

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

EL AUTO DEL TJUE SOBRE LA COMPATIBILIDAD COMUNITARIA DEL ARTÍCULO 108.2 LMV CON LA DIRECTIVA 69/335/CEE: ¿PRIMER ASALTO DE UN COMBATE INACABADO?

Jose Manuel Calderón

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

Universidad de La Coruña

Consejero Académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Consideraciones preliminares sobre el auto del TJUE sobre el artículo 108 LMV.

El Tribunal de Justicia de la UE, a través de su Auto de 6 de octubre de 2010, C-487/09, ha respondido a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español, el 14 septiembre de 2009, admitiendo la compatibilidad del artículo 108.2 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores (LMV en adelante) con la Directiva 69/335/CEE, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales en supuestos de compraventa de acciones¹.

A través de esta nota tratamos de exponer el pronunciamiento del TJUE y ofrecer algunas consideraciones sobre su alcance e implicaciones.

2. Antecedentes del caso enjuiciado por el Tribunal Supremo y la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE.

La cuestión prejudicial se suscita en el marco de un litigio entre un contribuyente (INMOGOLF) y la Administración tributaria autonómica murciana. En concreto, mediante escritura otorgada el 20 de agosto de 1993, INMOGOLF, accionista de Inmobiliaria La Manga, S.A., adquirió de otro accionista 49 acciones de esta última sociedad por un precio de

49.000 ESP, obteniendo de este modo una participación superior al 50 % en el capital social de ésta. La escritura fue presentada el 22 de abril de 1997 en el Servicio Territorial de Cartagena de la Dirección General de Tributos de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad Autónoma de Murcia, acompañada de la autoliquidación por el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. En ésta se declaraba una base imponible de 972.999.989 ESP, que correspondía al valor total del patrimonio inmobiliario de Inmobiliaria La Manga, S.A., y una cuota de 58.378.799 ESP, si bien se hacía constar que se practicaba con carácter cautelar, dado que la transmisión estaba exenta de conformidad con el artículo 108, apartado 1, de la Ley 24/1988. El 31 de diciembre de 1997, INMOGOLF solicitó la liquidación definitiva del impuesto y la devolución del importe pagado, alegando la aplicación de la exención establecida en el artículo 108, apartado 1, de la Ley 24/1988. Esta solicitud fue denegada mediante resolución de la Dirección General de Tributos de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad Autónoma de Murcia de 17 de abril de 1998. Mediante resolución de 30 de abril de 1998, la Administración practicó una liquidación complementaria por importe de 28.910.297 ESP en concepto de recargo de mora. Al haber sido desestimadas

¹ En concreto el TJUE falló que: "La Directiva 69/335/CEE del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales y, más concretamente, sus artículos 11, letra a), y 12, apartado 1, letra a), no se oponen a una normativa de un Estado miembro, como la establecida en el artículo 108, apartado 2, de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en su versión modificada por la Ley 18/91, de 6 de junio, que, a fin de impedir la elusión fiscal en el marco de la transmisión de bienes inmuebles mediante la interposición de sociedades, sujeta las transmisiones de valores al impuesto sobre transmisiones patrimoniales cuando dichas transmisiones de valores representan participaciones en el capital social de sociedades cuyo activo está constituido al menos en su 50 % por inmuebles y el adquirente obtiene como resultado de la referida transmisión una posición tal que le permite ejercer el control sobre la entidad de que se trate, incluso en los supuestos en que, por un lado, no hubo intención de eludir el impuesto y, por otro, dichas sociedades son plenamente operativas y los inmuebles no pueden disociarse de la actividad económica desarrollada por dichas sociedades".

las reclamaciones interpuestas contra dichas resoluciones, al igual que los subsiguientes recursos contra la desestimación de dichas reclamaciones, INMOGOLF interpuso finalmente un recurso de casación ante el órgano jurisdiccional remitente, en el que invoca la infracción de los artículos 11, letra a), y 12 de la Directiva.

Por considerar que la resolución del litigio de que conoce requiere una interpretación de la Directiva 69/335/CEE, el Tribunal Supremo decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) Habida cuenta de que la Directiva [...] prohibía en el art. 11 a) el gravamen de la circulación de acciones, participaciones y títulos análogos, autorizando exclusivamente el art. 12.1a) a los Estados Miembros para percibir impuestos sobre la transmisión de valores mobiliarios, liquidados estimativamente o no, y dado que el art. 108 de la Ley 24/1988 [...], no obstante establecer una regla general de exención, tanto en el Impuesto sobre el Valor Añadido, como en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales para la transmisión de valores, sujeta estas operaciones al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas, siempre que representen partes del capital social de entidades cuyo activo esté constituido al menos en su 50 % por inmuebles y cuando el adquirente, a consecuencia de dicha transmisión, obtenga una posición tal que le permita ejercer el control de la entidad, sin distinguir entre sociedades patrimo-

niales y sociedades que desarrollan una actividad económica[, ¿prohíbe la Directiva] la aplicación de forma automática de normas de Estados Miembros, como el artículo 108.2 de la Ley 24/1988 [...], que grava determinadas transmisiones de valores que encubren transmisiones de inmuebles, aunque no se haya buscado eludir la tributación?

2) En el caso de que no sea necesario el ánimo elusorio[, ¿prohíbe la Directiva] la existencia de normas como la ley [...] 24/1988, que establece un gravamen por la adquisición de la mayoría del capital de sociedades cuyo activo está mayoritariamente integrado por inmuebles, aunque sean sociedades plenamente operativas y aunque los inmuebles no puedan disociarse de la actividad económica desarrollada por la sociedad?»

3. Pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la UE

El TJUE consideró que de su jurisprudencia podía deducirse claramente la respuesta a la cuestión prejudicial planteada y, en tal sentido, se pronunció a través de un auto.

El Tribunal de Justicia inicia su auto recordando que los arts.11 letra a) y 12.1.a) de la Directiva 69/635/CEE², establecen una clara distinción entre una "emisión de valores mobiliarios", la cual no puede estar sujeta a ningún impuesto o gravamen distinto del derecho de aportación, y la "transmisión de tales valores", que, por el contrario, sí puede ser sometida a imposición³.

² Debe indicarse que la Directiva 69/635/CEE fue derogada por la Directiva 2008/7/CE, de 12 de febrero, que refunde las disposiciones comunitarias en materia de impuestos indirectos sobre concentración de capitales, de manera que las referencias que realiza el TJUE a las disposiciones de la Directiva 69/635/CEE deben trasladarse al contexto de la actual Directiva 2008/7/CE.

³ STJUE de 1 de octubre de 2009, HSBC Holdings y Vidacos Nominees, C-569/07, Rec.p.I-9047, apartado 34. En esta sentencia delimita el concepto de "emisión" del art.11.a) de la Directiva 69/335/CEE frente al de "transmisión" del art.12.1.a) recogido en la misma, estableciéndose que: "(32) (...) autorizar la percepción de un impuesto o de un gravamen sobre la primera adquisición de un título nuevamente emitido supondría en realidad gravar la propia emisión del citado título en la medida en que forma parte integrante de una operación global relativa a la concentración de capitales. En efecto, una emisión de títulos no basta por sí misma, sino que solo tiene sentido a partir del momento en que los citados títulos encuentran adquirentes. (33) Por lo tanto, el efecto útil del artículo 11, letra a), de la Directiva implica que la emisión, en el sentido de esta disposición, debe incluir la primera adquisición de títulos que se efectúe en el marco de la emisión de éstos. (35) Por lo tanto, no puede considerarse que la primera adquisición de títulos en el marco de su emisión constituya una transmisión, en el sentido del artículo 12, apartado 1, letra a), de la Directiva y, por lo tanto, un impuesto que grave esta primera adquisición no puede hallarse comprendido dentro del ámbito de aplicación de la excepción que figura en dicha disposición".

Una vez establecida esta distinción, el TJUE excluyó, en primer lugar, que el impuesto establecido por el art.108.2 LMV gravara una "emisión de valores" en el sentido del art.11.a) de la referida Directiva y, por tanto, estableció que no existe incompatibilidad entre ambas disposiciones.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia analizó la normativa nacional controvertida a la luz del art.12.1.a) de la Directiva 69/335/CEE. El TJUE salió al paso al argumento esgrimido por los gobiernos español y húngaro en el sentido de que el gravamen previsto en el art.108.2 LMV en realidad y desde un punto de vista económico grava el patrimonio inmobiliario subyacente en los valores mobiliarios, indicando que el hecho imponible de tal impuesto viene constituido por la transmisión de valores mobiliarios y, en tal sentido, se proyecta sobre una operación específica contemplada por el art.12.1.a) de la Directiva 69/335/CEE. Es decir, el TJUE excluyó la aplicación de un enfoque económico del impuesto previsto en el art.108.2 LMV que situaría la cuestión extramuros del ámbito de aplicación de la referida Directiva comunitaria.

En tercer lugar, el TJUE destacó que, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria⁴, el art.12.1.a) de la Directiva 69/335/CEE, los Estados miembros pueden percibir un impuesto en caso de transmisión de valores mobiliarios, con independencia de que la sociedad emisora de dichos valores mobiliarios esté o no autorizada a cotizar en Bolsa y de que la transmisión de éstos tenga lugar en la Bolsa o directamente entre el transmitente y el adquirente. Igualmente, se indica que el referido art.12.1.a) de la mencionada Directiva comunitaria deja a los Estados miem-

bros la posibilidad de determinar libremente el tipo de los impuestos que contempla.

En cuarto lugar, el TJUE aplicó estos principios al caso controvertido alineándose con los argumentos esgrimidos por los gobiernos español, neerlandés y húngaro, así como con la propia Comisión. Todos ellos mantuvieron que el artículo 12, apartado 1, letra a), de la Directiva no se opone a un impuesto como el establecido en el art.108.2 LMV, en la medida en que el tenor literal de dicha disposición comunitaria no precisa las condiciones en las que los Estados miembros pueden percibir impuestos sobre la transmisión de valores mobiliarios y además, tal Directiva tan solo llevó a cabo una armonización exhaustiva de los supuestos en los que los Estados miembros pueden someter la concentración de capitales a impuestos indirectos⁵. Así las cosas, se llega a la conclusión de que, como demuestra precisamente el artículo 12, apartado 1, letra a), de la Directiva, una transmisión de valores mobiliarios, como la contemplada en esta disposición, no constituye, como tal, una operación de concentración de capitales, que el legislador de la Unión tenía intención de someter a una normativa de la Unión con la adopción de la Directiva. Es decir, el TJUE resuelve la, cuando menos aparente, contradicción entre los arts.11.a) y 12.1.a) de la Directiva 69/335/CEE, admitiendo la posibilidad de que los Estados miembros sometan a imposición las transmisiones de valores mobiliarios que no constituyan en sí mismas una operación de concentración de capitales (v.gr, una transmisión de acciones de una sociedad cuyo principal activo son inmuebles).

En quinto y último lugar, el Tribunal de Justicia matizó su pronunciamiento limi-

⁴ SSTJUE de 7 de septiembre de 2006, Organon Portuguesa, C-193/04, Rec.p.I-7271, de 17 de diciembre de 1998, Coda, C-236/97, Rec.p.I-8679, y auto de 5 de febrero de 2004, SONAE, C-357/02. En la sentencia sobre el asunto Organon, el TJUE afirmó que "(21) el artículo 12, apartado 1, letra a) de la Directiva 69/335 permite que se perciba un impuesto en caso de transmisión de valores mobiliarios con independencia de que la sociedad emisora de dichos valores esté o no autorizada a cotizar en bolsa y de que la transmisión de éstos tenga lugar en bolsa o directamente entre el transmitente y el adquirente".

⁵ STJUE de 1 de octubre de 2009, HSBC Holdings y Vidacos Nominees, C-569/07, Rec.p.I-9047, apartado 25.

tando su alcance a establecer la compatibilidad de la normativa nacional controvertida con la Directiva 69/335/CEE en un contexto fáctico como el resultado de los hechos del litigio que provocaron el planteamiento de la cuestión prejudicial por parte del Tribunal Supremo. Así, el TJUE enfatizó cómo, aun cuando el artículo 12.1.a) de la Directiva no se opone, como tal, a al impuesto establecido en el art.108.2 LMV, los Estados miembros deben ejercer la competencia establecida en dicha disposición respetando las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE)⁶. No obstante, en la medida en que la petición de decisión prejudicial no tiene por objeto la interpretación de las libertades fundamentales ni contiene precisiones en cuanto a una eventual aplicación de las normas que consagran dichas libertades a una situación como la del litigio principal, el TJUE se consideró incompetente para pronunciarse sobre una interpretación de dichas libertades en el marco de la presente remisión prejudicial.

4. Algunas consideraciones sobre el Auto del TJUE.

Así las cosas, entendemos que el auto del TJUE no zanja totalmente la cuestión relativa a la compatibilidad comunitaria del impuesto establecido en el art.108.2 LMV, dado que aborda únicamente uno de los supuestos cubierto por tal cláusula y la cuestión planteada por el Tribunal Supremo se formula en términos muy genéricos. Pensamos, por tanto, que seguimos estando ante un tema que suscita muchas dudas y en tal sentido podría volver a plantearse tal cuestión de incompatibilidad comunitaria respecto de operaciones distintas (que puedan ser calificadas como operaciones de concentración de capitales) y/o casos relacionados con operaciones transfronterizas.

Así, en primer lugar, podría plantearse la incompatibilidad del art.108.2 LMV con la normativa comunitaria reguladora del IVA. Se viene argumentando que tal incompatibilidad con el IVA resulta de considerar cómo las disposiciones de la Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del IVA establecen la exención de la transmisiones de valores⁷, así como la exención de las segundas y ulteriores transmisiones de edificaciones (si bien existe la posibilidad de renunciar a tal exención cuando concurren una serie de condicionantes). No obstante, no puede perderse de vista que la Comisión UE –la Unidad de Control de la aplicación de la normativa comunitaria y de las ayudas estatales/impuestos indirectos– se pronunció, el 29 de enero de 2009, a favor de la compatibilidad entre la normativa comunitaria reguladora del IVA y el art.108.2 LMV, aunque con argumentos no del todo convincentes. Así, por un lado, se reconoció que someter a los empresarios o profesionales a tributación por el TPO en la transmisión de valores mobiliarios, sin darles opción de tributar por el IVA, no tiene sentido. Sin embargo, se matizó que la renuncia a la exención del IVA que contempla el art.135.1f) de la Directiva 2006/112/CE (y la tributación por tal impuesto) constituye simplemente una opción concedida a los Estados miembros de acuerdo con el art.137.1.a) de la referida Directiva comunitaria, de manera que España no estaría incumpliendo tal regulación comunitaria por no permitir la renuncia a la exención del IVA en tal supuesto. Por otro lado, la incompatibilidad entre el art.108.2 LMV y el IVA debe analizarse, según la Comisión, desde la óptica del art.401 de la Directiva 2006/112/CE, de suerte que esta disposición sólo prohíbe gravar tales operaciones relativas a participaciones en sociedades con un impuesto que tenga la naturaleza y características de un impuesto sobre el volumen de negocios, y no parece que el impuesto de

⁶Véase concretamente, en este sentido, la sentencia de 5 de marzo de 2009, UTECA, C 222/07, Rec. p. I 1407, apartado 18 y jurisprudencia citada en el mismo.

⁷ Las operaciones relativas a las participaciones en sociedades están exentas del IVA ex art.135.1.f) Directiva 2006/112/CE, exceptuando las relativas al depósito y la gestión de participaciones.

transmisiones patrimoniales que articula el art.108.2 LMV posea tales características a la luz de la propia jurisprudencia del TJUE⁸.

En segundo término, también podría cuestionarse la compatibilidad del art.108.2 LMV respecto de casos donde resultaran de aplicación las libertades fundamentales del Tratado FUE (posiblemente la libertad de establecimiento) por tratarse de operaciones transfronterizas. En este sentido, si el TJUE calificara el art.108.2 LMV como una cláusula antielusión fiscal⁹, ciertamente, bien podría cuestionarse su compatibilidad comunitaria con las libertades fundamentales teniendo en cuenta que la jurisprudencia comunitaria sólo viene aceptando las restricciones fiscales generadas por este tipo de cláusulas cuando en la práctica únicamente se proyectan o capturan montajes puramente abusivos o totalmente artificiales cuya finalidad principal es evitar la imposición normalmente aplicable (*targeted rules versus blanket rules*)¹⁰.

En tercer lugar, cabría plantear la incompatibilidad del gravamen establecido en el art.108.2 LMV con la Directiva 2008/7/CE sobre impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales. Debe recordarse que actualmente la Comisión europea actualmente está tramitando un procedimiento de infracción frente a España que versa precisamente sobre la compatibilidad comunitaria del art.108 LMV¹¹ con esta Directiva CE. La Comisión mantiene que el art.5 de la Directiva 2008/7/CE, sobre impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, excluye que los Estados miembros puedan gravar determinadas operaciones de aportación de capital con un impuesto adicional al impuesto (*capital duty*) establecido en tal Directiva, cuyo tipo de gravamen máximo es el 1% sobre tales aportaciones (OS). Por tanto, la Comisión defiende que la Directiva 2008/7/CE excluye la aplicación del impuesto establecido en el art.108.2 LMV en estos casos (ampliación de capital por parte de socio que obtiene una posición de control sobre la entidad que posee, directa o indirectamente, los

⁸ En contra de la incompatibilidad entre la normativa del IVA y el art.108.2 LMV véanse la RTEAC de 16 de febrero de 2005, STSJ Cataluña de 28 de mayo de 2004, y la STSJ del País Vasco de 7 de marzo de 2005.

⁹ El TJUE en este auto parece asumir la caracterización del art.108.2 LMV como cláusula antielusión fiscal siguiendo el planteamiento realizado por el Tribunal Supremo. Nótese, no obstante, que por un lado, tal caracterización no es debatida o analizada pormenorizadamente en el auto y, además, el Tribunal de Justicia examina la redacción del art.108 LMV anterior a la reforma operada por la ley 36/2006. La mayoría de la doctrina, y la jurisprudencia nacional viene calificando el art.108 LMV como una cláusula antielusión específica que pivota sobre una ficción jurídica y se proyecta sobre toda operación donde se adquiere el control de entidades cuyo activo principal son inmuebles situados en territorio español a través de un negocio traslativo, y todo ello dejando al margen que tal operación se realice con un propósito negocial, económico o empresarial o para abusar de la exención del ITP e IVA en operaciones de transmisión de participaciones; nótese, no obstante, que tras la reforma operada por la Ley 36/2006 en el art.108 LMV puede concurrir el presupuesto de aplicación de esta cláusula mediante la toma de control sin que medie negocio traslativo.

¹⁰ Véanse entre otras las SSTJUE en los casos Cadbury Schweppes C-196/04, Test Claimants in the Thin Cap C-524/04, Lammers & Van Cleeff C-105/07, Test Claimants in the CFC and Dividend Group C-202/05, X e Y II C-436/00, y Lasteyrie du Saillant C-09/02.

¹¹ The European Commission formally requests Spain to abolish its transfer tax on certain contributions to capital (IP/10/83, Brussels 28 January 2010). El legislador español, a través de la Ley 11/2009, de 26 de octubre, por el que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario, de forma un tanto llamativa se ha hecho eco del referido procedimiento de infracción en su disposición adicional tercera, denominada "Revisión de las reglas de aplicación del artículo 108 de la ley 24/1988, de 17 de julio, del Mercado de Valores" estableciendo que "El Gobierno analizará, a la vista de la resolución del expediente de infracción, abierto por la Comisión Europea, la adecuación del artículo 108 de la ley 24/1988, de 17 de julio, del Mercado de Valores a la normativa europea que armoniza el Impuesto sobre la concentración de capitales y la del IVA, previa consulta a las comunidades autónomas, en su condición de Administraciones tributarias gestoras y a quienes corresponden los ingresos del ITP y AJD."

activos inmobiliarios, o que una vez obtenido tal control aumenta su participación en la entidad)¹². Posiblemente, este procedimiento de infracción frente a España termine constituyendo el objeto de un recurso por incumplimiento ante el TJUE, el cual tendrá que volver a enfrentarse con el art.108.2 LMV.

Finalmente, cabe destacar igualmente cómo la AEDAF ha presentado una denuncia ante la Comisión cuestionando la compatibilidad con el Derecho de la UE utilizando argumentos que parecen alinearse con los expuestos, habiendo sido admitida a trámite tal denuncia el 7 de septiembre de 2010. Esta denuncia puede contribuir a fortalecer la posición de la Comisión e impulsar el procedimiento de infracción abierto respecto del art.108.2 LMV.

En suma, a nuestro modesto entender, el auto del TJUE no zanja la cuestión relativa a la compatibilidad comunitaria del art.108.2 LMV, en la medida en que siguen existiendo supuestos que plantean dudas sobre tal compatibilidad. Así

las cosas, habrá que esperar a futuros pronunciamientos del TJUE, donde se examine esta cuestión con un enfoque distinto y/o respecto de operaciones transfronterizas, para resolver todos estos interrogantes en un sentido u otro.

En todo caso, cabe manifestar un cierto escepticismo a la hora de depositar todas las esperanzas de racionalización de esta cláusula en una suerte de "panacea comunitaria", esto es, en que los pronunciamientos del TJUE sirvan para reconfigurar sustancialmente esta disposición. Lo más adecuado sería que el legislador –superando la óptica puramente recaudatoria– se hiciera eco del desorbitado ámbito de aplicación del art.108 LMV, su falta de neutralidad y los obstáculos que crea para el normal desenvolvimiento de las operaciones de reestructuración empresarial en un buen número de sectores económicos, y reordenara tal cláusula de manera que se proyecte únicamente sobre auténticas transmisiones de inmuebles encubiertas (y no sobre transmisiones de acciones de sociedades activas).

¹²Nos referimos, por ejemplo, a una operación en la que una sociedad (cuyos principales activos son inmobiliarios) amplía capital, el cual es suscrito por una entidad o persona física en ejercicio de derechos de suscripción preferente adquiridos a los socios preexistentes y de esta forma se hace con una participación superior al 50 por 100 del capital de la referida sociedad inmobiliaria. Aquí resultaría de aplicación el ITP ex art.108.2 LMV y también podría gravarse la ampliación de capital en la modalidad de operaciones societarias. El corazón del debate sobre la compatibilidad del art.108.2 LMV con la Directiva 2008/7/CE reside en determinar si tal impuesto estaría prohibido por el art.5.2.a) de tal Directiva –que excluye el gravamen, entre otras operaciones, de la creación, emisión y puesta en circulación de acciones o participaciones u otros valores–, resultando únicamente autorizado el impuesto sobre aportaciones de capital al tipo del 1% (art.7.1 de la referida Directiva), o por el contrario, el gravamen del art.108.2 LMV constituye un "impuesto sobre la transmisión de valores mobiliarios" y, por tanto, autorizado por el art.6.1.a) de la Directiva 2008/7/CE. Podría mantenerse que no resulta aplicable este último precepto sobre la base de dos argumentos. Por un lado, algunos comentaristas (Pérez-Bustamante y Bastida) han observado que si se considerase que la adquisición de valores como consecuencia de aportaciones efectuadas al capital constituye una transmisión de valores, la excepción del art.6.1.a) de la Directiva siempre entraría en juego y los Estados miembros estarían habilitados para imponer gravámenes indirectos adicionales a las operaciones de concentración de capitales, es decir, de alguna forma se estaría vaciando la prohibición de gravamen establecida en el art.5.2.a) de la Directiva. Por otro lado, y en la misma línea de pensamiento podría argumentarse a favor de un concepto estricto de "transmisión" en el ámbito del art.6.1.a) de la Directiva vinculado intrínsecamente a la "cesión de las participaciones" (STJUE 7 octubre de 2006, C-193/04, Organon Portuguesa), siguiendo cierta jurisprudencia comunitaria que considera que la emisión de nuevas acciones en el marco de una operación de ampliación de capital constituye una operación de concentración de capitales, de suerte que la operación de emisión comprende igualmente la primera adquisición del título nuevamente emitido (STJUE de 1 de octubre de 2009, C-569/07, HSBC Holdings plc). En este tipo casos, el TJUE consideró que no puede exaccionarse un impuesto que grave la primera adquisición de las participaciones, al margen del impuesto que grava las aportaciones de capital. La cuestión clave, por tanto, reside en determinar si el art.108.2 LMV establece o no un impuesto cuyo hecho imponible comprende el gravamen de la primera adquisición de acciones en casos de aportaciones de capital con emisión de nuevas acciones. Ya hemos visto como el auto del TJUE de 6 de octubre de 2010 (C-487/09) considera que el art.108.2 LMV establece un gravamen cuyo hecho imponible lo constituye la transmisión de valores, pero cabe observar que tal pronunciamiento se realizó enjuiciando una operación de transmisión de acciones y además se analizaba la versión del referido precepto anterior a la reforma de la ley 36/2006, de suerte que ésta amplía el ámbito de aplicación del art.108 LMV más allá de una "transmisión de valores". Por tanto, a nuestro juicio, este auto del TJUE no ha zanjado la cuestión de la compatibilidad del art.108.2 LMV con la Directiva 2008/7/CE en los términos expuestos.