

Revista Técnica Tributaria

Estudios

- David Pérez - Bustamante Yabar
- Aurora Ribes Ribes
- Víctor Manuel Sánchez Blázquez



Asociación Española de
Asesores Fiscales

Nuevas Aportaciones de Ámbito Europeo en relación al Artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores

David Pérez-Bustamante Yabar

Profesor de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Rey Juan Carlos
Abogado. Uría Menéndez

Resumen

Análisis de la petición de 28 de enero, de la Comisión Europea a España de modificar el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores en lo que es contrario a la Directiva 2008/7/CE, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales y posibles consecuencias de la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo mediante auto de 24 de septiembre de 2009 al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la que se consulta sobre el alcance del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores.

Abstract

Analysis of the communication dated January 28, of the European Commission to Spain requesting the modification of section 108 of the Spanish Securities Act in order to fulfil the requirements of Directive 2008/7/EEC, regarding indirect taxes on the raising of capital, and the potential consequences of the pre judicial question issued by the Administrative Section of the Supreme Court dated September 24, 2009 to the European Court of Justice, requesting clarification of the situation of section 108 of the Spanish Securities Act.

Palabras clave

(Impuesto sobre) Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, (Ley del) Mercado de Valores, Directiva 2008/7/CE, Comisión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Key words

Transfer Tax and Stamp Duty (Act), Securities (Act), Directive 2008/7/CE, European Commission, European Court of Justice.

Índice

1. Planteamiento
2. Cuestiones Preliminares
3. Compatibilidad del artículo 108 la Directiva 2008/7/CE: La petición de la Comisión
4. La cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo mediante auto de 24 de septiembre de 2009
5. Conclusiones

1. Planteamiento

En el presente artículo pretendemos analizar las más recientes cuestiones que se han planteado como consecuencia de la interacción del ámbito jurídico tributario europeo con el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (“**Ley del Mercado de Valores**”)¹.

Concretamente se analizara, en primer lugar, la petición del pasado 28 de enero, de la Comisión Europea a España, en la que se solicita la modificación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores en lo que es contrario a la Directiva 2008/7/CE, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales (“**Directiva 2008/7/CE**”). En segundo lugar, se analizará el alcance y posibles consecuencias de la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo mediante auto de 24 de septiembre de 2009 al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la que se consulta sobre el alcance del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores.

2. Cuestiones Preliminares

Antes de proceder al examen de las novedades referidas, es oportuno realizar un breve análisis sobre ciertas cuestiones en torno a la naturaleza del artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores, especialmente en lo que se refiere a su naturaleza jurídica, tanto en el momento de su génesis como en la actualidad.

Podemos avanzar que, en nuestra opinión, esta naturaleza jurídica se ha transformado, a través de las distintas modificaciones del legislador, desde la correspondiente a una norma anti-elusión de carácter especial, hasta la configuración propia a la de un hecho imponible. Consideramos que este análisis procede a los efectos de valorar adecuadamente el impacto que presentan las cuestiones enunciadas en nuestro planteamiento.

Como es notorio, el artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores, es creado como una norma antiabuso, teniendo por objetivo el de evitar que, mediante transmisiones de valores representativos del capital de sociedades inmobiliarias, se pudiera evitar la tributación indirecta generada por la transmisión de los inmuebles titularidad de dichas sociedades y, concretamente, la tributación por la modalidad de

¹ Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Transmisiones Patrimoniales Onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados².

El precepto ha sufrido diversas modificaciones desde su creación. El origen legislativo del artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores se encuentra en el artículo 40 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, que determinaba la aplicación de la modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados a la transmisión de más del 80 por 100 de acciones o participaciones de sociedades cuyo activo estuviese integrado en más de un 80 por 100 por inmuebles.

No obstante, actualmente el artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores determina la tributación por la modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en aquellos supuestos en los que, con carácter general, se produzcan adquisiciones de valores representativos del capital de sociedades cuyo activo se encuentre constituido al menos en su 50% por inmuebles situados en España, siempre que, como consecuencia de esta 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, si bien con ciertas excepciones.

Pese a su génesis como norma anti-elusión, lo cierto es que, de acuerdo con la evolución del precepto, no podemos afirmar que el actual artículo 108.2 pueda ser calificado como tal en la actualidad. De esta forma, las cláusulas anti-elusión se configuran de tal suerte que a una determinada situación fáctica, a la que se identifica con la realización de una maniobra fraudulenta, se ligan unas consecuencias jurídicas concretas y que consisten en la aplicación del régimen fiscal que se trataba de eludir.

No obstante, el artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores (i) no requiere para su aplicación la existencia de un ánimo fraudulento por parte del sujeto pasivo, y (ii) los efectos jurídicos correspondientes a este supuesto de hecho no son los que corresponderían a la norma que debería haber sido de aplicación.

En cuanto a la primera de estas características, además de la redacción literal del precepto, en cuya virtud el ánimo fraudulento no se configura como presupuesto necesario para aplicación del artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores, la jurisprudencia ha venido a refrendar esta interpretación literal. En este sentido, entre otras, la Sentencia 981/2003, de 1 de julio, del TSJ de la Comunidad

El artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores (i) no requiere para su aplicación la existencia de un ánimo fraudulento por parte del sujeto pasivo, y (ii) los efectos jurídicos correspondientes a este supuesto de hecho no son los que corresponderían a la norma que debería haber sido de aplicación.

2 En este sentido, Viana Barral y Bastida Peydro consideran que *“El artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores es una de las normas antiabuso de mayor raigambre en nuestro sistema impositivo. Como es sabido, su objetivo es evitar que mediante fórmulas de interposición societaria se eluda la tributación indirecta en el tráfico inmobiliario [...]”*. Víctor Viana Barral y Miguel Bastida Peydro. *“Cuestiones Prácticas Derivadas de la Nueva Redacción del Artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores”*. Partida Doble. n.º 211, Julio-Agosto 2009. p. 64.

Pese a su génesis como norma anti-elusión, lo cierto es que, de acuerdo con la evolución del precepto, no podemos afirmar que el actual artículo 108.2 pueda ser calificado como tal en la actualidad.

Valenciana considera que “no es óbice a lo anterior el que se afirme —y no hay razón para dudar de ello— que no hay intención defraudatoria alguna en la operación, pero lo cierto es que la norma no recoge ninguna precisión al respecto de que concurra fraude, negocio indirecto o semejante, por lo que no es preciso que exista o se acredite tal elemento y basta con que se den los requisitos que la norma taxativamente establece”.

Respecto al segundo de los mencionados, merece la pena reseñar que, de hecho, la consecuencia que se determina como

consecuencia de la aplicación del artículo 108.2 es mas gravosa para el adquirente en la mayor parte de los casos que la que hubiera correspondido en el supuesto en el que procediera la aplicación de la norma en su caso precedente.

Así, en el supuesto de una transmisión directa de los inmuebles por la sociedad, esta operación tributaría por Impuesto sobre el Valor Añadido, de tal suerte que el impuesto soportado por el adquirente sería directamente deducible por este en la medida en que el inmueble adquirido se utilice para realizar operaciones sujetas y no exentas del Impuesto sobre el Valor Añadido. No obstante, en el supuesto en el que se aplique el artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores, procederá la tributación por Transmisiones Patrimoniales Onerosas, impuesto final, no existiendo ni siquiera la posibilidad de renuncia a la exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Tradicionalmente, la doctrina ha venido considerando que estas dos características responden a la naturaleza del artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores de norma anti-elusión de carácter especial, en la que estas características, a diferencia de las normas anti-elusión de carácter general, no deben ser necesariamente cumplidas³.

No obstante, consideramos que, tanto la evolución de la redacción del artículo 108.2 como la interpretación jurisprudencial de su alcance, permite considerar que el mencionado artículo ha dejado atrás su origen de norma anti-elusión específica para configurarse como un verdadero hecho imponible, siendo esta circunstancia expresamente patente tras las modificaciones introducidas por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal.

De acuerdo con esta última modificación, los elementos configuradores de la estructura del artículo, es decir, sujeto pasivo, base imponible, y sobre todo hecho imponible queda configurado alrededor de un amplio concepto de adquisición de control sobre sociedades inmobiliarias, susceptible de

3 En este sentido García Novoa considera que “Por tanto, el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores constituye una cláusula especial antielusiva, y así debe ser contemplada. Como toda cláusula especial antielusiva la misma tiene un presupuesto concreto, en tanto se habilita para hacer frente a una concreta actividad elusoria. Cesar García Novoa “El artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores: aproximación a una técnica antielusoria”. Asociación Española de Asesores Fiscales, AEDAF, Monografía nº 3. 2008. Madrid. p. 23.

ser completado a través de la aplicación de normas anti-elusión generales y pudiendo ser aplicado independientemente de la existencia de un ánimo defraudatorio expreso o presunto en la intención del sujeto pasivo⁴.

Es decir, la voluntad del legislador ha venido determinando que, de forma progresiva, una norma anti-elusión específica, que pretendía evitar el aprovechamiento abusivo de la exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido y en la modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de la transmisión de acciones o participaciones de sociedades cuyo patrimonio estaba casi exclusivamente compuesto por bienes inmuebles, como consecuencia de la interposición de sociedades con el propósito específico de garantizar la aplicación de la exención, en un hecho imponible.

Tanto la evolución de la redacción del artículo 108.2 como la interpretación jurisprudencial de su alcance, permite considerar que el mencionado artículo ha dejado atrás su origen de norma anti-elusión específica para configurarse como un verdadero hecho imponible

De acuerdo con su nueva configuración, el propósito del artículo 108.2 de la LMV no parece que sea la lucha contra el fraude fiscal, sino asegurar la aplicación de la modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en la transmisión de valores representativos de sociedades con inversiones en activos inmobiliarios, independientemente de su actividad, siendo promotores de estas modificaciones los sujetos activos de estos tributos, las Comunidades Autónomas. Es decir, podría llegar a pensarse que la actual finalidad del artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores es, en la actualidad, eminentemente recaudatoria.

Desde esta perspectiva se entiende que el legislador haya decidido hacer caso omiso a las recomendaciones que, desde la doctrina, se han realizado sistemáticamente, en las que se solicita que se modifiquen los procedimientos a través de los cuales se lucha contra el fraude fiscal instrumentado a través de la interposición societaria. Esta perspectiva también explicaría que el legislador no haya preferido acometer

4 Coincidimos en este punto con Fuster Tozer y Marín Benítez, cuando señalan que *“Este planteamiento del artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores como norma anti-elusión de carácter específico deberá ser cuestionado tras las modificaciones que en su redacción introducirá la Ley de Medidas de prevención del fraude fiscal. Así, los diferentes elementos constitutivos de la norma (supuesto de hecho, sujeto pasivo, base imponible) se van a configurar con la nueva redacción alrededor del concepto “toma de control” sobre una sociedad con patrimonio mayoritariamente inmobiliario, concepto éste que presenta poca o ninguna conexión el hecho imponible del IVA (entrega de bienes) o con el concepto Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITP y AJD. Por otro lado, de un supuesto de hecho taxativo y con un ámbito de aplicación muy limitado, se va a pasar a un supuesto de hecho de contornos indefinidos y mucho más amplio. Siendo así, nos parece que la nueva redacción de la norma inaugura el establecimiento de un nuevo hecho imponible [...]”*. Rafael Fuster Tozer y Gloria Marín Benítez. *“El artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores: Norma Anti-Elusión o Nuevo Hecho Imponible en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas”*. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid número 34. 2006. p. 103.

una modificación expresa del artículo 108.2 reconociendo su nueva finalidad, ya que las medidas recaudatorias suelen llevar asociado el correspondiente coste en términos políticos.

Es precisamente esta una de las claves que deben ser tenidas en cuenta para analizar el encaje del artículo 108.2 desde una perspectiva general y, en consecuencia, en el marco del derecho comunitario. En definitiva, para la interpretación teleológica de esta disposición se debe tener en cuenta la finalidad del mismo a través del análisis de cada una de las modificaciones que este precepto ha sufrido, no pudiendo considerarse como única finalidad válida la que inicialmente tuvo el legislador al crear el precepto hace más de 30 años, y menos cuando la finalidad del legislador actual es, de forma clara y patente, contrapuesta a la del legislador originario.

3. Compatibilidad del artículo 108 la Directiva 2008/7/CE: La petición de la Comisión

Con fecha 28 de enero de 2010, la Comisión Europea solicitó al legislador español⁵ que, en un plazo de dos meses, procediera a la modificación del gravamen al que somete el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores a las transmisiones de capital cuando el aportante obtenga el control efectivo de una sociedad inmobiliaria, por ser contraria a la Directiva 2008/7/CE relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales.

Esta petición ha adoptado la forma de un dictamen motivado, de acuerdo con el procedimiento de infracción previsto en el artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Si en el plazo de dos meses el Estado español no reacciona de forma satisfactoria al dictamen motivado, la Comisión podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Como es conocido, la Directiva 2008/7/CE considera que los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales dan lugar a discriminaciones, doble imposición y disparidades que obstaculizan la libre circulación de los capitales. Los efectos económicos producidos son, por tanto, desfavorables para la agrupación y el desarrollo de las empresas, siendo particularmente negativos en la coyuntura actual, que exige imperativamente que se dé prioridad al relanzamiento de las inversiones.

En consecuencia, la Directiva considera que redundaría en beneficio del mercado interior armonizar la legislación en materia de impuestos indirectos sobre la concentración de capitales, a fin de eliminar, en lo posible, los factores que puedan falsear las condiciones de competencia u obstaculizar la libre circulación de capitales.

Por ello, la Directiva 2008/7/CE en su 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 lo siguiente: (a) aportaciones de capital, teniendo esta consideración, entre otras operaciones el aumento de capital social

5 Nota de Prensa de fecha 28 de enero de 2010, número de referencia de la Comisión para el asunto 2008/4760. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/83&format=HTML&aged=0&language=ES&guiLanguage=en>

de una sociedad de capital mediante la aportación de bienes de cualquier naturaleza⁶; (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 la transformación de una sociedad de capital en una sociedad de capital de tipo diferente, 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, el cambio del objeto social de una sociedad de capital, y la prórroga del plazo de duración de una sociedad de capital; y las (e) operaciones de reestructuración⁷.

La Comisión considera en la petición objeto de análisis que el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores determina, en el supuesto de transmisiones del capital a entidades cuyo activo total esté constituido, de forma directa o indirecta, en al menos en un 50 % por inmuebles situados en España, además del pago del Impuesto sobre Operaciones Societarias que debe realizar la sociedad que amplía capital, la tributación por Transmisiones Patrimoniales Onerosas del contribuyente que, a consecuencia de dicha aportación, obtenga una posición tal que le permita ejercer aumentar el control sobre esa entidad.

Pues bien, la Comisión concluye que esta posibilidad es contraria a lo dispuesto por la Directiva 2008/7/CE, norma que sustituye a la Directiva 69/335/CEE, en cuanto la mencionada preconiza que, para el correcto funcionamiento del mercado interior y para la prevención del falseamiento y de las interferencias en la libre circulación de capitales, es necesario eliminar o restringir los impuestos indirectos afectos a dicha circulación.

Por ello, en la noticia de prensa se recoge claramente que *“Según el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, en caso de transmisiones de capital a una entidad cuyo activo total esté constituido al menos en un 50 % por inmuebles situados en España o cuyos activos incluyan valores en otra entidad cuyo activo esté constituido al menos en un 50 % 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*

6 El artículo 3 de la Directiva establece que tendrán la consideración de aportaciones de capital las siguientes operaciones: *“(a) la constitución de una sociedad de capital; (b) la transformación en una sociedad de capital de una sociedad, asociación o persona jurídica que no sea una sociedad de capital; (c) el aumento del capital social de una sociedad de capital mediante la aportación de bienes de cualquier naturaleza; (d) el 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) el 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) el 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) el aumento del capital social de una sociedad de capital mediante la capitalización de beneficios o de reservas permanentes o provisionales; (h) el 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”*.

7 Las operaciones de reestructuración a estos efectos se definen en el artículo 4 de la Directiva.

Podría llegar a pensarse que la actual finalidad del artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores es, en la actualidad, eminentemente recaudatoria

misma, tendrá que abonar un impuesto sobre la transmisión patrimonial (con un tipo impositivo cifrado entre el 6 % y el 7 %), además del impuesto sobre las aportaciones (1 %) pagado por la empresa que amplía su capital.

La Directiva 2008/7/CE del Consejo permite a los Estados miembros recaudar un impuesto sobre las aportaciones que grave las transmisiones patrimoniales, pero su tipo impositivo no puede, en ningún caso, exceder del 1 % de la ampliación de capital y, de conformidad con el artículo 5 de

la Directiva, los Estados miembros no pueden recaudar ningún otro impuesto sobre dicha ampliación.

La Comisión considera que la legislación española afectada infringe el artículo 5 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.”

Lo cierto es que, precisamente por la entrada en vigor de la Directiva 2008/7/CE, la reciente Ley 4/2008, de 23 de diciembre, ya había modificado el contenido de los preceptos de la normativa reguladora del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados para, por un lado, eliminar los supuestos de exención aplicables en la modalidad de OS a las operaciones de reestructuración, que pasan a convertirse en supuestos de no sujeción, y, por otra, para introducir una exención en las modalidades de Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados, documentos notariales, aplicable a dichas operaciones de reestructuración que, al quedar no sujetas a la modalidad de OS, podrían quedar sometidas a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas o, en su caso, a la de actos jurídicos documentados, documentos notariales.

En consecuencia, solamente podría concurrir la aplicación del artículo 108.2 en aportaciones de capital no acogidas al régimen de reestructuración, y, incluso respecto de estas, no resultaba claro hasta que punto podría considerarse la posible aplicación de este artículo⁸.

En definitiva, de acuerdo con la actual normativa española, en determinadas aportaciones de capital pueden concurrir dos modalidades del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos

8 En este sentido, compartimos la posición de Martín Samaniego cuando considera que “[...] la existencia en esas mismas transacciones de supuestos que pudieran caer bajo el ámbito de aplicación del art. 108 de la Ley del Mercado de Valores y que no se encuentran amparados por la regla de incompatibilidad anteriormente mencionada (entre otros, los que afectan al aportante en un canje de valores o al socio que recibe acciones de la entidad absorbente en un proceso de fusión), ha llevado a la DGT a afirmar que la tarea de verificar si en un determinado caso se cumplen o no las condiciones del art. 108 de la Ley del Mercado de Valores –señaladamente, si la sociedad cuyos valores se adquieren puede calificarse como inmobiliaria a los efectos de dicho precepto- ha de llevarse a cabo con anterioridad a la operación y no una vez realizada esta. Este criterio, juntamente con otros argumentos que con base en la finalidad declarada del art. 108 de la Ley del Mercado de Valores conducen a idéntica conclusión, ha permitido excluir dichos supuestos de cualquier sujeción al gravamen de Transmisiones Patrimoniales Onerosas”. Víctor M. Martín Samaniego “Compatibilidad de las modalidades de transmisiones patrimoniales y operaciones societarias en el marco de aplicación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores. Consulta de la DGT de 14 de febrero de 2008, num. V0318-08”. VV.AA. Anuario Fiscal para Abogados. La Ley. Madrid. Septiembre 2009. p. 964.

Documentados, la modalidad OS, cuya base imponible es el importe del capital y, en su caso, prima de emisión, de la ampliación de capital, que se grava al tipo fijo del 1%, y la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas que, por aplicación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores, podría gravar con carácter general al 7% el valor de los activos inmobiliarios siempre que, como consecuencia de la aportación, el aportante obtenga una posición de control (e.g. supere la titularidad del 50% del capital social) en la sociedad beneficiaria de la aportación).

Debe tenerse en cuenta que la Dirección General de Tributos, en distintas consultas, entre otras las Consultas vinculantes V0318-08, de 14 de febrero de 2008 y V0814-08, de 21 de abril de 2008, consideró que el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores era de aplicación en los supuestos de adquisición de valores aunque esta adquisición haya tenido lugar en el contexto de operaciones gravadas en la modalidad de Operaciones Societarias.

Consideró la Dirección General de Tributos en estas resoluciones que, de acuerdo con lo dispuesto en la redacción actual del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores, cuando el control de una sociedad inmobiliaria se produzca mediante adquisiciones en los mercados primarios como consecuencia del ejercicio de los derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones, o a través de otro sistema, la imposibilidad de concurrencia de las modalidades transmisiones patrimoniales onerosas y actos jurídicos documentados prevista en el artículo 1.2. de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, no operaría, salvo que esta operación se encontrara protegida por el régimen de reestructuración, de acuerdo con la reciente reforma realizada en el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores por la Ley 4/2008, de 23 de diciembre.

En este sentido, parece evidente que la posición de la Dirección General de Tributos tiene como resultado gravar, de una manera indirecta, una operación que se encontraría protegida por lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva antes expuesto.

En este sentido, coincidimos con lo señalado por García Novoa cuando considera que la Directiva “*no solo pretende armonizar los impuestos a que se someten las aportaciones a sociedades, sino que incide en la financiación de las mismas a través de la emisión de cualquier clase de títulos*”.⁹

Pues bien, la petición de la Comisión Europea esta destinada a evitar la concurrencia de las dos modalidades expuestas en este tipo de operaciones de ampliación de capital que no queden protegidas por el régimen

Precisamente por la entrada en vigor de la Directiva 2008/7/CE, la reciente Ley 4/2008, de 23 de diciembre, ya había modificado el contenido de los preceptos de la normativa reguladora del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

9 Cesar García Novoa. De nuevo sobre el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores. Su aplicación a actos gravados por operaciones societarias. Quincena Fiscal Aranzadi. Número 3, 2009. p. 57

de reestructuración, determinando un máximo de tributación del 1% (es decir, únicamente permitiendo la tributación por Operaciones Societarias y no por Transmisiones Patrimoniales Onerosas).

Precisamente por ello, y resultando obvio, la petición de la Comisión Europea no esta dirigida a eliminar la tributación por Transmisiones Patrimoniales Onerosas en aquellos supuestos en los que no existe una ampliación de capital, sino una mera compraventa de acciones o participaciones en una sociedad inmobiliaria, supuestos en los que no existe incompatibilidad con la Directiva 2008/7/CE.

4. La cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo mediante auto de 24 de septiembre de 2009

La aplicación del artículo 108 a transmisiones de acciones o participaciones representativas del capital de entidades cuyos inmuebles se encuentran afectos a actividades económicas es una cuestión que ha suscitado una tradicional controversia. Precisamente, es esta cuestión la que ha determinado que la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo, mediante auto de 24 de septiembre de 2009, haya planteado una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que se reproduce a continuación:

“¿La Directiva 69/335/CEE, del Consejo, de 17 de julio de 1969, prohíbe la aplicación de forma automática de normas de Estados Miembros, como el artículo 108.2 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, que grava determinadas transmisiones de valores que encubren transmisiones de inmuebles, aunque no se haya buscado eludir la tributación?

En el caso de que no sea necesario el ánimo elusorio:

¿La Directiva 69/335/CEE del Consejo, de 17 de julio de 1969 prohíbe la existencia de normas como la ley española 24/1988 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?”.

La redacción del artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores no hace distinción, la afectación de los bienes inmuebles a una actividad económica, independientemente de la naturaleza de la misma, no impide en devengo de Transmisiones Patrimoniales Onerosas en aquellos supuestos en los que se verifiquen las circunstancias que determinan su aplicación.

No obstante, como es bien sabido, un relevante sector de la doctrina considera que esta realidad no encaja con la finalidad original del precepto, ya que, parece que no habría estado en el interés original del legislador hacer extensiva la aplicación del artículo 108 Ley del Mercado de Valores a determinadas compañías cuyo activo no se considera “inmobiliario” en el sentido restrictivo del término, es decir terrenos y construcciones no afectos a una actividad económica.

Es decir, en la medida en la que el artículo 108 pretende originalmente evitar la elusión fiscal que se produce a través de la interposición de personas jurídicas en las transmisiones de inmuebles, el mencionado no debería aplicarse a las sociedades plenamente operativas que, como consecuencia de su actividad, tienen un porcentaje mayoritario de su activo materializado en inmuebles en sentido lato y afectos a una actividad

económica. Si el origen de estas sociedades operativas no fue la elusión fiscal, no hay razón por la que debiera aplicarse en la transmisión de sus participaciones una norma anti-elusión i.e. el artículo 108.2 Ley del Mercado de Valores¹⁰.

En pro de este razonamiento encontraríamos algunas interpretaciones flexibles de la Administración, dentro de las cuales destaca la línea argumental expresada por el Tribunal Económico-Administrativo Central en su resolución de 15 de julio de 2004, en la que admitió la posibilidad de que el artículo 108

Ley del Mercado de Valores no resultara de aplicación a la transmisión de una sociedad dedicada a la explotación de parque recreativos (en los cuales obviamente los inmuebles eran parte fundamental)¹¹, ya que no se pretendía la adquisición de los inmuebles, sino la adquisición del negocio al que se encontraban afectos con el ánimo de continuar su explotación por este concepto.

En contra, este argumento ha sido expresamente rebatido por el Tribunal Económico-Administrativo Central en posteriores resoluciones y no son esperables futuras resoluciones de este órgano en la línea de la citada de 15 de julio de 2004.

Concretamente, en la resolución de 16 de febrero de 2005 el Tribunal Económico-Administrativo Central consideró que *“el hecho de que el objetivo del negocio jurídico celebrado era transmitir un negocio en funcionamiento no es obstáculo para mantener el razonamiento anterior, pues la norma no atiende a la finalidad de la operación, de igual manera que con independencia del ánimo antielusorio, la norma se aplica de forma automática cuando se incurre en el supuesto tipo, como ocurre en el presente caso, sin que ello suponga vulnerar el derecho a la presunción de inocencia o el derecho a la defensa, al no tratarse de una norma sancionadora”*.

Esta circunstancia, no obstante, no ha resuelto la polémica, y recientemente, el Tribunal Superior de Andalucía en Granada, en su sentencia del 29 de septiembre de 2008, ha aplicado un razonamiento

Parece evidente que la posición de la Dirección General de Tributos tiene como resultado gravar, de una manera indirecta, una operación que se encontraría protegida por lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva

10 En este sentido, García Novoa considera que *“La cláusula no debería ser de aplicación cuando las acciones o participaciones transmitidas constituyen el capital de sociedades plenamente operativas que llevan a cabo una actividad económica. Por lo que, parecería lógico, garantizar que la transmisión que determina la aplicación de la cláusula tuviese como objeto participaciones de sociedades patrimoniales, en el sentido de instrumentales para la titularidad de un determinado inmueble”*. César García Novoa. *“El artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores: aproximación a una técnica antielusoria”*. Asociación Española de Asesores Fiscales, AEDAF, Monografía nº 3. 2008. Madrid. p. 42.

11 Coincidimos con lo indicado por Viana Barral y Bastida Peydro cuando consideran, en relación a la doctrina mantenida por el Tribunal Económico-Administrativo Central en su resolución de 15 de Julio de 2004 que *“A pesar de que se trata de una interpretación que, si se quiere, puede estar amparada en la auténtica finalidad de la norma, se basa en una normativa ajena a la del ITP para cubrir una laguna que no es tal, puesto que la definición de bien inmueble está claramente perfilada en el artículo 3 de la LITP”*. Víctor Viana Barral y Miguel Bastida Peydro *“Cuestiones prácticas derivadas de la nueva redacción del artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores”*. op.cit. p. 72.

La petición de la Comisión Europea no esta dirigida a eliminar la tributación por Transmisiones Patrimoniales Onerosas en aquellos supuestos en los que no existe una ampliación de capital

similar al del Tribunal Económico-Administrativo Central en relación a la adquisición de una sociedad dedicada a la actividad de matadero industrial.

Considera el mencionado Tribunal que “Con la enajenación de tales títulos no se quiere llevar a cabo la transmisión encubierta de un patrimonio inmobiliario, sino de una empresa que se dedica, como se ha dicho, a matadero de animales; no existe afán especulativo distinto a la progresión en el desarrollo de esa actividad empresarial, de tal suerte que, de aplicarse como pretende la Administración, los términos del artículo 108 de

la Ley del Mercado de Valores puesto en relación con lo establecido en el artículo 17.2 del Texto refundido del Impuesto que se está considerando al caso enjuiciado, quedaría sometida a gravamen la transmisión de una empresa por consideración a los inmuebles de los que es titular, de donde, claramente se aprecia, que la finalidad del precepto ha quedado totalmente desvirtuada, o dicho de otro modo, sus términos se han atraído para aplicarlos a una realidad inexistente o no prevista en ellos”.

Existente esta polémica doctrinal, no es extraño que se hayan planteado modificaciones del precepto para restringir la aplicación del artículo 108 a aquellas sociedades cuyos inmuebles no estuvieran afectos a una actividad económica. El propio artículo prevé la exclusión de los inmuebles contabilizados como activo circulante de sociedades cuyo objeto social exclusivo sea la promoción o construcción inmobiliaria, y, con la modificación operada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, se ha extendido dicha exclusión a la transmisión de valores de entidades cotizadas¹².

De hecho, en la última modificación del precepto, Convergència i Unió presentó una enmienda al proyecto de la que posteriormente fue la Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario, para incorporar un párrafo adicional al artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores que evite las situaciones a las que nos hemos referido anteriormente como consecuencia del concepto expansivo de bien inmueble, proponiendo que este artículo incluyera el siguiente párrafo “no se tendrán en cuenta aquellos inmuebles que, aun formando parte del activo de cualquier tipo de entidad, estén directamente afectados a una actividad económica distinta de la meramente inmobiliaria”.

Esta reforma fue rechazada, incluyéndose únicamente una mención a la revisión del precepto de acuerdo con el resultado de expediente de infracción abierto por la Comisión Europea en relación a este artículo y

12 Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal. En su artículo 8 añadió el siguiente párrafo al artículo 108 de la L Ley del Mercado de Valores: “4. Las excepciones reguladas en el apartado 2 de este artículo no serán aplicables a las 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. A estos efectos, para el cómputo del plazo de un año no se tendrán en cuenta aquellos periodos en los que se haya suspendido la negociación de los valores. No obstante, cuando la transmisión de valores se realice en el ámbito de ofertas públicas de venta o de ofertas públicas de adquisición, no será necesario el cumplimiento del plazo previsto en el párrafo anterior.”

cuya resolución hemos analizado en el anterior epígrafe de este artículo¹³.

Es decir, el legislador, hoy por hoy, considera que el hecho de que los inmuebles que forman parte del activo de la entidad que se transmite se encuentren o no afectos a una actividad económica no es una cuestión que deba tenerse en cuenta a efectos de aplicar el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores. Otra cuestión es si se esta o no de acuerdo con el régimen tributario de aplicación. Consideramos que la reforma propuesta por Convergència i Unió debería haberse aceptado. Esta aceptación, habría permitido conectar la finalidad original anti-elusoria del artículo 108 y su regulación positiva.

El artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores no hace distinción, la afectación de los bienes inmuebles a una actividad económica, independientemente de la naturaleza de la misma, no impide en devengo de Transmisiones Patrimoniales Onerosas

Si la nueva voluntad del legislador es la de crear una figura tributaria cuyo alcance excede del de una norma anti-elusión de carácter excepcional, debería expresamente reconocer esta circunstancia, y no solamente ampliar de facto su alcance, lo que permitiría desterrar fuera de toda duda la concepción del artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores como norma anti-elusión, carácter originario, que como hemos señalado, ha trascendido como consecuencia de sus distintas modificaciones.

En todo caso, no es el propósito de este documento el de realizar un análisis específico sobre la aplicabilidad del artículo 108.2 a las transmisiones de sociedades que, teniendo la mayor parte de sus activos calificados como bienes inmuebles, los mencionados se encuentran afectos a una actividad económica que en ningún caso puede calificarse como inmobiliaria, sino tratar de determinar cual pudiera ser la posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al respecto, opinión solicitada a través de la cuestión prejudicial que da título al presente epígrafe.

En cuanto a la primera pregunta formulada en la cuestión prejudicial, la compatibilidad de la Directiva 69/335/CEE, ahora Directiva 2008/7/CE, con el artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores, la respuesta ya ha sido dada por la Comisión. Como se analizó en el epígrafe anterior, el artículo 108.2 Ley del Mercado de Valores no se considera compatible con la Directiva los supuestos en los que exista una ampliación de capital, siendo, *a sensu contrario*, compatible con lo dispuesto por esta en los supuestos en los que se produce una compraventa de acciones o participaciones en una sociedad inmobiliaria, supuestos en

13 La Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario únicamente vino a establecer, a este respecto en su Disposición Adicional Tercera, denominada "Revisión de las reglas de aplicación del artículo 108 de la Ley 24/1988, de 17 de julio, del Mercado de Valores" lo siguiente: "El Gobierno analizará, a la vista de la Resolución del expediente de infracción, abierto por la Comisión Europea, la adecuación del artículo 108 de la Ley 24/1988, de 17 de julio, 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, 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".

El legislador, hoy por hoy, considera que el hecho de que los inmuebles que forman parte del activo de la entidad que se transmite se encuentren o no afectos a una actividad económica no es una cuestión que deba tenerse en cuenta a efectos de aplicar el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores

los que no se produce una concentración de capitales en el sentido de dicha norma.

No entra la Comisión a analizar si es necesaria la existencia de un ánimo elusorio, y no parece que este análisis sea necesario desde la perspectiva de la compatibilidad del artículo 108.2 con la Directiva 2008/7/CE.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado sobre el alcance de las normas anti-elusión, considerando que las mencionadas deben destinarse para oponerse a situaciones en las que no existe una realidad económica subyacente, generadas con el objetivo de obtener una menor tributación. De esta forma, en la sentencia Cadbury Schweppes, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de septiembre

de 2006, asunto C-196/04, consideró que las medidas antielusorias internas deben emplearse para oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica¹⁴.

No obstante, como ya hemos señalado, el artículo 108.2 en la actualidad no requiere de la existencia de un ánimo elusorio para determinar su aplicación, por lo que entendemos que esta jurisprudencia no sería de aplicación.

En todo caso, consideramos que la Directiva 2008/7/CE no es la norma que entra en conflicto con el artículo 108.2 en los supuestos en los que, desde una perspectiva económica no se produce una concentración de capitales, constitución, ampliación de capital, incremento de fondos propios, en definitiva incremento neto de la afectación de capital a una actividad económica, sino una “*modificación de capitales*”, transmisiones, compraventas, permutas, en las que el capital afecto del vendedor se sustituye por capital del comprador.

Otra cuestión sería analizar la compatibilidad del artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores con la Directiva 2006/112/EC relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido. En relación a esta cuestión podemos encontrar un pronunciamiento reciente, de fecha 29 de enero de 2009, de la Unidad de Control de la Aplicación de la Normativa Comunitaria y de las Ayudas Estatales/Impuestos Indirectos de la Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera de la Comisión Europea.

Considera el mencionado órgano compatible el artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores con la normativa del Impuesto sobre el Valor Añadido ya que, la renuncia a la exención del Impuesto sobre el Valor

¹⁴ En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de octubre de 1999, Asunto Vestergaard C-55/98, entre otras.

Añadido es simplemente una opción concedida a los Estados miembros, no pudiéndose por tanto acusar a España de incumplir la normativa comunitaria por no permitir la renuncia a la exención en un determinado supuesto, lo que determina la tributación por Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

En este sentido, compartimos la posición de Ibáñez García cuando considera que el concepto Transmisiones Patrimoniales Onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados no reúne las características exigidas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para ser considerado un impuesto sobre el volumen de negocios, y que, por tanto sea incompatible con el Impuesto sobre el Valor Añadido ¹⁵.

En definitiva, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considerará, en nuestra opinión, que la Directiva 2008/7/CE es compatible con el artículo 108.2 Ley del Mercado de Valores en aquellos supuestos en los que se produzca la adquisición de la mayoría del capital de sociedades cuyo activo está mayoritariamente integrado por inmuebles, aunque sean sociedades plenamente operativas y los inmuebles no puedan disociarse de la actividad económica desarrollada por la sociedad, siempre y cuando no se produzca una aportación de capitales en el sentido expuesto anteriormente.

5. Conclusiones

De acuerdo con su configuración actual, no parece que el propósito del artículo 108.2 de la LMV sea la lucha contra el fraude fiscal, sino asegurar la aplicación de la modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en la transmisión de valores representativos de sociedades con inversiones en activos inmobiliarios, independientemente de su actividad. Es decir, podría llegar a pensarse que la actual finalidad del artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores es, en la actualidad, eminentemente recaudatoria.

Es precisamente esta una de las claves que deben ser tenidas en cuenta para analizar el encaje del artículo 108.2 desde una perspectiva general y por tanto, en el ámbito comunitario. Para la interpretación teleológica de esta disposición se debe tener en cuenta la finalidad del mismo a través del análisis de cada una de las modificaciones que este precepto ha sufrido, no pudiendo considerarse como única finalidad válida la que inicialmente tuvo el legislador al crear el precepto hace más de 30 años, y menos cuando la finalidad del legislador actual es, de forma clara y patente, contrapuesta a la del legislador originario.

De acuerdo con su configuración actual, no parece que el propósito del artículo 108.2 de la LMV sea la lucha contra el fraude fiscal, sino asegurar la aplicación de la modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas

15 Isaac Ibáñez García. "La doctrina administrativa de la Comisión Europea sobre el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores y otras cuestiones de fiscalidad inmobiliaria". Noticias de la Unión Europea. Wolters Kluwer España. Agosto 2009. p135.

En este contexto, la Comisión Europea se ha pronunciado sobre la compatibilidad del artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores con la Directiva 2008/7/CE relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, y ha solicitado al legislador español que en un plazo de dos meses, proceda a la modificación del gravamen al que somete el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores a las transmisiones de capital cuando el aportante obtenga el control efectivo de una sociedad inmobiliaria, por ser contraria a la mencionada Directiva.

No entra la Comisión a analizar si es necesaria la existencia de un ánimo elusorio, y no parece que este análisis sea necesario desde la perspectiva de la compatibilidad del artículo 108.2 con la Directiva 2008/7/CE.

La petición de la Comisión Europea no esta dirigida a eliminar la tributación por Transmisiones Patrimoniales Onerosas en aquellos supuestos en los que no existe una ampliación de capital, sino una mera compraventa de acciones o participaciones en una sociedad inmobiliaria, supuestos en los que no existe incompatibilidad con la Directiva 2008/7/CE.

En nuestra opinión, la Directiva 2008/7/CE es compatible con el artículo 108.2 Ley del Mercado de Valores en aquellos supuestos en los que se produzca la adquisición, por compraventa, de la mayoría del capital de sociedades cuyo activo está mayoritariamente integrado por inmuebles, y ello con independencia de que estas sociedades sean plenamente operativas y los inmuebles no puedan disociarse de la actividad económica desarrollada por la sociedad. En consecuencia, esta, consideramos, es la previsible respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo mediante auto de 24 de septiembre de 2009.

Es decir, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considerará, en nuestra opinión, que la Directiva 2008/7/CE es compatible con el artículo 108.2 Ley del Mercado de Valores en aquellos supuestos en los que se produzca la adquisición de la mayoría del capital de sociedades cuyo activo está mayoritariamente integrado por inmuebles, aunque sean sociedades plenamente operativas y los inmuebles no puedan disociarse de la actividad económica desarrollada por la sociedad, siempre y cuando no se produzca una aportación de capitales en el sentido expuesto anteriormente.

