

DE NUEVO SOBRE EL ARTICULO 108 DE LA LEY DE MERCADO DE VALORES. SU APLICACIÓN A ACTOS GRAVADOS POR OPERACIONES SOCIETARIAS

César García Novoa

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario  
Universidad de Santiago

**Resumen:** 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:** 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.

## I.Introducción.

La reforma del artículo 108 de la Ley de Mercado de Valores (LMV) 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, viene generando numerosas controversias. Una de las cuestiones que en los últimos tiempos ha suscitado verdadera perplejidad es la doctrina fijada por la Dirección General de Tributos (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 Operaciones Societarias.

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 art. 108 a que las adquisiciones en los mercados primarios darán lugar a la aplicación del art. 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. En el sentido de 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 art. 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, 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 (art. 159,2 T.R. de la Ley de Sociedades Anónimas). En el caso de acciones convertibles 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 (art. 159,3). 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 art. 108 de la LMV, como hemos expuesto en algún trabajo anterior (véase *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).

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 art. 108 de la LMV a casos en que tal adquisición primaria es fruto de una operación gravada en Operaciones Societarias. Esta interpretación expansiva del art. 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 supuestos en los que ni siquiera hay un tercero al que transmitir.

## **II. 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 Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Operaciones Societarias, ya que, al fin y a la postre, el art. 108 de la LMV no es más que una modalidad de hecho imponible subrogatorio de TPO. El artículo 1.2 del Texto Refundido del ITP y AJD, como se sabe, 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 Operaciones Societarias 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 art. 108 de la LMV a operaciones gravadas por la modalidad de Operaciones Societarias 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 Transmisiones Patrimoniales Onerosas 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 Operaciones Societarias 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 transmisiones patrimoniales onerosas 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 operaciones societarias por cumplirse el hecho imponible definido en el artículo 19 y concordantes –entre ellos, el artículo 21– del referido Texto Refundido del ITPAJD. Esta incompatibilidad, además, se verá condicionada por el hecho de que las operaciones societarias que formen parte de una operación de restructuración empresarial (entendiendo por tales, fusiones, escisiones, aportación de activos y canje de valores, en los términos del art. 21 del Texto Refundido) quedarán no sujetas, tal y como dispone el artículo Séptimo, Tres de la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio. Por el contrario, el art. 45, I, B dispone que estas operaciones estarán sujetas pero exentas a las modalidades de Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados.

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 operación societaria que se realice, si la adquisición de los valores emitidos en el mercado primario confiere a su adquirente el control de sociedades que cumplan los requisitos del artículo 108.2.a) de la Ley de Mercado de Valores o le permite aumentar la participación en sociedades ya controladas, tal obtención del control o su aumento provocará la sujeción de la adquisición de los valores en el mercado primario a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas. Y provocará tal tributación en concepto de transmisión onerosa de bienes inmuebles.

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 Transmisiones Patrimoniales Onerosas, al aplicarse la regla general de incompatibilidad entre esta modalidad impositiva y Operaciones Societarias. 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 art. 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 Transmisiones Patrimoniales Onerosas frente a Operaciones Societarias. Por ejemplo, podría gravarse por Transmisiones Patrimoniales Onerosas, vía art. 108 de la LMV, la operación de ampliación de capital que ya está gravada por la modalidad de Operaciones Societarias 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. Sólo se salvaría esta incompatibilidad formalmente, como consecuencia de la no sujeción a Operaciones Societarias 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.

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

### **III. Resultados desproporcionados de esta interpretación.**

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 art. 108 de la Ley 36/2006 – de que el art. 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 art. 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 Comunitario (de nuevo véase *Cuestiones*

*problemáticas de la reforma del art. 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.

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 produzca el efecto de que un tercero, el nuevo socio que entra en el capital, acabe controlando la sociedad inmobiliaria que hasta ese instante controlaban los socios antiguos. Pero la interpretación expansiva de la DGT llevaría a que el art. 108 de la LMV se aplicase 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 art. 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 art. 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. Si acude al rescate

de la sociedad inmobiliaria tendrá que contar no sólo con el gravamen por Operaciones Societarias, 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 Transmisiones Onerosas 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.

#### **IV. 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. Este es el caso del ordenamiento español, puesto que junto con el art. 15 de la Ley General Tributaria, figuran algunas “cláusulas específicas”, y también “cláusulas sectoriales”, siendo un ejemplo de las primeras el art. 108 de la LMV.

Según la doctrina más acreditada (PISTONE, GALLO-MELIS...) 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*. 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.

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 art. 108 de la LMV y de anular, para determinado tipo de operaciones, la incompatibilidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas-Operaciones Societarias, prevista en el artículo 1.2 del Texto Refundido del ITP y AJD.

Cuando la reforma del art. 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 Operaciones Societarias.

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 desdoblarse 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 Operaciones Societarias. Y esta modalidad impositiva es incompatible con Transmisiones Patrimoniales Onerosas. Y no existe base alguna para negar, por vía interpretativa, una incompatibilidad proclamada sin excepciones por el artículo 1.2 del Texto Refundido del ITP y AJD. La postura de la DGT no sólo contraviene una incompatibilidad que está en la base de la ordenación de la tributación indirecta, sino que puede afectar al régimen de neutralidad, promovido por la normativa comunitaria, para las operaciones de reestructuración empresarial. Aplicar el art. 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.

Como ya hemos anticipado, formalmente se salva 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, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, de la no sujeción 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*.

## **V. Contravención del Derecho Comunitario.**

Pero además, gravar la adquisición de acciones emitidas, aunque sea por la vía indirecta de la aplicación de una cláusula como la del art. 108 de la LMV, es contrario a la doctrina del Derecho Comunitario que prohíbe que se haga tributar la emisión de acciones, participaciones y otros valores. 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 de 17 de julio, 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 esta prohibición. En concreto, ésta última dispone 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”.

El gravamen de la emisión de acciones por la vía indirecta de la aplicación del art. 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 implícita; 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 art. 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 “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 art. 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 del Consejo de 12 de febrero

de 2008 (en vigor desde el 12 de marzo). 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 1997 (RJ 1997\8251 y RJ 1997\8252), 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 2001 (RJ 2001\5349), señalaba que el art. 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 art. 3 de la Directiva, por el hecho de haber emitido un empréstito... a impuestos distintos de los mencionados en el art. 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* (art. 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 gravita 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*.

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 (art. 10 en relación con el art. 4). Por lo que tiene de regresivo y de contrario a la línea trazada por la jurisprudencia comunitaria, debe corregirse esta perniciosa interpretación administrativa.