

La no sujeción a operaciones societarias de las reestructuraciones empresariales y su influencia en la aplicación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores

César García Novoa

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Santiago de Compostela

Resumen

La Ley 4/2008 declara no sujeta al impuesto de Operaciones Societarias mientras la Dirección General de Tributos defiende la aplicación de la cláusula del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores a las transmisiones de acciones en las operaciones de reestructuración.

El artículo 108 de la Ley de Mercado de Valores es una cláusula especial antielusión que determina la aplicación de la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas a la transmisión de ciertos valores. La interpretación de la Administración según la cual esta cláusula puede aplicarse a operaciones gravadas en la modalidad de Operaciones Societarias es contraria a la naturaleza de una cláusula especial y al Derecho Comunitario.

Palabras Clave

Transmisiones Patrimoniales Onerosas, Operaciones Societarias, cláusula especial antielusión, Derecho Comunitario, valores.

Summary

Law 4/2008 declares does not hold the operations of restructuring to the tax of Companies Operations Tax while the General Direction for Taxes defends the application of the clause of the article 108 of the Law of the Market of Values to the transmissions of shares in the operations of restructuring.

The article 108 of the Securities Market Act is a special anti-avoidance clause that determines the application of the modality of Patrimonial Onerous Transmissions Tax to the transmission of certain values. The interpretation of the Administration according to which this clause can be applied to operations taxed in the modality of Companies Operations is opposite to the nature of a special clause and to the Community Law.

Keywords

Patrimonial Onerous Transmissions Tax, Companies Operations, Community Law, Securities.

Sumario

I.	La reforma del régimen de Operaciones Societarias por Ley 4/2008. Antecedentes...	87
II.	Las reglas generales de aplicación de la modalidad de Operaciones Societarias y la no sujeción de las operaciones de reestructuración.	89
III.	La Directiva 2008/7/CE.....	91
IV.	La compatibilidad de la sujeción a Operaciones Societarias con la aplicación del artículo 108 LMV.	93
V.	La relativización por la doctrina de la DGT del régimen de incompatibilidad: Transmisiones Patrimoniales Onerosas-Operaciones Societarias.	94
VI.	Resultados desproporcionados de esta doctrina.	96
VII.	Interpretación extensiva de una cláusula especial antielusoria.	98
VIII.	Contravención del Derecho Comunitario.	100
	VIII.1. El gravamen de las acciones o participaciones en el marco de las operaciones societarias.	100
IX.	El gravamen de las entregas de acciones o participaciones y de la suscripción de nuevas acciones a través del artículo 108 de la LMV.....	104
X.	Conclusiones.....	107

I. La reforma del régimen de Operaciones Societarias por Ley 4/2008. Antecedentes.

La Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, incluye diversas modificaciones de carácter tributario. En lo que aquí nos interesa, su artículo Séptimo, Tres, modifica el Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (TRITPAJD), aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, estableciendo la no sujeción a la modalidad de Operaciones Societarias (OS) del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD) de las *operaciones de reestructuración* empresarial. A estos efectos, constituyen operaciones de reestructuración empresarial, las fusiones, escisiones, aportación de activos y canje de valores, en los términos del artículo 21 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (TRITPAJD).

Conviene recordar que, hasta el momento, estas operaciones se encontraban exentas si las mismas se acogían al régimen opcional de *diferimiento* previsto en la Directiva 90/434/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, (comúnmente conocida como *Directiva de fusiones*) y modificada por la Directiva 2005/19/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005.

A grandes rasgos, el régimen especial de diferimiento supone que no se gravarán las plusvalías (diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos transmitidos y el valor neto contable) que se generen como consecuencia de la transmisión de bienes y derechos con ocasión de las operaciones de reestructuración, ya que estos elementos patrimoniales conservarán el valor que tenían en la entidad transmitente, de manera que el gravamen de tales plusvalías se pospone hasta que, eventualmente, los

bienes sean enajenados”¹. Y aunque se trata de una disposición que disciplina un régimen jurídico que será aplicable exclusivamente a operaciones “relativas a sociedades de dos o más Estados miembros”, la misma ampara que los Estados miembros desarrollen en su ordenamiento interno la aplicación a las operaciones de reestructuración “interiores” del mismo régimen jurídico que a las operaciones *comunitarias* de fusión, escisión, aportación de activos o canje de valores².

Pues bien, esta filosofía no es otra que la necesidad de propiciar en la Unión europea condiciones económicas y de competitividad análogas a las de un mercado interior, lo que exige facilitar la adaptación de los operadores económicos a un entorno de competencia internacional. Para ello resulta imprescindible la neutralidad de los sistemas fiscales en relación con las operaciones de adaptación de las estructuras económico-societarias a ese entorno, evitando una penalización de las mismas. Precisamente, las reglas de diferimiento en la tributación, continuidad en la valoración y autonomía respecto al régimen contable están al servicio de ese referente que es la neutralidad. No obstante, el “sacrosanto” principio de la neutralidad debe ser entendido de manera correcta. Así suele repetirse que la finalidad de la neutralidad que orienta el régimen especial de diferimiento es que la fiscalidad no suponga un impedimento ni un estímulo para la toma de decisiones empresariales tendentes a la realización de operaciones de reestructuración o reorganización empresarial³, de manera que la decisión empresarial de acudir a estas operaciones se guíe por una exclusiva “motivación económica”, dentro del *business judgement* del empresario.

Pero, como en su momento señaló NEUMARK, la neutralidad “correctamente interpretada” es una orientación de la política fiscal que aconseja no intervenir en los mecanismos competitivos del mercado allí donde exista una competencia aproximadamente perfecta⁴. Así pues, la neutralidad en las operaciones de reestructuración empresarial estaría al servicio de la intención de no provocar regresiones en un marco de competencia que pretende alcanzar cotas de mayor perfección. Si la neutralidad sólo se explica en un entorno competitivo, no se puede decir que tal neutralidad impida incentivar ciertas operaciones cuando las mismas estén al servicio de la búsqueda de una mayor perfección del marco de competencia. Y menos aun cuando la neutralidad se expresa a través de la regla del diferimiento que constituye, si bien no un beneficio, si una ventaja fiscal manifiesta. Estamos hablando de neutralidad no en el sentido de que el sistema fiscal sea indiferente a las concentraciones empresariales sino en el sentido de que no las obstaculice, que es tanto como decir que las favorezca. La neutralidad, por tanto, se puede expresar a

1 La Directiva recoge una regla de continuidad en la valoración, imponiendo además la continuidad en los criterios de determinación del resultado y facultando a que los Estados miembros permitan que las sociedades beneficiarias de las operaciones asuman las pérdidas de las sociedades transmitentes. CAAMAÑO ANIDO, M.A., “Comentarios al régimen jurídico de las operaciones de fusión empresarial y figuras afines”, Estudios sobre el Impuesto de Sociedades, Yebra-García Novoa-López Díaz, Ed. Comares, Granada, 1998, pag. 342. La Directiva establece que la determinación de las correcciones valorativas y, en su caso, de las variaciones patrimoniales se efectúe “en las mismas condiciones en que la habrían realizado la o las sociedades transmitentes si no se hubiera llevado a cabo la fusión e escisión” (art. 4, 2 de la Directiva 90/434/CEE).

2 En casos como este, la sentencia Leur-Bloem, de 17 de julio de 1997 (As. 28/95), entiende que la regulación interna, cuando toma como modelo el régimen comunitario, es también materia objeto de cuestión prejudicial, incorporando a la normativa interna y para las operaciones de reestructuración interna, la filosofía de la Directiva. Véase, GUTIERREZ BENGOCHEA, M., “Régimen fiscal de las fusiones por absorción”, Revista de Técnica Tributaria, nº 32, 1996, pag. 81.

3 SERRANO GUTIERREZ, A., “Régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores”, Manual del Impuesto sobre Sociedades, IEF, Madrid, 2003, pag. 899.

4 NEUMARK, F., *Principios de la imposición*, IEF, Madrid, 1974, pags. 316 y 317.

La referencia al “motivo económico válido” es una espada de Damocles que pende sobre la posibilidad de acudir a estas operaciones acogiéndose al régimen de diferimiento

través de ventajas e incentivos a la concentración empresarial.

Es a lo que se refiere el preámbulo de la Directiva 90/434/CEE, al decir que las “fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros pueden ser necesarios para crear en la Comunidad condiciones análogas a las de un mercado interior, y para garantizar así el establecimiento y el buen funcionamiento del mercado común” no debiéndose ver aquéllas “obstaculizadas por restricciones, desventajas

o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros, siendo el diferimiento un instrumento más para lograr esa neutralidad⁵.

Por tanto, la Directiva 90/434/CEE, aun tras la reforma por la Directiva 2005/19/CE, está orientada a una neutralidad al servicio de la transformación empresarial con unos fines claros de facilitar la adaptación al entorno competitivo. Y al servicio de esta finalidad se encontrarían también las medidas tendentes a no exigir los derechos de aportación (en España, OS) en las operaciones de reestructuración. Tradicionalmente, ello se traducía en la exención en OS de estas operaciones de reestructuración, como una consecuencia más del régimen, especial y voluntario, de *diferimiento*.

La exención de las operaciones de reestructuración empresarial en la modalidad de OS se incorporó a nuestro ordenamiento por la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades europeas, que transponía la Directiva 90/434/CEE. Esta norma introdujo en el artículo 45, I, B), 10 del ITPAJD, la exención de las operaciones a que se refería el artículo 21 del mismo (fusión, escisión y aportación de activos) siempre que les resultase de aplicación el régimen especial establecido en el Título I de la Ley 29/1991. Este régimen sería el régimen de diferimiento actualmente recogido en el Capítulo VIII del Título VII, del TR de la Ley del IS, como un régimen especial del mismo⁶.

Por lo tanto, la exención de las operaciones de reestructuración empresarial dependía de que las mismas se acogiesen al régimen voluntario de diferimiento, como una expresión más de la neutralidad que justificaría su existencia. Y, además, esta exención seguiría la suerte de las ventajas fiscales ligadas a la concesión del régimen. Por tanto, se podrán denegar su aplicación cuando la operación careciese, como dice el artículo 96,2 del TR de la LIS, de un “motivo económico válido”. La cláusula de motivo económico válido se introdujo en el artículo 110,2 en la Ley 43/1995, reguladora del Impuesto sobre Sociedades, y pasaría a recogerse en el artículo 96, 2 del TR de la Ley del IS, aprobado por R.D.Leg. 4/2004, de 5

5 . NAVARRO EGEA, M., *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, Marcial Pons. Madrid, 1997, pag. 21.

6 Véase al respecto, DE PABLO VARONA, C., *El Impuesto sobre Operaciones Societarias, Análisis de su Régimen Jurídico*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, pag. 289.

de marzo, teniendo su fundamento en el texto del artículo 11, 1, a), de la Directiva 90/434/CEE7. Sin entrar en la espinosa cuestión de si esta transposición ha sido o no respetuosa con las exigencias del Derecho Comunitario, lo cierto es que la referencia al “motivo económico válido” es una espada de Damocles que pende sobre la posibilidad de acudir a estas operaciones acogiendo al régimen de diferimiento. Lo que, tradicionalmente, también afectaba a la aplicación a la exención de OS.

Las reglas de diferimiento
en la tributación,
continuidad en la
valoración y autonomía
respecto al régimen
contable están al servicio
de ese referente que es la
neutralidad

II. Las reglas generales de aplicación de la modalidad de Operaciones Societarias y la no sujeción de las operaciones de reestructuración.

El artículo 1,2 del TR del ITPAJD dispone que *en ningún caso, un mismo acto podrá ser liquidado por el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas y por el de operaciones societarias*, dando así carta de naturaleza a la denominada regla de la incompatibilidad entre ambas figuras tributarias. La regla de incompatibilidad, no obstante, se limita a excluir la exigencia conjunta de ambos tributos, pero no aclara cuál de las dos figuras tributarias se aplica en los supuestos en que un mismo acto pudiera, teóricamente, ser gravado por ambos tributos. Pensemos (porque tendrá relevancia para la cuestión que trataremos después) en una constitución o aumento de capital en que un socio aporta unas acciones o participaciones o un bien inmueble, que constituyen transmisiones sujetas (aunque en el caso de las acciones o participaciones sujeta pero exenta) a la modalidad de TPO, y que, además, pueden estar gravadas por OS.

Esta situación la viene resolviendo la doctrina de la Dirección General de Tributos (DGT) a través de la regla de la especialidad. Así, en la clásica resolución de 29 de enero de 1993, la DGT interpreta el artículo 1,2 del TRITPAJD en el sentido de que “cuando se efectúan aportaciones no dinerarias de bienes y derechos, como desembolso de la suscripción de capital de las sociedades, la tributación de dicho acto, por la constitución de la sociedad o la ampliación de su capital social, como hecho imponible del concepto Operaciones Societarias, excluye la tributación de la transmisión de los bienes o derechos por el concepto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas”.

Dado el carácter específico de las operaciones societarias, parece lógico considerar que la constitución, ampliación de capital y demás operaciones sujetas, cuando el aportante sea un particular, sólo tributan por la

7 El art. 11. 1 a) de la Directiva, del Consejo 90/434/CEE, de 23 de julio, faculta a los Estados miembros para que, como hemos dicho, puedan negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los Títulos II, III y IV de la misma o a retirar sus beneficios fiscales cuando la operación de fusión, escisión, aportación de activos o canje de acciones tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal. La Directiva no recoge pues un supuesto general de inaplicación del régimen tributario previsto en la misma sino una facultad o “reserva de competencia” para que los Estados miembros hagan uso de la misma.

modalidad de OS, prevaleciendo, por tanto, dicho impuesto⁸. Como señala con acierto DE PABLO VARONA, y en la medida en que en las operaciones se produce siempre un desplazamiento patrimonial, si la aplicación preferente correspondiese a TPO, simplemente se vaciaría de contenido la modalidad de OS⁹.

Pero últimamente, la DGT viene insistiendo en la preferencia de OS, aunque sea para derivar una consecuencia inaceptable: la aplicación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores (LMV) a las transmisiones en operaciones de reestructuración. Así, en concreto, resoluciones de consultas como las V0318-08, de 14 de febrero y la V0814-08, de 21 de abril, ambas de 2008, interpretan el artículo 1.2 del Texto Refundido del ITP y AJD, resolviendo la incompatibilidad entre las modalidades de transmisiones patrimoniales onerosas y operaciones societarias, a favor de OS, “por aplicación del principio general de prevalencia de la ley especial sobre la ley general” que, como recuerda la propia DGT, tiene su origen en el aforismo romano *lex posterior generalis non derogat legi priori specialis*. El Centro Directivo acude, por tanto, a la *especialidad* que es un instrumento de resolución de antinomias, esto es, de resolución de contradicciones normativas que se producen cuando, ante unas mismas condiciones fácticas, se imputan consecuencias jurídicas que no pueden observarse simultáneamente¹⁰.

Por su parte el Tribunal Supremo viene pronunciándose a favor de la prevalencia de la tributación por OS, invocando también esta regla general de especialidad. Es el caso por ejemplo, de la clásica sentencia de 24 de octubre de 1987¹¹. Sin embargo, el Tribunal ha generado confusión al defender en alguna resolución aislada (por ejemplo, la sentencia de 23 de febrero de 1987¹²) que las aportaciones no dinerarias de los socios, si en contravalor se emiten acciones, se consideran estipulación única calificable como transmisión onerosa y no como operación societaria.

Sentencias como ésta han abonado el terreno para algunas consecuencias que se pueden extraer de la declaración de no sujeción en OS de las operaciones de reestructuración empresarial, que establece la Ley 4/2008, de 23 de diciembre.

Como se ha apuntado, la novedad consiste en incluir un segundo párrafo en el artículo 19 del TRITPAJD, señalando las operaciones no sujetas a OS, que serían las previstas en el artículo 21 del propio TRITPAJD. Estas operaciones coinciden en lo sustancial con las previstas en la Ley 29/1991, incluyendo algún ejemplo de operación que no constaba en esta norma, como las aportaciones no dinerarias.

Aunque la justificación inmediata de esta decisión legislativa será la necesidad de transponer en el ordenamiento interno español la Directiva 2008/7/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales.

8 VARONA ALABERN, J.E., “IVA e ITPyAJD: “Delimitación de los elementos subjetivo y objetivo del hecho imponible”, Civitas, REDF, nº 65, enero-marzo, 1990, pags. 84 y 85.

9 DE PABLO VARONA, C., El Impuesto sobre Operaciones Societarias, Análisis de su Régimen Jurídico, op. cit., pag. 41

10 J. L. VILLAR PALASÍ, “Más sobre las antinomias”, en el libro colectivo Luis Jordana de Pozas. Creador de la Ciencia Administrativa, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, págs. 51 y ss.

11 RJ 1987, 7396.

12 RJ 1987, 943.

III. La Directiva 2008/7/CE.

La declaración de no sujeción en OS de las reestructuraciones trae su causa, como se dijo, de la necesidad de ejecutar en el ordenamiento español la Directiva 2008/7/CE, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales. La misma fue aprobada por el Consejo de la Unión Europea

de 12 de febrero de 2008 y sustituye a la Directiva 69/335/CEE del Consejo de 17 de julio, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, la cual resulta derogada con efectos a partir del día 1 de enero de 2009.

La ejecución de la Directiva obliga a modificar el contenido de los preceptos del TR del ITPAJD que definen los hechos imponible de la modalidad de OS

La Directiva 2008/7/CE incide en la imposición indirecta que afecta a las denominadas *aportaciones de capital* y que en el ordenamiento español se concreta en la modalidad de OS. Procede esta Directiva a una reordenación de esta imposición, excluyendo algunas operaciones que la Directiva 69/335/CEE sí gravaba, en función de la idea, plasmada en los considerandos introductorios, de que los efectos económicos del impuesto sobre las aportaciones son desfavorables para la agrupación y el desarrollo de las empresas y que esos efectos desfavorables son particularmente negativos en la coyuntura actual, que exige imperativamente que se dé prioridad al relanzamiento de las inversiones. La no exigencia del gravamen sería una expresión más de la citada neutralidad que ya inspiraba la Directiva 69/434/CEE.

Así, desaparecen los hechos imponible referentes al traslado de 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, así como al traslado de 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. Estos principios ya habían incidido en el ordenamiento interno español a través de las sentencias de 7 de junio (asunto C-178/05, Comisión/Grecia) y 8 de noviembre de 2007 (asunto C-251/06, ING. AUER), que vendrían a determinar que España no puede gravar el traslado de la sede de dirección o del domicilio social de una sociedad de capital que no está sujeta a un impuesto similar en su país de origen. En lo que aquí nos interesa, la Directiva dispone que no se someta a ninguna forma de imposición indirecta a las sociedades de capital 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 o por las llamadas *operaciones de reestructuración*.

En efecto, el artículo 5,1, e) de esta Directiva dispone que no se someterán a ningún tipo de impuestos indirectos las operaciones de reestructuración mencionadas en el artículo 4 de la propia Directiva. Estas operaciones incluyen, según la literalidad de la norma comunitaria, la transmisión, por una o varias sociedades de capital, de la totalidad de su patrimonio, o de una o más ramas de su actividad, a una o más sociedades de capital en vías de constitución o ya existentes, siempre que la contrapartida de dicha transmisión consista, al menos parcialmente, en valores representativos del capital de la sociedad adquirente, lo que abarca la fusión por absorción, incluyendo la fusión impropia, y la fusión con constitución de una nueva sociedad además de la aportación de rama de actividad. Se incluye también la adquisición,

por una sociedad de capital en vías de constitución o ya existente, de participaciones que representen la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad de capital, siempre que la contrapartida de las participaciones adquiridas consista, al menos parcialmente, en valores representativos del capital de la primera de dichas sociedades. Se incluyen, por tanto, las operaciones que, con carácter general podemos denominar de *canje de valores*. A ello hay que unir que, en caso de que la mayoría de los derechos de voto se alcance mediante dos o más operaciones, solo se considerarán operaciones de reestructuración la operación por la que se alcance la mayoría de los derechos de voto y las operaciones subsiguientes. Por último, a efectos de la Directiva, el concepto de operaciones de reestructuración incluye la transferencia a una sociedad de capital de todo el patrimonio de otra sociedad de capital que pertenezca totalmente a la primera sociedad.

Parece obvio, por tanto, que la ejecución de la Directiva obliga a modificar el contenido de los preceptos del TR del ITPAJD que definen los hechos imponible de la modalidad de OS. Y, en concreto, la no sujeción de las llamadas operaciones de reestructuración obligaría a suprimir los supuestos de exención relativos a las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores (ahora, de reestructuración), que pasarían a convertirse en supuestos de no sujeción¹³.

Los motivos que llevan a adoptar esta Directiva son también, como en el caso del régimen de diferimiento que prevé la Directa 90/434/CE, razones de neutralidad fiscal manifestada en la pretensión de reducir la carga fiscal de la agrupación de empresas con la finalidad de no penalizarlas, lo que determina la supresión de los *derechos de aportación* en el caso de operaciones de reestructuración. Por eso, la no sujeción a los impuestos indirectos de estas operaciones deberá tener lugar en todo caso y no sólo cuando se cumplan los requisitos específicos del régimen de diferimiento del Capítulo VIII del Título VII, del TR de la Ley del IS.

Sin embargo la transposición de esta regla al Derecho español por medio de la Ley 4/2008, que establece la no sujeción de las operaciones de reestructuración a OS, conlleva automáticamente, y atendiendo al régimen de incompatibilidad TPO-OS previsto en el artículo 1.2 del Texto Refundido del ITP y AJD, la posibilidad de gravamen en TPO. Para evitar este gravamen, y como reconocimiento implícito de que a partir de ahora las operaciones de reestructuración están sujetas a TPO, la propia norma que proclama la no sujeción a OS, determina su exención a TPO. Esta exención a TPO se confirma en el art. 45,1, B), donde se establece la exención, *en su caso*, en cuanto al gravamen por las modalidades de transmisiones patrimoniales onerosas o de actos jurídicos documentados, de las operaciones societarias a que se refieren los apartados 1º, 2º y 3º del artículo 19.2 del TRITPAJD.

Sin embargo, la no sujeción de las operaciones de reestructuración a OS y su consiguiente declaración de sujeción con exención a TPO, abre un *filón* que la Administración está permitiendo que las Comunidades Autónomas aprovechen para incrementar su recaudación. Ese filón no es otro que la posibilidad de excepcionar la exención de las operaciones de reestructuración a TPO, aplicando el artículo 108 de la

13 Y, al mismo tiempo, resulta conveniente derogar el apartado 2 de la disposición adicional segunda del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, precepto que incluye las definiciones de las operaciones de fusión y escisión a efectos de la modalidad de operaciones societarias del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, pues, si bien se considera oportuno mantener las definiciones a efectos de operaciones societarias en la norma legal del Impuesto sobre Sociedades, parece razonable que la referencia se ubique en el Texto Refundido de la Ley de aquel tributo.

LMV, siempre y cuando la operación reúna los requisitos previstos en esta disposición. Posibilidad que permite la Dirección General de Tributos (DGT).

A esta cuestión vamos a referirnos inmediatamente.

IV. La compatibilidad de la sujeción a Operaciones Societarias con la aplicación del artículo 108 LMV

La expresa declaración de la no sujeción de las operaciones de reestructuración a la modalidad de OS permite traer a colación la cuestión de la posible aplicación a estas operaciones de una modalidad de TPO como es el artículo 108 de la LMV, reformado por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas de prevención contra el fraude, que ha entrado en vigor el 1 de diciembre de 2006.

Con relación al tema que nos ocupa, una de las cuestiones que en los últimos tiempos ha suscitado verdadera perplejidad es la doctrina fijada por la DGT en diversas contestaciones a consulta, destacando sobre todo la V0318-08, de 14 de febrero y la V0814-08, de 21 de abril, ambas de 2008. Estas resoluciones culminan una doctrina del Centro Directivo defensora de la tesis de que el artículo 108 de la LMV es de aplicación en los supuestos de adquisición de títulos en mercados primarios, aunque tal adquisición haya tenido lugar en el marco de una operación gravada en la modalidad de OS.

El dato legislativo que tiene en cuenta el Centro Directivo para llegar a esta sorprendente conclusión es, en primer lugar, la nueva redacción del párrafo segundo del artículo 108 de la LMV, según el cual quedan exceptuadas de la exención general de la transmisión de valores, *las transmisiones realizadas en el mercado secundario, así como las adquisiciones en los mercados primarios como consecuencia del ejercicio de los derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones o mediante cualquier otra forma, de valores*. Recoge este precepto la evidencia de que el negocio transmisivo de los títulos que permiten el control de una sociedad inmobiliaria puede tener lugar a través de un mercado secundario, esto es, a través de la adquisición derivativa de los títulos mediante un negocio oneroso (compraventa, permuta...) o del mercado primario. Al mercado primario, esto es, al integrado por emisiones de nuevas acciones o participaciones, se refiere el artículo 25 de la LMV, señalando en su párrafo segundo que para la colocación de emisiones podrá recurrirse a cualquier técnica adecuada a elección del emisor. Aquí no existe transmisión de títulos, sino mera adquisición de los mismos.

La referencia que introduce esta nueva redacción del artículo 108 a que las adquisiciones en los mercados primarios darán lugar a la aplicación del artículo 108 de la LMV *como consecuencia del ejercicio de los derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones o mediante cualquier otra forma*, debe llevar a interpretar la referencia *cualquier otra forma* en un sentido muy concreto y limitado. Ese sentido no puede ser otro que el de entender que la norma quiere hacer referencia a casos en que hay adquisiciones primarias pero no hay ejercicio de derechos de suscripción preferente porque se han eliminado. Así ocurre, por ejemplo, cuando por aplicación del artículo 159 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA), tenga lugar, con ocasión de un aumento de capital, la supresión total o parcial del derecho de suscripción preferente. Es competente para esta supresión total o parcial la Junta General, quien puede delegar en los administradores (artículo 159,2 del TRLSA). En el caso de acciones convertibles

La doctrina de la DGT supone que el gravamen vía artículo 108 de la LMV puede tener lugar “además” de la tributación que corresponda por OS

y si la relación de conversión era fija, debe preverse una fórmula de ajuste de dicha relación que permita compensar la eventual dilución del importe del derecho de conversión (artículo 159,3 del TRLSA). A casos como éste se estaría refiriendo la nueva dicción de la cláusula especial.

En casos como este cabría la aplicación de la cláusula, entre otras cosas porque el control de una sociedad inmobiliaria puede resultar

provocada por la entrada en escena de terceros, siendo imaginable la hipótesis de una intencionalidad traslativa de los inmuebles que figuran en el activo de la sociedad. Obviamente, siempre y cuando dicha finalidad traslativa resulte acreditada. Esto es, siempre que el negocio se realice con la intención de llevar a cabo la transmisión fraudulenta de inmuebles mediante la transmisión del control de una sociedad inmobiliaria y carezca de motivo económico válido. Así es como debe interpretarse la aplicación del artículo 108 de la LMV, como hemos expuesto en algún trabajo anterior¹⁴.

Por el contrario, la DGT aprovecha esta referencia a las adquisiciones primarias *cualquiera que sea la forma de las mismas*, para extender la aplicabilidad del artículo 108 de la LMV a casos en que tal adquisición primaria es fruto de una operación gravada en OS. Esta interpretación expansiva del artículo 108 de la LMV es claramente inapropiada respecto a una cláusula especial de lucha contra la elusión, porque no se limita a supuestos donde podría hablarse de un efecto traslativo del control de una sociedad (como sería la entrada de socios nuevos por exclusión de derechos de suscripción preferente), sino que la cláusula para evitar transacciones fraudulentas de inmuebles puede acabar aplicándose a casos en los que ni siquiera hay un tercero al que transmitir.

La propia idea de transmisión implica la existencia de *alteridad*, y esa alteridad se justifica plenamente cuando entra en el capital de una sociedad un tercero con ánimo de adquirir. Sin embargo, la DGT tiene asumido (así lo demuestra la contestación a consulta V1639-08, de 5 de agosto de 2008) que el artículo 108 de la LMV se puede aplicar cuando tenga lugar la obtención del control por uno de sus socios de una sociedad cuyo activo esté constituido al menos en un 50 por 100 por inmuebles situados en territorio español; es decir, cuando el control lo obtenga quien ya era socio sin que se haya producido la entrada de un socio nuevo.

V. La relativización por la doctrina de la DGT del régimen de incompatibilidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas-Operaciones Societarias.

El primer escollo con que se encuentra la DGT para defender su postura es, obviamente, la incompatibilidad entre las modalidades de TPO y OS, ya que, al fin y a la postre, el artículo 108 de la LMV no es más que una modalidad de hecho imponible subrogatorio de TPO. Como hemos dicho, el artículo 1.2 del Texto

14 Véase GARCIA NOVOA, C., “Cuestiones problemáticas de la reforma del art. 108 de la Ley de Mercado de Valores. La incidencia del Derecho Comunitario”, *Quincena Fiscal*, 15-16, 2008, pags. 4.

Refundido del ITP y AJD establece una incompatibilidad absoluta entre las modalidades de transmisiones patrimoniales onerosas y operaciones societarias, en los siguientes términos: “en ningún caso, un mismo acto podrá ser liquidado por el concepto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas y por el de Operaciones Societarias”. Incompatibilidad que ha de resolverse a favor de OS por aplicación del principio general de prevalencia de la ley especial sobre la ley general que, como recuerda la propia DGT, tiene su origen en el aforismo romano *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*.

Admitiendo, como premisa, esta incompatibilidad, la proyección de la misma sobre la aplicación del artículo 108 de la LMV a operaciones gravadas por la modalidad de OS lleva a la DGT a afirmar que “la interpretación conjunta de los artículos 1.2 del Texto Refundido del ITP y AJD y 108 de la Ley del Mercado de Valores, es que, en términos generales, las transmisiones de valores –que en general están exentas del IVA y del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD) – tributarán por la modalidad de TPO cuando se trate de transmisiones de valores sujetas a esta modalidad del ITP y AJD por cumplirse el hecho imponible definido en el artículo 7 del Texto Refundido del ITP y AJD, pero no cuando se trate de transmisiones de valores sujetas a la modalidad de OS por cumplirse el hecho imponible definido en el artículo 19 y concordantes –entre ellos, el artículo 21– del referido Texto Refundido”.

Hasta aquí, la DGT formula una conclusión absolutamente lógica que deriva de una interpretación conjunta de los artículos 1.2 del Texto Refundido de la Ley de Transmisiones Patrimoniales y del 108 de la LMV: las transmisiones de valores tributarán por la modalidad de TPO cuando se trate de enajenaciones sujetas a esta modalidad del ITPAJD por cumplirse el hecho imponible definido en el artículo 7 del Texto Refundido. Pero no ocurrirá lo mismo cuando se trate de transmisiones de valores sujetas a la modalidad de OS por cumplirse el hecho imponible definido en el artículo 19 y concordantes –entre ellos, el artículo 21– del referido Texto Refundido del ITPAJD.

Obviamente, esta doctrina de la DGT es aplicable con anterioridad a la introducción por la Ley 4/2008 de la no sujeción a OS de las operaciones de reestructuración, mientras el artículo 45, I, B del TRITPAJD dispone que estas operaciones estarán *en su caso* sujetas pero exentas a las modalidades de TPO y AJD. Desde la entrada en vigor de esta reforma, podría entenderse (a nuestro juicio, de forma equivocada) que la proclamación de la no sujeción a OS abre al vía a la sujeción a TPO, y dado que la exención en TPO de las operaciones de reestructuración es una exención *en su caso*, cabría la posibilidad de que, en casos concretos, esa exención no opere. Y que, entre esos casos, estarían los supuestos en que la transmisión deriva en el control de una sociedad inmobiliaria. Esto es; supuestos en que sería de aplicación el art. 108 de la LMV.

A nuestro juicio, el entendimiento de la reforma introducida por la Ley 4/2008 debe ser completamente diferente. La regla de la especialidad que viene invocando la DGT determinaría que la no sujeción a OS abriese la posibilidad de sujeción a TPO. Pero esa posible sujeción es neutralizada por el artículo 45, I, B del TRITPAJD, que, tras la Ley 4/2008 dispone la exención a TPO de todas las operaciones de reestructuración. Aquí lo que jugaría sería el principio de *lex posterior*. La proclamación en una ley posterior de una exención impediría la aplicación de la *excepción a la exención* contenida en una ley anterior como la LMV.

Sin embargo, el Centro Directivo añade una afirmación que causa cierta sorpresa: si la transmisión de los valores se efectúa en los mercados primarios, ya sea como consecuencia del ejercicio de derechos de suscripción preferente, de la conversión de obligaciones en acciones o de cualquier otra forma, además de

la tributación que corresponda por la OS, si la adquisición de los valores emitidos en el mercado primario confiere a su adquirente el control de una sociedad inmobiliaria, o le permite aumentar la participación en sociedades ya controladas, tal obtención del control o su aumento provocará la sujeción en TPO.

Todo ello, sin menoscabo de que, por ejemplo, en una ampliación de capital, si se reciben acciones por la aportación de los inmuebles y éstas se transmiten en un plazo inferior a tres años, se produzca también la tributación en el momento de la transmisión, por aplicación de la letra b) del apartado 2 del artículo 108 de la LMV.

Así, para la DGT, una escisión financiera realizada en el mercado secundario o una transmisión en el mercado secundario a través de un canje de valores no tributaría por TPO, al aplicarse la regla general de incompatibilidad entre esta modalidad impositiva y OS. Sin embargo, en las adquisiciones en el mercado primario ligadas a la emisión de nuevas acciones, y dada la dicción de la nueva redacción del artículo 108 de la LMV, que entiende aplicable la cláusula especial 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 mediante cualquier otra forma, no operaría la incompatibilidad de las modalidades de TPO y OS. Por ejemplo, podría gravarse por TPO, vía artículo 108 de la LMV, la operación de ampliación de capital que ya está gravada por la modalidad de OS y que desemboca, a través de la suscripción de las nuevas acciones emitidas, en la toma de control de una sociedad cuyo activo se encuentre integrado en más del 50 por 100 por bienes inmuebles. Y esta conclusión de la DGT puede ser aplicada, incluso en un escenario en el que, formalmente, se ha salvado la incompatibilidad. Escenario como el que define la no sujeción a OS de las operaciones de reestructuración introducida por Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio. Y ello, porque la doctrina de la DGT supone que el gravamen vía artículo 108 de la LMV puede tener lugar “además de la tributación que corresponda por OS”. Por ello, no cabe esperar que la Administración cambie su criterio ahora que tal tributación no es posible por la expresa declaración de no sujeción a OS por la Ley 4/2008.

Esta interpretación de la DGT, a nuestro juicio, provoca efectos desproporcionados, es ilegal y contraria a las exigencias del Derecho Comunitario.

VI. Resultados desproporcionados de esta doctrina

La demostración más palpable de las consecuencias desproporcionadas de esta doctrina de la DGT se ve en los resultados absurdos que provocaría una aplicación generalizada de la misma.

No cabe duda –y basta leer la Exposición de Motivos del artículo 108 de la Ley 36/2006 – de que el artículo 108 de LMV es una medida antielusoria que pretende evitar que a través de la transmisión de acciones se encubra la transmisión de inmuebles. El espíritu originario de la Ley 24/1988 se deja ver en el punto 16 de la Exposición de Motivos, donde se dice que, a través del artículo 108 de la LMV, “se ha pretendido asimismo, de acuerdo con lo previsto en la citada propuesta de Directiva, 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”. Por ello, no parece razonable aplicarla en situaciones en las cuales es obvio que esto no se produce. En realidad se trata de un problema que ya hemos expuesto en otra oportunidad, al hablar de la impropiedad

de aplicar el artículo 108 de forma automática, sin atender a su naturaleza antielusoria y de su posible contradicción con el Derecho Comunitario¹⁵ (de nuevo véase *Cuestiones problemáticas de la reforma del artículo 108 de la Ley de Mercado de Valores. La incidencia del Derecho Comunitario*), aunque esta doctrina de la DGT parece dar otra vuelta de tuerca. Fundamentalmente, porque hace una interpretación extensiva de una cláusula especial antielusoria como el artículo 108 de la Ley de Mercado de Valores.

Pero esta vuelta de tuerca no puede aceptarse si nos atenemos a alguna resolución judicial reciente. Es el caso de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Andalucía. Sede de Granada de 29 de septiembre de 2008 (Recurso 1381/2001) que declara exenta la transmisión de participaciones sociales que permitan ejercer el control de la sociedad de una entidad mercantil destinada a matadero industrial, cuyo activo esta, en principio, constituido en más de un 50% por inmuebles conforme a los criterios del artículo 334 del Código Civil, pero que si se excluyen de este cómputo la instalaciones técnicas y la maquinaria no se excede del 50%. La sentencia realiza una interpretación finalista del artículo 108 de la LMV.

Ya hemos dicho que la referencia a adquisiciones en el mercado primario *cualquiera que sea la forma en que la misma se lleve a cabo* podría llevar a aplicar la cláusula a casos, como la exclusión de los derechos de suscripción, en que se produce el efecto de que un tercero, el nuevo socio que entra en el capital, acaba controlando la sociedad inmobiliaria que hasta ese instante controlaban los socios antiguos. Pero la interpretación expansiva de la DGT llevaría a que el artículo 108 de la LMV fuese referible a más casos.

Esta doctrina de la DGT se aplicaría, por ejemplo, a situaciones en las cuales dos socios controlen una inmobiliaria al 50 por 100 cada uno y haya que efectuar una inyección de medios económicos, vía ampliación de capital. Cualquiera de los socios que acuda a la ampliación suscribiendo las nuevas acciones acabaría controlando más del 50 por 100 y tendría que satisfacer el 7 por 100 por el valor real de unos inmuebles que no han sido transmitidos fraudulentamente a nadie.

Esta nueva doctrina se aplicaría también cuando una persona física participe en dos sociedades, una de las cuales tenga un activo integrado por inmuebles en más del 50 por 100, aunque la participación de esa persona física sea inferior a este porcentaje. Es posible que tenga que *rescatar* económicamente la sociedad con un activo mayormente inmobiliario. Es, incluso, posible que la sociedad llegue a estar incurso en alguna causa de disolución del artículo 104,1, e) de la Ley 2/1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 260,1, 4) del Texto Refundido de las Sociedades Anónimas aprobado por Real Decreto-Legislativo 1564/1989 (situación muy habitual en el actual panorama de crisis), por lo que ese rescate se hace imprescindible, a pesar de la sorprendente Disposición Adicional Única del Decreto-Ley 10/2008, que establece que a efectos de disolución no se computarán las pérdidas por deterioro reconocidas en cuentas anuales derivadas del Inmovilizado Material, las Inversiones Inmobiliarias y las Existencias

A pesar de que el Decreto-Ley parece querer eximir a los socios de tener que reponer recursos vía ampliación de capital, el artículo 36 del Código de Comercio sigue manteniendo las aportaciones efectuadas con posterioridad a la constitución en el cómputo del Patrimonio Neto. Por eso seguirá siendo conveniente, e incluso necesario, que los socios acudan al rescate de muchas sociedades inmobiliarias. Y en el actual panorama, los tributos se

15 GARCIA NOVOA, C., "Cuestiones problemáticas de la reforma del art. 108 de la Ley de Mercado de Valores. La incidencia del Derecho Comunitario", op. cit., pag. 8.

Que un sujeto que no ha realizado una operación con ánimo elusorio sino una operación con claro fin económico tribute por la vía indirecta de una cláusula antiabuso, vulnera el requisito de la proporcionalidad.

están utilizando como instrumento para potenciar la recuperación económica de las empresas. Si acude al rescate de la sociedad inmobiliaria tendrá que contar no sólo con el gravamen por OS, el 1 por 100 sobre la cifra de capital aumentada, sino también con el coste del 7 por 100 sobre el valor real de los inmuebles en concepto de TPO, si, como consecuencia de la suscripción de las nuevas acciones o participaciones, controla la sociedad inmobiliaria por acabar disponiendo de más del 50 por 100 de su capital. Y ello sería así, incluso si en pago de las nuevas acciones se llevase a cabo una aportación del 100 por 100 de otra sociedad.

Que un sujeto que no ha realizado una operación con ánimo elusorio sino una operación con claro fin económico tribute por la vía indirecta de una cláusula antiabuso, vulnera el requisito de la proporcionalidad. La exigencia de proporcionalidad supone, como ha dicho el Tribunal Constitucional, una relación ponderada de medios a fines (sentencias 66/1985 – FJ Primero- y 50/1995, de 23 de febrero –FJ 7º-) en sus tres vertientes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto y ninguna de las tres se estaría respetando en este caso. La cláusula devendría no necesaria e inidónea por no referirse a una conducta elusiva y sería una medida claramente desproporcionada frente a una actuación del particular guiada por la necesidad de reflotar una sociedad.

VII. Interpretación extensiva de una cláusula especial antielusoria.

En segundo lugar, la doctrina de la DGT tiene el efecto de interpretar extensivamente una cláusula antielusiva especial. Las cláusulas especiales antielusorias o cláusulas *ad hoc* son una alternativa a las cláusulas generales, aunque suelen figurar en los ordenamientos “combinadas” con una cláusula general.

Lo característico de estas cláusulas *ad hoc* es que presentan una estructura normativa basada en un presupuesto de hecho “rígido, detallado y taxativo”, lo que lleva a calificarlas como cláusulas a *fattispecie chiusa*¹⁶. Su finalidad es respetar la libertad creativa de los ciudadanos, encarnada en la autonomía para adoptar las formas jurídicas que estimen adecuadas, de manera que el poder público sólo intervendría a posteriori, y cuando un fenómeno elusivo adquiriera dimensiones preocupantes. Y lo hará de forma singular, sobre cada acto o negocio de los particulares, adelantándose en la ley a las posibles maniobras de los contribuyentes. Esa forma singular de intervenir que presupone la cláusula especial se manifiesta en específicas reformas legislativas. Las cláusulas especiales sólo se pueden aplicar en el supuesto expresamente previsto y no pueden ser objeto de una interpretación extensiva.

16 GALLO, F.- MELIS, G.; “L’elusione fiscale internazionale nei processi di integrazione tra Stati: l’esperienza della Comunità Europea”, en *Giustizia Tributaria*, 1º Congresso Internazionale de Diritto Tributario- IBET, Ed. Parma, Sao Paulo, 1998, pag. 169; PISTONE, P., *Abuso del Diritto ed elusione fiscale*, Cedam, Padova, 1995, pags. 20 y 21.

Estas características de las cláusulas especiales se contradicen con la citada interpretación de la DGT. La misma provoca un efecto combinado de entender extensivamente la expresión *mediante cualquier otra forma* para delimitar las adquisiciones en mercados primarios que dan lugar a la aplicación del artículo 108 de la LMV y de anular, para determinado tipo de operaciones, la incompatibilidad TPO-OS, prevista en el artículo 1.2 del Texto Refundido del ITP y AJD.

Cuando la reforma del artículo 108 de la LMV introdujo la mención a *cualquier forma de adquisición en mercados primarios* después de hacer referencia a la adquisición mediante el ejercicio de derechos de suscripción y de la conversión de obligaciones en acciones, no tenía una pretensión de extender la aplicación de la cláusula a todos los supuestos de adquisición en mercados primarios. Probablemente se estaba refiriendo a ampliaciones de capital en que el tráfico de derechos de suscripción no resulta ser la única alternativa para modificar el porcentaje previo de participación de los socios, que toda ampliación debe respetar. Como adelantamos, se estaría refiriendo a supuestos en que es posible alterar la distribución de capital logrando el objetivo de atribuir el control a un socio mediante la exclusión de los derechos de suscripción. En estos supuestos, y, en especial, en los casos de exclusión parcial, resulta posible la entrada de nuevos socios que pueden llegar a asumir el control de la entidad titular de los inmuebles. Pero no cabe imaginar que fuera voluntad del legislador ampliar este supuesto a todos los casos de adquisiciones en mercados primarios derivadas de operaciones gravadas en OS.

Respecto a este tipo de operaciones es posible, en el plano teórico, diferenciar la operación de la emisión de acciones y participaciones que la misma conlleva y ambas, de la adquisición subsiguiente. El criterio que sigue la DGT consiste, precisamente, en desdoblar la operación de ampliación de capital, diferenciando, por una parte, lo que es ampliación de capital y, por otro, la entrega de títulos al suscriptor, que sería lo que se somete a tributación como adquisición en el mercado primario. Pero, al final, y a través de esta diferenciación que debería operar exclusivamente en el plano teórico, pretendiendo gravar una adquisición se estaría gravando un canje de valores o una aportación no dineraria, y al gravar ésta, se estaría incidiendo en la carga fiscal de una ampliación de capital o una fusión, hechos imposables tributados en OS. Y esta modalidad impositiva es incompatible con TPO. Lo que viene a hacer la Ley 4/2008 al establecer la no sujeción a OS de las operaciones de reestructuración es introducir una excepción al artículo 1,2 del Texto Refundido del ITP y AJD. A partir de esta novedad legislativa podríamos decir que la postura de la DGT ya no contraviene la incompatibilidad que está en la base de la ordenación de la tributación indirecta. Pero sigue siendo una interpretación de consecuencias deplorables porque afecta al régimen de neutralidad, promovido por la normativa comunitaria, para las operaciones de reestructuración empresarial. Aplicar el artículo 108 de la LMV a operaciones que pueden acogerse al régimen de diferimiento previsto por la Directiva 90/434/CEE es ir contra la neutralidad que justifica la adopción de este régimen y contra la filosofía de la Directiva. Tal filosofía no es otra que la voluntad de propiciar en la Unión Europea condiciones económicas y de competitividad análogas a las de un mercado interior, facilitando la adaptación de los operadores económicos a un entorno de competencia internacional, evitando una penalización fiscal de las operaciones de adaptación de las estructuras económico-societarias a ese entorno. Y la promoción de la neutralidad es también lo que ha justificado la supresión del gravamen de OS, auspiciada por la Directiva 2008/7/CE.

En suma, formalmente se salva la incompatibilidad TPO-OS este solapamiento con la previsión en el artículo 19 del Texto Refundido del ITPAJD, en la redacción introducida por el artículo Séptimo, Tres de la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, de la no sujeción a OS de las *operaciones de reestructuración*. Pero el

problema es de mayor calado y hunde sus raíces en el Derecho Comunitario. Tanto porque no cabe gravar las operaciones de emisión de valores, como porque no cabe hacerlo aplicando una cláusula especial antielusoria a supuestos en que no concurre voluntad elusiva o existe un claro *business purpose*.

VIII. Contravención del Derecho Comunitario.

La situación anteriormente expuesta presenta, además, algunas objeciones desde la perspectiva del ordenamiento comunitario europeo, a partir de la regla general de la primacía del mismo en los términos en los que lo ha afirmado la sentencia *Comisión/Francia*, de 24 de febrero de 2000, C-434/97, Rec. p. I-1129.

Son dos los grandes temas a tratar con relación al Derecho Comunitario. Por un lado, está la admisibilidad de un gravamen sobre las transmisiones de acciones o participaciones en el marco de una operación de reestructuración sometida a tributación por un derecho de aportación – impuesto sobre operaciones societarias, en España -. Por otro, estaría la cuestión de si este gravamen puede tener lugar a través de una aplicación extensiva de una cláusula general antielusoria.

A ambas cuestiones vamos a referirnos a continuación.

VIII.1. El gravamen de las acciones o participaciones en el marco de las operaciones societarias.

El ordenamiento comunitario no venía siendo proclive al gravamen de la emisión de acciones, participaciones y otros valores, al margen de la exigencia de los *derechos de aportación*. Y ello, en tanto era objetivo prioritario de la Directiva 69/335/CEE promover la libertad de circulación de capitales, *considerada esencial para crear una unión económica con características análogas a las de un mercado interior*. Para alcanzar dicho objetivo resultaba necesario establecer unas reglas muy claras en lo que se refiere al gravamen de la concentración de capitales. Dichas reglas se resumían, para la Directiva de 1969, en la *supresión de los impuestos indirectos hasta entonces vigentes en los Estados miembros, y la aplicación, en su lugar, de un impuesto percibido una sola vez en el mercado común e igual en todos los Estados miembros* (sentencia de 11 de junio de 1996, *Denkavit International* y otros, C-2/94, Rec. p. I-2827, apartado 16, y *Fantask* y otros, antes citada, apartado 13). Así, tanto la Directiva 69/335/CEE del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, en su versión modificada por la Directiva 85/303/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1985, como la Directiva 2008/7/CE del Consejo de 12 de febrero de 2008, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, incluyen la prohibición de exigencia de otros gravámenes diferentes del derecho de aportación.

En concreto, ésta última Directiva disponía en su artículo 5,2 que “los Estados miembros no someterán lo siguiente a ninguna forma de imposición indirecta: a) la creación, la emisión, la admisión a cotización en Bolsa, la puesta en circulación o la negociación de acciones, participaciones u otros valores de la misma naturaleza, así como de los certificados representativos de esos valores, sea quien fuere el emisor; b) los empréstitos, incluidos los públicos, contratados en forma de emisión de obligaciones u otros valores negociables, sea quien fuere el emisor, y todas las formalidades a ellos relativas, así como la creación,

emisión, admisión a cotización en bolsa, puesta en circulación o negociación de esas obligaciones u otros valores negociables”.

Esta prohibición, sin embargo, aparecía matizada de forma importante en el artículo 12, 1, b) de la Directiva, que permitía a los Estados miembros percibir impuestos sobre las transmisiones, comprendiéndose en ellos los derechos de inscripción en el Registro de la Propiedad, “referidos a las aportaciones a una sociedad, asociación o persona moral que persiga fines lucrativos, de bienes inmuebles o de fondos de comercio situados en su territorio”. El artículo 12, 1, c) de la propia Directiva 69/335/CEE incluía una nueva matización de gran alcance, al ratificar la posibilidad de exigir impuestos de todas clases sobre las transmisiones referidas a los bienes de cualquier naturaleza que se aporten a una sociedad, asociación o persona moral que persiga fines lucrativos, *en la medida en que la transmisión de estos bienes tenga una contrapartida que no sean participaciones sociales*.

En suma, la Directiva disponía la supervivencia de los impuestos indirectos que graven las transmisiones de bienes de cualquier naturaleza con ocasión de una aportación a una sociedad, con la excepción de aquellas aportaciones que tuviesen como contrapartida la entrega de participaciones sociales. El concepto de *aportación* sería, además, un concepto comunitario, al igual que el *aumento de capital social* (sentencia de 30 de marzo de 2006, *Aro Tubi Trafilerie*, C-46/04, Rec. p. I-3009).

Por su parte, la Directiva 2008/7/CE, tal y como se ha dicho, introduce como gran novedad, la expresa declaración de no sujeción a ninguna clase de impuesto indirecto de las operaciones de reestructuración, lo que hace renacer la importancia de la percepción de gravámenes ligados a la transmisión de bienes a la propia sociedad. En ese sentido, conviene señalar, que el artículo 6,1, a), b) y c) de la Directiva 2008/7/CE, recoge con bastante exactitud el contenido de los apartados b) y c) del artículo 12 de la Directiva 69/335/CEE, al decir que los Estados miembros podrán percibir impuestos sobre la transmisión de valores mobiliarios, aplicando un tipo uniforme o no; impuestos sobre las transmisiones, incluidos los derechos de inscripción en el Registro de la Propiedad, que graven las aportaciones, a una sociedad de capital, de bienes inmuebles o de fondos de comercio situados en su territorio e impuestos sobre las transmisiones que graven los bienes de cualquier naturaleza que se aporten a una sociedad de capital, en la medida en que la transmisión de esos bienes tenga una contrapartida que no sean participaciones sociales.

Todo dependerá, por tanto, de cómo se interprete el artículo 6,1, c) de la Directiva 2008/7/CE, que reproduce el texto del artículo 12, 1, c) de la Directiva 69/335/CEE. Conviene recordar que este precepto se refiere a la posibilidad de que se aplique un impuesto sobre la transmisión de bienes, compatible con el gravamen sobre las operaciones societarias, siempre que tal impuesto recaiga sobre “bienes de cualquier naturaleza que se aporten a una sociedad de capital”. Según este precepto, la admisibilidad de tal gravamen dependerá de que la transmisión de esos bienes tenga una contrapartida que no sean participaciones sociales. El precepto en cuestión es susceptible de dos interpretaciones. Una literal, según

Aplicar el artículo 108 de la LMV a operaciones que pueden acogerse al régimen de diferimiento previsto por la Directiva 90/434/CEE es ir contra la neutralidad que justifica la adopción de este régimen y contra la filosofía de la Directiva

La Directiva 2008/7/CE, tal y como se ha dicho, introduce como gran novedad, la expresa declaración de no sujeción a ninguna clase de impuesto indirecto de las operaciones de reestructuración

la cual habría que atender a la generalidad de la expresión “bienes de cualquier naturaleza”, de manera que para que se pudiera aplicar un impuesto sobre la transmisión de acciones a una sociedad compatible con el gravamen de la operación societaria, sería necesario que la contrapartida de la entrega no fuesen acciones o participaciones sociales de la sociedad adquirente.

Una segunda interpretación tendría un carácter sistemático y según la misma, el artículo 6,1, c) de la Directiva 2008/7/CE, de igual manera que el artículo 12, 1, c) de la Directiva 69/335/CEE,

constituyen una regla especial sobre la generalidad contenida en los apartados a) y b). Según esta interpretación, en tanto los artículos 6,1, a) de la Directiva 2008/7/CE y 12, 1, a) de la Directiva 69/335/CEE, hacen referencia a los valores mobiliarios, hay que entender que el apartado c) se refiere, al mencionar los bienes *de cualquier naturaleza*, a bienes distintos de los valores mobiliarios (y distintos de los inmuebles y fondos de comercio, mencionados en el apartado b). Por lo tanto, la posibilidad de exigir un impuesto sobre transmisiones de valores conjuntamente con el gravamen de la constitución o ampliación societaria no dependerá de que se reciba, como contrapartida a la entrega de valores, acciones o participaciones de la sociedad adquirente. O, lo que es lo mismo, de acuerdo con esta segunda interpretación, no será necesario, para que se exija el impuesto sobre transmisiones a los valores mobiliarios, que la contrapartida no sean acciones o participaciones. En principio, cabría tal exigencia en supuestos de ampliaciones de capital y canje de valores, entre otros.

Por tanto, la posibilidad de aplicar la modalidad de TPO a los desplazamientos patrimoniales originados con ocasión de la constitución o reestructuración de sociedades, no va a depender solamente de la incompatibilidad que articula el ordenamiento interno español, sino de la extensión con que se interpreten las disposiciones de la Directiva.

Y en ese sentido podemos señalar que algunas sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea han apostado por una interpretación flexible y favorable a la exigencia de impuestos indirectos con ocasión de la transmisión de bienes muebles o inmuebles a las sociedades, incluso cuando tal aportación tuviese como contrapartida la entrega de acciones o participaciones.

Así, por un lado, en la sentencia *Immobiliare SIF* de 11 de diciembre de 1997, (Asunto C-42/96, Rec. p. I-7089) y por otro la en la sentencia Asunto C-236/97, *Skatteministeriet y Aktieselskabet Forsikringsselskabet Codan*, de 17 de diciembre de 1998, (Rec. p. I-8679), se llega a la conclusión de que la letra a) del apartado 1 del artículo 12 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que permite que, *en caso de transmisión de acciones, se perciba un impuesto, con independencia de que, por una parte, la empresa emisora de dichas acciones esté autorizada a cotizar en Bolsa y de que, por otra parte, la transmisión de las acciones tenga lugar en bolsa o directamente entre el transmitente y el adquirente*. Esto es, cabe, independientemente de la cotización o no en mercados organizados, la exigencia de un impuesto sobre transmisiones que grave todo tipo de bienes e, incluso, la entrega de acciones o inmuebles, como consecuencia de un proceso de ampliación de capital.

Más recientemente, la sentencia *Fortum Project Finance SA*, de 25 de octubre de 2007, (Asunto C-240/06), disponía que la Directiva 69/335/CEE debía interpretarse en el sentido de que su artículo 12, apartado 1, letra c), permitiría la percepción de un impuesto como el impuesto finlandés sobre transmisiones cuando se transmitiesen valores mobiliarios como aportación a una sociedad de capital, la cual entrega, en contrapartida, acciones propias de nueva emisión. Y ello, porque la excepción prevista en el artículo 12, apartado 1, letra c), de la Directiva 69/335/CEE, que excluye la aplicación de impuestos sobre transmisiones de bienes cuando la contrapartida son acciones o participaciones, no se aplicaría a un impuesto sobre transmisiones como el finlandés. La sentencia corrobora la segunda de las interpretaciones expuestas sobre la interpretación del artículo 12, apartado 1, letra c), de la Directiva 69/335/CEE (equivalente al artículo 6,1, c) de la Directiva 2008/7/CE) según la cual, las letras a) y b), del artículo 12, apartado 1, de la Directiva 69/335, versan sobre categorías específicas de bienes, a saber, por una parte, los valores mobiliarios y, por otra parte, los bienes inmuebles y los fondos de comercio. Por su parte, la letra c) del mismo artículo 12, apartado 1, se aplica a una generalidad de bienes, a saber, los *bienes de cualquier naturaleza*, y supedita, además, la percepción del impuesto sobre transmisiones al requisito de que la transmisión de estos bienes tenga una *contrapartida que no sean participaciones sociales*. El concepto *bienes de cualquier naturaleza* sólo puede referirse a los bienes de naturaleza distinta a la de los mencionados en las letras a) y b) del este mismo artículo 12, apartado 1, es decir, respectivamente, a los *valores mobiliarios* y a los *bienes inmuebles o fondos de comercio*. Considerar que el artículo 12, apartado 1, letra c), de la Directiva 69/335 hace referencia a los *bienes de cualquier naturaleza*, incluidos los contemplados en las letras a) y b), del mismo artículo, apartado 1, conllevaría la consecuencia de absorber totalmente el contenido de éstas, de manera que su existencia carecería de todo sentido y utilidad.

Por tanto, la Directiva no exigiría para la aplicación de un impuesto indirecto sobre la transmisión de valores compatible con el gravamen de las operaciones societarias que la contrapartida *no sean acciones o participaciones*. Ello llevaría a admitir que cabe un impuesto indirecto sobre transmisiones patrimoniales en las aportaciones de valores mobiliarios o inmuebles que tengan como contrapartida la entrega de acciones o participaciones de la sociedad a favor de la cual se efectúa la aportación.

En esta sentencia, el TJCE corrobora la postura del Ministerio de Hacienda finlandés, que en el dictamen emitido con ocasión del proceso que desembocó en la sentencia *Fortum Project Finance SA*, entendía que la Directiva 69/335/CEE no impide a los Estados miembros percibir un impuesto en caso de transmisión de la titularidad de valores mobiliarios. Para esta resolución del Tribunal de Luxemburgo, “el intercambio de acciones conlleva una transmisión”, que puede estar gravada por un impuesto sobre transmisiones. Este impuesto no se aplicaría a la suscripción de acciones en el marco de la emisión de nuevas acciones consecuencia de la ampliación de capital ni al aumento del capital social, sino a la transmisión de acciones. En suma, este impuesto no podía considerarse contrario al artículo 12, apartado 1, letra c), de la Directiva 69/335.

Se proclama, por tanto, la compatibilidad, desde la perspectiva comunitaria y, al amparo de la Directiva 69/335/CEE, de los impuestos que gravan la transmisión de acciones o participaciones a cambio de otras acciones o participaciones (canje de valores o aportaciones de rama de actividad).

No obstante, esta posible compatibilidad TPO-OS, que será defendible también en el marco de la Directiva 2008/7CE, debería ser aplicable sólo a la transmisión de valores propiamente dicha. Por contrapartida, esta compatibilidad no puede extenderse a aquellos casos en que no hay propiamente una transmisión

de valores, sino una adquisición originaria de los mismos, inmediata a su emisión. Son los supuestos en que las operaciones de reestructuración se limitan a un aumento de capital con suscripción de las nuevas acciones emitidas a cambio de dinero¹⁷. Si este aumento es consecuencia de una reestructuración empresarial estará no sujeta a OS, pero no podrá admitirse su gravamen a TPO al no existir una *transmisión*, sino una *adquisición* originaria o primaria.

Y mucho menos podrá postularse este gravamen aplicando la cláusula del artículo 108 de la LMV. La aplicación de esta cláusula conlleva una serie de consecuencias muy importantes desde la perspectiva del Derecho Comunitario.

IX. El gravamen de las entregas de acciones o participaciones y de la suscripción de nuevas acciones a través del artículo 108 de la LMV.

El Derecho comunitario posibilita que los Estados miembros graven la transmisión de valores mobiliarios, en virtud del artículo 12 de la Directiva 69/335/CEE) y, actualmente, por el artículo 6 de la Directiva 2008/7/CE, aunque el Estado español ha optado por la exención, que tiene como excepción (la excepción a la exención) la cláusula del artículo 108 de la LMV.

El gravamen de la emisión de acciones por la vía indirecta de la aplicación del artículo 108 de la LMV vulneraría, a nuestro juicio, esta prohibición. Conviene recordar en tal sentido, que la sentencia del TJCE de 15 de julio de 2004 (As. C-415/02), Comisión contra el Reino de Bélgica, entendió que el Reino de Bélgica incumplía las obligaciones fruto del artículo 11 de la entonces vigente Directiva 69/335/CEE del Consejo sobre impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, por someter a imposición 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. El Tribunal no hacía otra cosa que insistir en una línea ya consolidada por la jurisprudencia anterior, aunque de forma mucho más implícita¹⁸.

17 HERRERA MOLINA, P.M., "El ITP y AJD frente al Derecho Comunitario y al principio de capacidad económica", *Impuestos*, 1998, págs. 632 y ss.

18 Entre otras, sentencias del TJCE de 17 de octubre de 2002 (Asunto C-71/00); Sentencia del TJCE de 17 de octubre de 2002 (Asunto C-138/00); Sentencia del TJCE de 17 de octubre de 2002 (Asunto C-339/99); Sentencia del TJCE de 17 de septiembre de 2002 (Asunto C-392/00); Sentencia del TJCE de 16 de mayo de 2002 (Asunto C-508/99); Sentencia del TJCE de 19 de marzo de 2002 (Asunto C-426/98); Sentencia del TJCE de 21 de junio de 2001 (Asunto C-206/99); Sentencia del TJCE de 18 de enero de 2001 (Asunto C-113/99); Sentencia del TJCE de 26 de septiembre de 2000 (Asunto C-134/99); Sentencia del TJCE de 21 de septiembre de 2000 (Asunto C-19/99); Sentencia del TJCE de 11 de noviembre de 1999 (Asunto C-350/98); Sentencia del TJCE de 29 de septiembre de 1999 (Asunto C-56/98); Sentencia del TJCE de 17 de diciembre de 1998 (Asunto C-236/97); Sentencia del TJCE de 27 de octubre de 1998 (Asunto C-152/97); Sentencia del TJCE de 27 de octubre de 1998 (Asunto C-4/97); Sentencia del TJCE de 5 de marzo de 1998 (Asunto C-347/96); Sentencia del TJCE de 11 de diciembre de 1997 (Asunto C-8/96); Sentencia del TJCE de 11 de diciembre de 1997 (Asunto C-42/96); Sentencia del TJCE de 2 de diciembre de 1997 (Asunto C-188/95); Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1996 (Asuntos acumulados C-197/94 y C- 252/94); Sentencia del TJCE de 20 de abril de 1993 (Asuntos acumulados C-71/91 y C- 178/91); Sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 1991 (Asunto C-164/90); Sentencia del TJCE de 28 de marzo de 1990 (Asunto C-38/88); Sentencia del TJCE de 25 de mayo de 1989 (Asunto C-15/88); Sentencia del TJCE de 2 de febrero de 1988 (Asunto C- 36/86); Sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 1987 (Asunto C-112/86); Sentencia del TJCE de 15 de julio de 1982 (Asunto C-270/81).

Y aunque es cierto que a través de la aplicación del artículo 108 de la LMV se gravaría la adquisición de las acciones o participaciones derivadas de la emisión y no la emisión propiamente dicha, el TJCE ya aclaró que es cierto que el artículo 11, letra a) de la Directiva 69/335, en la que se contiene la prohibición de gravamen, no se refiere de forma expresa a la primera adquisición de acciones. Y ello, porque la norma comunitaria menciona exclusivamente la creación, la emisión, la admisión para cotización en bolsa, la puesta en circulación o la negociación. Pero también es cierto que someter a gravamen la primera adquisición de un título nuevamente emitido supone, en realidad, gravar la propia emisión del mismo, pues, como dice la sentencia, “una emisión de títulos no basta por sí misma, sino que sólo tiene sentido a partir del momento en que los citados títulos se suscriben”.

Rechazar que se pueda gravar la emisión indiscriminada de nuevas acciones por la vía oblicua de la aplicación del artículo 108 de la LMV supone, simplemente, recoger una tradición, amparada en el Derecho comunitario y defendida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tendente a garantizar una correcta aplicación de la Directiva relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, primero la 69/335/CEE, de 17 de Julio y actualmente, la Directiva 2008/7/CE. Ambas normas comunitarias no sólo pretenden armonizar los impuestos a que se someten las aportaciones a sociedades, sino que inciden en la financiación de las mismas a través de la emisión de cualquier clase de títulos. Es por eso que el Tribunal Supremo, por medio de las sentencias de 3 de noviembre de 1997¹⁹, rechazó la sujeción a Actos Jurídicos Documentados de la emisión de obligaciones y bonos, declarando ilegal los artículos 74, 2 y 3 del Reglamento del Impuesto. En la misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2001²⁰, señalaba que el artículo 11 de la Directiva 69/335/CEE debe ser interpretado en el sentido de que “un Estado miembro no está autorizado a someter a las sociedades de capitales, definidas como tales en el artículo 3 de la Directiva, por el hecho de haber emitido un empréstito... a impuestos distintos de los mencionados en el artículo 12 de la misma Directiva”, de acuerdo con lo señalado por el Tribunal de Luxemburgo en las sentencias de 2 de Febrero de 1988, caso Dansk Sparinvest, y de 25 de Mayo de 1989, caso SPA Maxi Di.

Y, de una manera mucho más clara, y en vía de casación, el Tribunal Supremo, mediante sentencia de 29 de junio de 2007 (RJ 2007\4892), recordaba, con ocasión del rechazo al gravamen en la modalidad de Actos Jurídicos Documentados de las escrituras de modificación del valor de acciones sociales cuando no hubiese alteración de la cifra de capital social, que “si la sociedad resultó gravada en el momento de su constitución o, en su caso, de ampliación de capital por el concepto de *operaciones societarias* (artículo 19 del Texto Refundido de 1993) y con arreglo a una base constituida por la cifra del nominal del capital social o la representativa de la ampliación, habrá que recordar que, con arreglo a la Directiva Comunitaria 69/335/CEE, del Consejo, de 17 de julio de 1969, *está vedado para los Estados miembros cualquier impuesto indirecto que presente las mismas características que el que grava sobre las aportaciones de capital, o los impuestos, cualquiera que sea su forma...*”, añadiendo que, de lo contrario, *se daría lugar a una sobreimposición lo que intenta eliminar la Directiva comunitaria citada, ya que el valor nominal de las participaciones quedó gravado por el Impuesto sobre Operaciones Societarias en el momento de la constitución o ampliación de capital.*

19 .- (RJ 1997\8251 y RJ 1997\8252).

20 (RJ 2001\5349).

Se trataría de una sobreimposición que contraviene la Directiva en cuanto que la misma prohíbe, con carácter general, establecer impuestos adicionales a los que graven la constitución o aumento de capital sobre los títulos representativos de dicho capital social. Y ello, porque este capital ya ha sido gravado en la constitución de la sociedad o aumento de su capital (artículo 10 en relación con el artículo 4). Por lo que tiene de regresivo y de contrario a la línea trazada por la jurisprudencia comunitaria, debe corregirse esta perniciosa interpretación administrativa.

Y sobre todo, resulta inadmisibile que ello se haga aplicando una cláusula especial antielusión.

La doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) sobre las cláusulas especiales antielusión internas, exige su aplicación con criterios de proporcionalidad (sentencias *Vestergaard* de 28 de octubre de 1999 (As. C-55/98), o *Baxter* de 8 de julio de 1999 (As. C-254). Esta doctrina jurisprudencial resulta contrariada con la existencia de normas internas antiabuso configuradas de forma muy amplia y que resulten aplicables o proyecten sus efectos sobre estructuras u operaciones que poseen una realidad económica genuina (actividad económica real y sustancia económica) 21. Lo que conlleva la necesidad de aceptar sin ambages que el contribuyente pueda demostrar que la operación que realiza no tiene carácter abusivo o totalmente artificial (sentencias *Lankhorst-Hohorst GmbH*, de 12 de diciembre de 2002, C-324/2000 y *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, de 13 de marzo de 2007, C-524/04). Y, desde luego, no se respetarán las exigencias de proporcionalidad si la previsión de una cláusula se aplicara indiscriminadamente. Por su parte, la sentencia *Cadbury Schweppes*, 12 de septiembre de 2006, C-196/04, ha marcado un punto de inflexión en la práctica antielusoria comunitaria, sobre todo respecto a los instrumentos antielusorios destinados a combatir la interposición societaria. Esta resolución dispone que las medidas antiabuso nacionales que posean efectos restrictivos sobre el ejercicio de una libertad fundamental comunitaria deben estar configuradas de tal forma que “el objetivo específico de tal restricción debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica” 22. Por el contrario, la aplicación del artículo 108 de la LMV se sigue llevando a cabo con rigor, frente a una doctrina que aconseja que las cláusulas antielusión se apliquen sólo en casos en que los contribuyentes recurran a instrumentos artificiosos. En el supuesto en que se interponga un instrumento societario, tanto en su constitución como en la transmisión de sus participaciones, el carácter artificioso vendrá determinado por el dato de que tal sociedad carezca de actividad económica. La concurrencia de un motivo económico en la operación debe poder ser siempre acreditado por los obligados tributarios.

Por eso resulta importante que la jurisprudencia española empiece a reaccionar y a defender la aplicación del artículo 108 de la LMV con criterios de proporcionalidad y sólo en circunstancias que revelen la existencia de una práctica abusiva, pudiendo el particular acreditar que tal práctica no se produce. Es de destacar la ya citada sentencia TSJ de Andalucía, sede de Granada, de 29 de septiembre de 2008, cuyo ponente es el profesor Eserverri Martínez, que reconoce que el gravamen previsto en el artículo 108 de la LMV no es aplicable cuando lo que se quiere llevar a cabo no es una transmisión encubierta de un patrimonio inmobiliario, sino de una empresa en funcionamiento.

21 RUIZ ALMENDRAL, V., *El fraude a la ley tributaria a examen*, Aranzadi, Pamplona, 2006, pag. 32.

22 CALDERON CARRERO, J.M.-MARTIN JIMENEZ, A., “Acerca de la necesidad de reconfigurar la política española en materia de cláusulas antiabuso y fiscalidad directa. Las consecuencias derivadas de los casos *Cadbury Schweppes* y *Test Claimants in the Thin Cap Group*”, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, nº 2, 2007, pag. 4.

X. Conclusiones.

Aunque la jurisprudencia del TJCE viene avalando que se pueda exigir un impuesto indirecto sobre las transmisiones de valores mobiliarios, incluso en el supuesto de operaciones de reestructuración, la expresa declaración de no sujeción a OS de tales operaciones en la Ley 4/2008, facilitará la sujeción a TPO. El ordenamiento español preveía esa sujeción, con la correlativa exención de todas las transmisiones de valores y la sujeción con exención a OS de las operaciones de reestructuración, sólo en el caso de acogimiento voluntario al régimen de diferimiento.

La no sujeción en OS consolida la exención de TPO de todas las transmisiones de valores, inclusive las que tienen lugar en el marco de operaciones de reestructuración. Pero la reciente doctrina de la DGT abre la posibilidad de que las transmisiones de valores en el seno de una operación de reestructuración acaben siendo gravadas por TPO como consecuencia de una excepción a la exención prevista en el artículo 108 LMV. Pero el art. 108 LMV es una cláusula antielusión especial que no puede ser aplicada extensivamente. Las consecuencias que se derivan de la doctrina de la DGT son también contrarias a los fines de neutralidad que ampararon la Directiva 69/335/CEE y que mantiene la Directiva 2008/7/CE.

