones bursátiles las suscripciones, efectuadas en Bélgica, de títulos nuevos, creados con motivo de la constitución de una sociedad o de un fondo de inversión, bien como consecuencia de la realización de un aumento de capital o bien con motivo de la emisión de un empréstito.
2. Por sujetar al impuesto sobre las entregas de títulos al portador la entrega material de títulos al portador representativos de fondos públicos belgas o extranjeros, cuando se trate de títulos nuevos, creados bien con motivo de la constitución de una sociedad o de un fondo de inversión, bien como consecuencia de la realización de un aumento de capital o bien con ocasión de la emisión de un empréstito.

El Tribunal establece que la primera adquisición de títulos en el marco de una emisión no puede constituir una «transmisión», en el sentido del artículo 12, apartado 1, letra a), de la Directiva 69/335 y, por lo tanto, un impuesto que grave esta primera adquisición no puede hallarse comprendido dentro del ámbito de aplicación de la excepción que figura en dicha disposición. En definitiva, la Directiva prohibiría la imposición de toda transmisión efectuada en el mercado primario, es decir, aquella que tiene lugar por efecto de la constitución de una sociedad o la ampliación de su capital.

La sentencia de 7 de septiembre de 2006, Asunto n.º C-193/04 (NFJ023108), resuelve que «**el artículo 12, apartado 1, letra a), de la Directiva 69/335, al prever que los impuestos contemplados en esta disposición pueden ser "liquidados estimativamente o no", deja a los Estados miembros la posibilidad de determinar libremente su tipo impositivo.** Además, estos impuestos no han de constituir la contraprestación financiera de la prestación de un servicio, por lo que su importe no debe estar relacionado con el coste de dicho servicio y los criterios elaborados por la jurisprudencia (véase, en especial, la sentencia de 21 de junio de 2001, SONAE, C-206/99, Rec. p. I-4679, apartados 32 a 34 y jurisprudencia allí citada) para distinguir entre los derechos de carácter remunerativo en el sentido de la Directiva 69/335 y los que no se incluyen en esta categoría no les son aplicables (auto SONAE Distribuição, antes citado, apartados 26 y 27).

25. Habida cuenta de estas consideraciones, procede responder a las cuestiones planteadas que **la Directiva 69/335 no se opone a una normativa nacional que establece que por el otorgamiento de una escritura pública en la que se hace constar una cesión de participaciones sociales que no está relacionada con un aumento del capital social se perciban derechos notariales fijados a tanto alzado y/o en función del valor de las participaciones cedidas».**



La conclusión que puede extraerse de esta sentencia es que la normativa comunitaria permite que los Estados miembros de la Unión Europea puedan establecer gravámenes sobre la transmisión de valores mobiliarios, liquidados estimativamente o no, y reconoce que puedan establecer libremente el tipo impositivo.

Por último, la reciente sentencia de 1 de octubre de 2009, Asunto n.º C-569/07 (NFJ035239), establece que «el efecto útil del artículo 11, letra a), de la Directiva [actual art. 5.1 a)] 2008/7/CE implica que la emisión, en el sentido de esta disposición, debe incluir la primera adquisición de títulos que se efectúe en el marco de la emisión de éstos.

34. A este respecto, interpretar el término "transmisión", que figura en el artículo 12, apartado 1, letra a), de la Directiva, en el sentido propuesto por el Gobierno del Reino Unido y la Comisión de las Comunidades Europeas, a saber, que el SDRT al tipo del 1,5 por 100 es un impuesto sobre la transmisión de acciones en forma de "gravamen de abono" (*season ticket*), privaría de efecto útil al artículo 11, letra a), de dicha Directiva, e invalidaría la clara distinción establecida por los artículos 11, letra a), y 12, apartado 1, letra a), de la Directiva, entre el concepto de "emisión" y el de "transmisión". En efecto, tal interpretación haría posible someter a un impuesto o a un gravamen la operación de emisión que, a pesar de que implica necesariamente la adquisición de títulos emitidos nuevamente, no debe, de conformidad con dicha disposición, estar sometido a ningún impuesto o gravamen distinto del derecho de aportación.

35. Por lo tanto, no puede considerarse que la primera adquisición de títulos en el marco de su emisión constituya una "transmisión", en el sentido del artículo 12, apartado 1, letra a), de la Directiva y, por lo tanto, un impuesto que grave esta primera adquisición no puede hallarse comprendido dentro del ámbito de aplicación de la excepción que figura en dicha disposición.

(...)

37. Habida cuenta de estas consideraciones, procede observar que, en la medida en que un impuesto como el SDRT grava los títulos nuevos, creados como consecuencia de un aumento de capital, tal impuesto constituye una imposición en el sentido del artículo 11, letra a), de la Directiva cuya percepción esta prohibida por dicha disposición.

38. En consecuencia, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 11, letra a), de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que prohíbe la percepción de un impuesto, como el controvertido en el litigio principal, con ocasión de la emisión de acciones en un servicio de compensación».

Esta sentencia, al igual que la citada anteriormente de fecha 15 de julio de 2004, Asunto n.º C-415/02 (NFJ017697), reconoce de forma clara que los Estados miembros pueden establecer impuestos sobre la transmisión de valores mobiliarios siempre que no procedan de una emisión efectuada en el mercado primario, definido éste como aquel en el que se colocan por primera vez los títulos emitidos por una entidad, ya sea como consecuencia de su constitución como por una posterior ampliación de su capital. A diferencia del primario, el mercado secundario puede definirse como aquel en el que los pro-

pietarios de valores mobiliarios los intercambian con nuevos compradores. Es, precisamente este mercado, al que ha de circunscribirse la posibilidad de gravamen en Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

### 3. POSICIÓN DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

El Ministerio de Economía y Hacienda, a través de la Dirección General de Tributos y del Tribunal Económico-Administrativo Central, ha señalado, de forma reiterada, que el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores no grava las aportaciones de capital (los aumentos del capital social de sociedades), sino la adquisición de determinados valores, cuando, mediante tal adquisición, el adquirente obtiene el control –o lo aumenta– sobre sociedades con patrimonio mayoritariamente inmobiliario. Esta situación queda demostrada por el hecho de que los sujetos pasivos en operaciones societarias (por la constitución de una entidad o por la ampliación de su capital) y en transmisiones patrimoniales onerosas (por la adquisición de los valores de una sociedad con activo inmobiliario) son diferentes. En el primer caso, la sociedad es el sujeto pasivo, mientras que, en segundo, es el adquirente de los valores.

Este precepto únicamente permite someter a gravamen, en determinados casos, la transmisión de valores realizada 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.

### 4. POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

Con carácter previo al Auto de 24 de septiembre de 2009, por el que decide plantear la cuestión prejudicial en relación a la compatibilidad del artículo 108 con el ordenamiento comunitario, el Tribunal Supremo se había pronunciado en varias ocasiones a favor de la validez de dicha norma antielusoria.

Así, en la Sentencia de 17 de mayo de 2006, Rec. n.º 10/2005 (NFJ023556), establece que este precepto «tiene como finalidad evitar la elusión del tributo "... correspondiente a las transmisiones onerosas de bienes inmuebles sobre el valor de los referidos bienes..." (art. 108, último párrafo), esto es, evitar que deje de pagarse lo que debería pagarse si lo que se adquiere lo fuera directamente, no a través de una transmisión de acciones. Y "lo que se adquiere" no es el total valor del inmueble, sino el representado por las acciones adquiridas, cuyo valor constituye la base imponible. Dicho de otro modo: el art. 108, al referirse al "valor de los referidos bienes", se refiere al valor real, de mercado, de los adquiridos, que, para el adquirente, no es la totalidad, sino la parte de ese valor que las acciones representan.

El hecho imponible no está constituido por el control de la sociedad, sino por "las transmisiones de valores que representen partes del capital social o patrimonio..."».

En parecidos términos se expresa el mismo Tribunal en su sentencia de 30 de abril de 2004, Rec. n.º 1406/1999 (NFJ017026).

## 5. RESOLUCIÓN FINAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha emitido Auto de fecha de 6 de octubre de 2010, Asunto C-487/09 (NFJ040281), por el que resuelve finalmente la plena compatibilidad del artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores con el ordenamiento comunitario, al establecer que la Directiva 69/335/CEE [Impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, y, más concretamente, sus arts. 11 a) y 12.1 a)], no se opone a una normativa de un Estado miembro, como la establecida en el artículo 108.2 de la Ley 24/1988, en su versión modificada por la Ley 18/1991, 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 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.

Sobre las cuestiones prejudiciales, el Auto del Tribunal concluye que los artículos 11, letra a), y 12, apartado 1, letra a), 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, establece una clara distinción entre una emisión de valores mobiliarios, que no puede estar sujeta a ningún impuesto o gravamen distinto del derecho de aportación, y la transmisión de tales valores, que, en cambio, sí puede estarlo (apartado 15 del Auto).

En primer lugar, por lo que respecta al artículo 11, letra a), de la Directiva, no se desprende de que un impuesto como el controvertido en el litigio principal grave una emisión de valores mobiliarios, como la contemplada en dicha disposición. Por lo tanto, no cabe considerar que ésta se oponga a tal impuesto (apartado 16 del Auto).

En segundo lugar, por lo que se refiere a la cuestión de si una normativa como la controvertida en el litigio principal establece un impuesto en el sentido del artículo 12, apartado 1, letra a), de la Directiva, es cierto que, desde el punto de vista económico, cabe considerar que un impuesto como el controvertido en el litigio principal puede referirse, en realidad, al patrimonio inmobiliario subyacente en los valores mobiliarios. No obstante, el hecho imponible de tal gravamen es la transmisión de valores mobiliarios. Pues bien, desde el momento en que el hecho imponible de un impuesto como el controvertido en el litigio principal consiste en la realización de una operación específica que se contempla en el artículo 12, apartado 1, letra a), de la Directiva, procede considerar que tal impuesto está comprendido en el ámbito de dicha disposición (apartado 17 del auto).

Respecto al artículo 12, apartado 1, letra a), de la Directiva, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que esta disposición permite que los Estados miembros perciban un impuesto en caso de transmisión de valores mobiliarios, con independencia de que la sociedad emisora de dichos valores mobiliarios esté o no autorizada a cotizar en Bolsa y de que la transmisión de éstos tenga lugar en la Bolsa o directamente entre el transmitente y el adquirente. Además, esta disposición deja a los Estados miembros la posibilidad de determinar libremente el tipo de los impuestos que contempla (apartado 18 del Auto).

## 6. VALORACIÓN FINAL

El Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ratifica la plena validez del artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores, sin establecer ninguna diferenciación en si la adquisición de la titularidad total del patrimonio inmobiliario o, al menos, una posición que permita ejercer el control sobre sociedades cuyo activo esté constituido al menos en su 50 por 100 por inmuebles situados en territorio nacional, es producida como consecuencia de transmisiones de valores realizadas en el mercado secundario o es motivada por adquisiciones en los mercados primarios. En ambos casos, parece deducirse que la tributación en Transmisiones Patrimoniales no contraviene la normativa comunitaria.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia permitiría cuestionar el sometimiento a esta modalidad impositiva para las adquisiciones efectuadas en el mercado primario, ya que lo permitido a los Estados Miembros por la Directiva es el establecimiento de impuestos sobre la transmisión de valores mobiliarios, pero siempre limitadas al mercado secundario. Esto es precisamente lo que prevé expresamente el artículo 108.2 a), párrafo primero, de la Ley del Mercado de Valores, cuando permite la imposición para aquellas adquisiciones de valores 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.

Si finalmente continúa el proceso abierto por la Comisión Europea contra el Reino de España, sería deseable que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aclarara la compatibilidad de este inciso final, con la finalidad de despejar cualquier tipo de duda sobre su coherencia con la Directiva europea.