Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. ANDREA BIONDI
presentadas el 13 de febrero de 2025 [1]

Asunto C-685/23

Corner and Border S. A.
contra
Autoridade Tributária e Aduaneira

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa — CAAD) [Tribunal Arbitral Tributario (Centro de Arbitraje Administrativo — CAAD), Portugal]]

«Procedimiento prejudicial — Impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales — Emisión de obligaciones — Contrato de garantía — Impuesto sobre actos jurídicos documentados — Alcance del concepto de formalidad relativa — Concepto de privilegio»

I. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

1. El artículo 5, titulado «Operaciones no sujetas a impuestos indirectos», apartado 2, de la Directiva 2008/7/CE, [2] es del siguiente tenor:

«Los Estados miembros no someterán lo siguiente a ninguna forma de imposición indirecta:

[…]

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.»

[1] Lengua original: italiano.

[2] Directiva del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales (DO 2008 L 46, p. 11).

2. El artículo 6 de la misma Directiva, titulado «Derechos e impuesto sobre el valor añadido», establece:

«No obstante lo dispuesto en el artículo 5, los Estados miembros podrán percibir los siguientes derechos e impuestos:

[…]

d) impuestos que graven la constitución, inscripción o cancelación de privilegios e hipotecas;

[…]».

B. Derecho portugués

3. El artículo 1 de la Ley n.º 150/99, de 11 de septiembre de 1999, que aprobó el Código do Imposto do Selo (Código del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados), titulado «Código del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados y tarifa adjunta», tiene el siguiente tenor:

«Por la presente Ley se aprueban el Código del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados y la tarifa general adjunta al mismo que sustituyen, respectivamente, al Reglamento del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados aprobado mediante el Decreto n.º 12 700, de 20 de noviembre de 1926, y a la tarifa general del impuesto sobre actos jurídicos documentados aprobada mediante el Decreto n.º 21 916, de 28 de noviembre de 1932, y ulteriores modificaciones.»

4. La rúbrica 10 de la tarifa general del impuesto sobre actos jurídicos documentados (en lo sucesivo, «TGIS»), es del siguiente tenor:

«10 – Garantías de obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza o forma, en particular, avales, cauciones, garantías bancarias autónomas, fianzas, hipotecas, prendas y seguros de caución, salvo cuando sean sustancialmente accesorias a contratos que ya estén sujetos a tributación en virtud de la presente tarifa y se constituyan al mismo tiempo que la obligación garantizada, incluso en un instrumento o título distinto, por su respectivo valor, en función del plazo, considerándose una nueva operación toda prórroga de la vigencia de un contrato:

[…]

10.3 – Garantías no sujetas a plazo o con un plazo igual o superior a cinco años - 0,6 %.»

II. Procedimiento principal y cuestiones prejudiciales

5. Corner and Border S. A. (en lo sucesivo, «C&B») es una sociedad anónima de derecho portugués, enteramente participada por ONEX RENEWABLES Sàrl, sociedad de responsabilidad limitada inscrita en el Registro Mercantil de Luxemburgo (en lo sucesivo, «ONEX»).

6. El 21 de julio de 2021, ONEX adquirió de EDP RENEWABLES, SGPS, S. A., una sociedad anónima de Derecho portugués, la totalidad del capital social de EÓLICA DO SINCELO, S. A., sociedad anónima de Derecho portugués (en lo sucesivo, «ES») y de EÓLICA DA LINHA, S. A., sociedad anónima de Derecho portugués (en lo sucesivo, «EL»).

7. El 29 de julio de 2021, ONEX cedió a C&B su posición contractual en el contrato de compraventa de las acciones de ES y EL.

8. El 27 de enero de 2022, C&B celebró un contrato de financiación denominado *Facilities Agreement* en virtud del cual emitió un empréstito de obligaciones, con obligaciones nominativas y representadas mediante anotaciones en cuenta, con un valor nominal de 100 000 euros por título, por un importe total de 348 900 000 euros, dividido en dos clases de obligaciones («A» y «B»), suscritas íntegramente por BANCO SANTANDER TOTTA, S. A. (en lo sucesivo, «BST»).

9. El *Facilities Agreement* se celebró con el fin de financiar el pago del precio de compraventa de las acciones de ES y EL y de refinanciar la deuda de estas sociedades.

10. En garantía del cumplimiento de todas las obligaciones y responsabilidades asumidas en virtud del *Facilities Agreement*, ONEX, C&B, así como ES y EL, otorgaron determinadas garantías reales o personales mediante el contrato denominado *Security Agreement* (Contrato de garantías) celebrado entre dichas sociedades, en calidad de garantes, y BST, en calidad de beneficiario y agente de garantías.

11. En virtud del *Security Agreement*, ONEX otorgó una serie de garantías y promesas de garantía,[3] al igual que hicieron las sociedades C&B,[4] ES y EL.[5]

12. La celebración del *Security Agreement* y el otorgamiento de las garantías constituían condiciones necesarias y esenciales para la celebración del *Facilities Agreement* y para la consiguiente emisión del empréstito de obligaciones.

13. El 27 de enero de 2022, el notario que extendió y autorizó las escrituras del *Facilities Agreement* y del *Security Agreement* liquidó el impuesto sobre actos jurídicos Documentados con arreglo a lo dispuesto en la rúbrica 10.3 de la TGIS, aplicando un tipo del 0,6 % sobre el importe de 348 900 000 euros, con la consiguiente cuota tributaria de 2 093 400 euros.

14. C&B pagó con cargo a su cuenta bancaria la cantidad de 2 093 400 euros.

15. El 3 de agosto de 2022, C&B interpuso recurso de reposición contra el acto de liquidación del impuesto sobre actos jurídicos documentados.

16. El 3 de diciembre de 2022, se cumplió el plazo para considerar presuntamente desestimado el recurso de reposición al no haberse pronunciado la Administración tributaria y aduanera.

[3] Prenda de primer rango sobre las acciones de C&B y sobre los derechos inherentes correspondientes; promesa de prenda sobre las nuevas acciones que emita C&B y sobre los derechos inherentes correspondientes; prenda de primer rango sobre cualesquiera créditos existentes de que sea titular ONEX, en su condición de sociedad matriz, frente a C&B, y promesa de prenda sobre los futuros créditos de accionistas que C&B adquiera en el futuro.

[4] Prenda de primer rango sobre las acciones de ES y EL y sobre los derechos inherentes correspondientes; promesa de prenda sobre las nuevas acciones que emitan ES y EL y sobre los derechos inherentes correspondientes; prenda de primer rango sobre cualesquiera créditos de accionistas existentes de que sea titular C&B, en su condición de sociedad matriz, frente a ES y EL; promesa de prenda sobre los futuros créditos de accionistas que C&B adquiera en el futuro; prenda de primer rango sobre cualesquiera créditos de que C&B sea titular; cesión de créditos en garantía de cualesquiera créditos que C&B adquiera; prenda de primer rango sobre el saldo de las cuentas bancarias titularidad de C&B en la fecha de celebración del *Security Agreement*, y promesa de prenda de primer rango sobre el saldo de las nuevas cuentas bancarias que C&B abra después de la celebración del *Security Agreement*.

[5] Prenda de primer rango del saldo de las cuentas bancarias titularidad de esas sociedades en la fecha de celebración del *Security Agreement*; promesa de prenda de primer rango sobre el saldo de las nuevas cuentas bancarias de las que las sociedades pasen a ser titulares tras la celebración del *Security Agreement*; prenda de primer rango sobre cualesquiera créditos de que tales sociedades sean titulares y cesión de créditos en garantía de cualesquiera créditos que esas sociedades adquieran.

17. El 2 de marzo de 2023, C&B presentó la demanda de arbitraje que ha dado lugar al presente procedimiento.

18. Habida cuenta de las circunstancias descritas, el Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa — CAAD) [Tribunal Arbitral Tributario (Centro de Arbitraje Administrativo — CAAD), Portugal] suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 5, apartado 2, letra b), de la [Directiva 2008/7], en el sentido de que se opone a que se sujeten a tributación en concepto del impuesto sobre actos jurídicos documentados las garantías consistentes en prendas sobre acciones, sobre saldos de cuentas bancarias y sobre créditos de accionistas y en cesiones de créditos en garantía, otorgadas en relación con una operación de emisión de obligaciones?

2) ¿Será distinta la respuesta a la primera cuestión prejudicial en función de que el otorgamiento de garantías constituya una obligación legal o de que sea facultativo y se haya convenido voluntariamente?

3) ¿Será distinta la respuesta a la primera cuestión prejudicial en caso de que las garantías se hayan otorgado en el contexto de una operación de emisión de obligaciones sujeta a suscripción particular por una entidad bancaria, cuya posición de suscriptor puede ser transferida por voluntad de la entidad emisora, aun cuando dicha transferencia esté sujeta a determinadas condiciones y a penalizaciones/comisiones?

4) ¿Debe interpretarse el artículo 6, apartado 1, letra d), de la [Directiva 2008/7], en el sentido de que comprende las garantías consistentes en prendas sobre acciones, sobre saldos de cuentas bancarias y sobre créditos de accionistas y en cesiones de créditos en garantía, otorgadas en relación con una operación de emisión de obligaciones incluida en el ámbito de aplicación del artículo 5, apartado 2, letra b), de esa misma Directiva?»

III. Análisis jurídico

19. Mediante sus cuatro cuestiones prejudiciales, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 5, apartado 2, letra b), y 6, apartado 1, letra d), de la Directiva 2008/7 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que prevé la aplicación del impuesto sobre actos jurídicos documentados a las garantías concedidas, en forma de prenda sobre acciones, sobre saldos de cuentas bancarias y de préstamos de accionistas, así como en forma de cesión de créditos, a efectos del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas de un empréstito de obligaciones emitido por una sociedad de capital.

20. Mi análisis jurídico comenzará, precisamente, por el examen de la relación existente entre las dos disposiciones del Derecho de la Unión, que me parece fundamental, al objeto de dar una respuesta útil a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente. Primero abordaré mi propuesta interpretativa en términos de principio y concluiré mi razonamiento una vez analizadas ambas disposiciones.

21. El artículo 5 establece el principio de no sujeción a la imposición indirecta de los préstamos y los contratos en forma de emisión de obligaciones u otros títulos negociables y de todas las formalidades a ellos relativas. Como el Tribunal de Justicia ha señalado en repetidas ocasiones, la

Directiva 2008/7 ha llevado a cabo una armonización *exhaustiva* de los supuestos en los que los Estados miembros pueden someter la concentración de capitales a impuestos indirectos.[6] Por tanto, el artículo 6 constituye una excepción explícita a lo dispuesto en el artículo 5, al permitir a los Estados miembros percibir impuestos que graven únicamente «la constitución, inscripción o cancelación de privilegios e hipotecas».

22. La relación entre ambas disposiciones es claramente la de norma/excepción: la primera establece una norma de carácter general y la segunda únicamente se aplica como excepción a la primera cuando concurren los requisitos que establece.

23. Por tanto, el intérprete deberá ponderar los dos principios expresados en ambas disposiciones, libertad de circulación de capitales y derecho de recaudación de los Estados miembros en los casos expresamente previstos, teniendo en cuenta, no obstante, el hecho de que el primero de ellos tiene un alcance general, incluso considerando el hecho de que los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales dan lugar a discriminaciones, doble imposición y disparidades que, precisamente, obstaculizan la libre circulación de capitales.[7] El segundo principio, en cambio, tiene, en estas situaciones, un alcance meramente residual pero no nulo: es el propio legislador de la Unión quien, tras afirmar que la mejor solución para alcanzar los objetivos de la Directiva 2008/7, a saber, la armonización de las legislaciones relativas a los impuestos indirectos sobre la concentración de capitales,[8] consiste en suprimir el impuesto sobre las aportaciones, señala que las pérdidas de ingresos fiscales que resultarían de la aplicación inmediata de tal medida parecen, actualmente, inaceptables para los Estados miembros.[9]

24. Para llevar a cabo esta ponderación, procede, en primer lugar, examinar el ámbito de aplicación del artículo 5. Esta disposición establece la prohibición de gravar con impuestos indirectos no solo las operaciones financieras en forma de emisión de obligaciones, sino también todas las «formalidades a [ellas] relativas».

25. En el presente asunto, resulta evidente que la operación financiera principal está comprendida en el concepto amplio de [empréstitos] «contratados en forma de emisión de obligaciones u otros valores negociables». La cuestión radica en si el contrato de garantía suscrito con el contrato de empréstito de obligaciones está comprendido en el concepto de «formalidades a ellos relativas».

26. Como ha precisado el Tribunal de Justicia, el artículo 5 de la Directiva, habida cuenta del objetivo perseguido por esta, se interpretará en sentido amplio, para evitar que las prohibiciones que fija pierdan su efecto útil. De ese modo, la prohibición de gravar las operaciones de concentración de capitales se aplica también a operaciones que no están expresamente contempladas por dicha prohibición, en cuanto dicha imposición equivale a gravar una operación que forma parte de una operación global en relación con la concentración de capitales.[10]

27. No obstante, procede examinar cuál es el alcance de la amplitud de esta interpretación. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ofrece unas orientaciones en tal sentido: por una parte, debe estar exenta de imposición indirecta, puesto que se reconduce al concepto de «formalidades

6 Véanse las sentencias de 19 de octubre de 2017, Air Berlin (C-573/16, EU:C:2017:772), apartado 27, y de 24 de febrero de 2022, Viva Telecom Bulgaria (C-257/20, EU:C:2022:125), apartado 65.

7 Considerando 2 de la Directiva 2008/7.

8 Considerando 3 de la Directiva 2008/7.

9 Considerando 6 de la Directiva 2008/7.

10 Sentencia de 22 de diciembre de 2022, IM Gestão de Ativos y otros (C-656/21, EU:C:2022:1024), apartado 28.

a ellos relativas», cualquier actuación que *una sociedad de capital, en virtud del Derecho nacional, esté obligada* a llevar a cabo para proceder a crear, emitir, admitir a cotización en bolsa, poner en circulación o negociar con los títulos negociables de que se trate.[11] Por otra parte, deben estar exentas de imposición aquellas operaciones, como, por ejemplo, los servicios de comercialización de participaciones en fondos comunes de inversión, que, estrechamente relacionadas con las operaciones de emisión y de puesta en circulación de participaciones, constituyen *una actuación comercial necesaria* que, por tanto, debe entenderse como una operación accesoria, integrada en la operación de emisión y de puesta en circulación de participaciones en dichos fondos.[12]

28. El contrato de garantía es ciertamente accesorio al contrato de préstamo, con el que está estrechamente relacionado, tanto desde el punto de vista mercantil como jurídico. Desde el punto de vista jurídico, si bien goza de autonomía propia, el contrato de garantía se remite al contrato de préstamo y tiene, precisamente, la función de garantizar al prestamista el reembolso del crédito por parte del prestatario. No obstante, la cuestión que se plantea es si puede considerarse que se impone por el Derecho nacional o si, como alternativa, puede considerarse que constituye una actuación comercial necesaria en relación con el contrato de préstamo.

29. Sin lugar a duda, mi respuesta a estas cuestiones es mucho más estructurada y problemática que la planteada por la parte demandante o por la Comisión. En el supuesto de la emisión de obligaciones, el contrato de garantía, normalmente, no viene impuesto por la ley ni por ninguna otra fuente vinculante. Como se ha dicho, tiene autonomía jurídica en relación con el contrato de préstamo, en el sentido de que este último puede existir jurídicamente sin el contrato de garantía. El objetivo de cada uno de estos contratos es, además, diferente: uno tiene por objeto permitir el funcionamiento financiero e industrial de la empresa mediante la suscripción de obligaciones por una entidad de crédito, mientras que el objetivo del otro consiste, precisamente, en ofrecer una garantía a la entidad de crédito de recuperar las cantidades prestadas. Esto significa que, a diferencia del supuesto analizado por el Tribunal de Justicia en su sentencia en el asunto C-656/21, antes citada, las dos operaciones no tienen la misma finalidad y la realización de la segunda no tiene una función directa en la realización concreta de la primera operación. Esto puede ser cierto solo desde el punto de vista del deudor: como parece afirmar la parte demandante en los documentos que obran en los autos, el acreedor puede haber impuesto como condición de la operación el otorgamiento de garantías.

30. El carácter accesorio y la vinculación del contrato de garantía con el contrato de préstamo, en mi opinión, no tienen como consecuencia natural la indisociabilidad, entendida como una necesidad para la existencia jurídica concreta: el contrato de préstamo puede existir y desplegar sus efectos jurídicos incluso, aunque no se celebre un contrato de garantía. Es la voluntad de las partes, a través de un contrato específico, la fuente que determina que se presten garantías. La constitución de garantías y su importancia, como demuestra la experiencia, serán proporcionales, en cualquier forma de financiación, a la solvencia del deudor. Cuanto mayor sea la fiabilidad del deudor o del proyecto financiero para el que solicita la financiación, menor será la cantidad de garantías solicitadas por el acreedor.

31. La segunda cuestión que cabe plantearse es si la constitución de garantías puede considerarse una actuación comercial necesaria para una operación compleja y única. Sin perjuicio de lo anterior, la experiencia común demuestra que, en las operaciones habituales de financiación, como hipotecas, créditos al consumo, etc., en la práctica siempre se exige al deudor que otorgue

[11] Auto de 19 de julio de 2023, EDP (Impuesto que grava la comercialización de títulos) (C-416/22, EU:C:2023:604), apartado 28. El subrayado es mío.

[12] Sentencia de 22 de diciembre de 2022, IM Gestão de Ativos y otros (C-656/21, EU:C:2022:1024), apartados 31 y 33.

alguna garantía para que se le pueda conceder la financiación que solicita. En operaciones financieras más complejas, la experiencia es probablemente más variada. A la pregunta formulada a las partes por el Tribunal de Justicia en la vista, en cuanto a si la emisión de una obligación suele ir acompañada de la constitución de garantías o si esta última debe considerarse excepcional, las respuestas fueron muy diversas. Si bien la parte demandante afirmó que la constitución de garantías especiales es muy frecuente, la República Portuguesa señaló, en cambio, que la mayoría de las obligaciones no están cubiertas por garantías, puesto que el patrimonio del deudor constituye la garantía general del cumplimiento de las obligaciones. Añadió que, cuando se constituye una garantía, es con carácter excepcional, dado que las garantías no son habituales ni esenciales para la suscripción de las emisiones de obligaciones.

32. No estoy convencido de que el hecho de que la constitución de garantías constituya, por definición, la «normalidad» en caso de empréstitos de obligaciones baste para vincular la constitución de garantías a la categoría de las actuaciones comerciales necesarias de una operación compleja y única y, en cualquier caso, a la luz de las respuestas divergentes formuladas en la vista, corresponderá al órgano jurisdiccional nacional comprobar cuál es la situación real en el mercado financiero portugués.

33. En mi opinión, en esencia, para poder considerar el contrato de garantía como una formalidad relativa al contrato de préstamo es preciso que el órgano jurisdiccional nacional determine que concurre alguna de las siguientes condiciones alternativas: una obligación impuesta por la ley o por otra fuente que obligue a la autonomía privada a la constitución de garantías en el supuesto de una emisión de obligaciones, o la existencia de situaciones de hecho que permitan considerar la constitución de garantías una actuación comercial necesaria en una operación compleja y única.

34. Un elemento revelador que puede orientar al órgano jurisdiccional nacional en su apreciación puede ser precisamente el carácter esencial de la constitución de garantías a efectos de celebrar el contrato de préstamo, en el sentido de que, sin la constitución de garantías, no podría celebrarse un contrato de préstamo como el que es objeto del litigio principal. De este modo, incluso en su autonomía jurídica, el contrato de garantía puede, mediante una interpretación amplia que tenga en cuenta los objetivos de la Directiva, adscribirse a una actuación, mejor dicho, operación comercial necesaria, que pueda considerarse una operación accesoria, integrada en la operación de emisión y de puesta en circulación de obligaciones.

35. La posibilidad, en las condiciones antes descritas, de que el contrato de garantía pueda considerarse una formalidad relativa al contrato de préstamo no nos dispensa de analizar el contenido del artículo 6. En efecto, la prohibición de gravar con impuestos indirectos operaciones financieras como la emisión de obligaciones y todas las operaciones tan estrechamente relacionadas con esta que puedan considerarse una operación única y compleja debe considerarse la regla, pero debe interpretarse en relación con la excepción, es decir, la posibilidad de gravar con impuestos indirectos en los supuestos en que, en el contexto de las operaciones contempladas en el artículo 5 y, por tanto, también en la emisión de obligaciones, se trate de la «constitución, inscripción o cancelación de privilegios e hipotecas».

36. El artículo 6 tiene por objeto preservar la potestad tributaria de los Estados miembros en determinados casos específicos y excepcionales en los que, en la ponderación de los diferentes intereses en juego, la aplicación de un impuesto indirecto se considera compatible con la libre circulación de capitales.

37. En mi opinión, tal hipótesis cubre precisamente el supuesto objeto del litigio principal, a saber, aquel en el que a la operación financiera se suma la constitución de garantías por parte del deudor, que pueden estar comprendidas en el concepto descrito por el legislador de la Unión.

38. Si bien el concepto de hipoteca es conocido y su significado es análogo en los diversos ordenamientos jurídicos, siendo la garantía inmobiliaria típica para asegurar un crédito, la cuestión interpretativa radica en el significado que debe atribuirse al término «privilegio», [13] cuya definición no está contemplada en el Derecho de la Unión y se interpreta de formas distintas en los ordenamientos de los Estados miembros. [14]

39. Sin entrar en complejas disquisiciones sobre los diferentes tipos de garantías existentes en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, en mi opinión, procede encontrar un significado que pueda ser unívoco para el Derecho de la Unión, a la luz de su relación con el concepto de hipoteca.

40. La Comisión lleva a cabo un análisis, ciertamente parcial y selectivo, de los términos utilizados en las diferentes versiones lingüísticas para llegar a la conclusión de que no existe un significado unívoco. Esto obliga a utilizar otros criterios hermenéuticos distintos del literal y, por tanto, realizar un análisis contextual y funcional, relacionado con los objetivos de la Directiva.

41. Coincido con esta parte del análisis, pero no con las conclusiones de la Comisión. El análisis de las distintas versiones lingüísticas no ofrece al intérprete una orilla segura en la que anclar una conclusión fiable. Los trabajos preparatorios, como ha confirmado la propia Comisión, tampoco proporcionan explicaciones convincentes de los motivos que justifican la introducción de la excepción prevista en el artículo 6, apartado 1, letra d), ni del sentido que debe darse al término «privilegio».

42. La Comisión, al examinar los objetivos de la Directiva y el contexto en el que se inscribe, termina, en esencia, por atribuir a la expresión «privilegio» el significado de una garantía de carácter inmobiliario, análoga a la prevista para la hipoteca.

43. Según reiterada jurisprudencia, para interpretar una disposición de Derecho de la Unión, procede tener en cuenta no solo su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte. [15] En este sentido, la interpretación que propone la Comisión no me convence por una serie de motivos. En primer lugar, desde el punto de vista literal, no me parece que la mayoría de las versiones lingüísticas examinadas se inclinen en el sentido que defiende la Comisión. En segundo lugar, el análisis del contexto y de los objetivos de la Directiva puede llevar a una conclusión muy diferente.

44. En efecto, si bien es cierto que la Directiva pretende, principalmente, aplicar el principio de libre circulación de capitales y, por tanto, eximirlos, en principio, de que sean gravados por impuestos indirectos, también persigue un objetivo de armonización que, en la medida en que ello no se considere contrario al efecto útil de la prohibición de gravar con impuestos indirectos, deja a los Estados miembros una potestad tributaria residual.

[13] *Privilegium* era, en el Derecho común, una ventaja concedida por la autoridad a un particular, a un grupo o a una comunidad.

[14] En el ordenamiento jurídico italiano, por ejemplo, se trata de una de las causas de prelación que constituye una garantía patrimonial sobre determinados bienes del deudor en relación con la causa del crédito. No se trata de un tipo particular de garantía, sino de un efecto que la ley atribuye, en algunos casos, a un crédito.

[15] Véase la sentencia de 7 de junio de 2005, VEMW y otros (C-17/03, EU:C:2005:362), apartado 41.

45. Por tanto, el legislador de la Unión ya aplica la ponderación mediante el establecimiento de una regla amplia y de excepciones restringidas. Sería un error metodológico imponer una limitación adicional a la hora de efectuar la interpretación. Por tanto, coincido en que se adopte una interpretación amplia de la disposición contenida en el artículo 5, que comprenda también situaciones que no están directamente contempladas en ella, pero con la que están indisociablemente vinculadas.

46. En cambio, no considero que sea correcto, aunque se adoptara una interpretación restrictiva de las situaciones contempladas en el artículo 6, en particular en el apartado 1, letra d), vaciar completamente de sentido la expresión «privilegios e hipotecas», considerándola, en esencia, una hendíadis.[16] Es como decir que la excepción solo se aplica en caso de hipotecas o garantías análogas de carácter exclusivamente inmobiliario.

47. Creo, por el contrario, que procede examinar el sentido de la disposición apreciando cuál puede ser la función y el rasgo particular de la hipoteca en la constitución de garantías que aseguran el crédito y, a continuación, atribuir un significado adecuado al término «privilegio».

48. Es evidente que la hipoteca constituye un tipo de garantía que ofrece al acreedor derechos preferentes especiales en caso de incumplimiento del deudor. Esto significa que, en el caso de una pluralidad de deudas por parte del deudor, el acreedor beneficiario de la hipoteca verá satisfecho su crédito con carácter preferente sobre el patrimonio de aquel.

49. Existen otros tipos de garantías, incluso de naturaleza mobiliaria, que confieren al acreedor una ventaja análoga, a saber, la de que su crédito sea satisfecho con carácter prioritario en caso de impago del deudor.

50. Pues bien, considero que la Directiva, al utilizar la expresión «privilegios e hipotecas», *tenía la intención* de agrupar los tipos de garantía cuya constitución, inscripción o cancelación tuviera un efecto similar sobre los derechos del acreedor: el de constituir garantías idóneas para atribuir derechos preferentes especiales a la hora de satisfacer el crédito en caso de impago. Y ello con independencia de su naturaleza mobiliaria o inmobiliaria.

51. En este sentido, el término «privilegios» debe, sin lugar a dudas, incluir las prendas mobiliarias, en la medida en que estas confieren, en el ordenamiento jurídico del Estado miembro, derechos preferentes especiales en el sentido antes indicado, así como, en su caso, otros tipos de garantías con los mismos efectos.

52. Por consiguiente, si en Portugal, como parece que se desprende de las observaciones del Gobierno portugués en la vista, la prenda es la mayor garantía posible, equiparable en términos funcionales a la hipoteca, no se ve por qué motivos debe excluirse la posibilidad de aplicar el impuesto sobre actos jurídicos documentados al contrato de garantía.

53. En el asunto que nos ocupa, corresponderá al órgano jurisdiccional nacional apreciar si las garantías contenidas en el contrato de garantía vinculado a la emisión de obligaciones, aunque no sean de naturaleza hipotecaria o inmobiliaria, pueden producir los efectos descritos y, por tanto, si están comprendidas, a la luz de las disposiciones del Derecho nacional, en el concepto de «privilegio».

[16] Del griego antiguo ἓν διὰ δυοῖν («uno mediante dos»). Se trata de una figura retórica que consiste en usar dos palabras coordinadas para expresar un único concepto.

54. Volviendo ahora al principio de mi razonamiento, puedo extraer algunas conclusiones, reiterando el carácter central de la relación entre los artículos 5 y 6 de la Directiva 2008/7, para dar una respuesta útil a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente.

55. La lectura de los considerandos de la Directiva y también el debate doctrinal sobre la cuestión apuntan hacia el deseo de superar la posibilidad de que los Estados miembros graven con impuestos indirectos las situaciones en las que se concluyen operaciones de capital.

56. Si, en cambio, por motivos de ingresos fiscales destinados al bienestar general, se decidió dejar la posibilidad a los Estados miembros de gravar determinadas operaciones relacionadas con las operaciones de capital, aunque como una excepción limitada, es preciso dar sentido a esta elección del legislador de la Unión, que evidentemente ha ponderado los intereses en conflicto. La ponderación que debe realizarse, como se ha indicado anteriormente, tiene lugar a dos niveles, por una parte, entre la libre circulación de capitales y la potestad tributaria de los Estados y, por otra parte, entre el efecto útil de la prohibición establecida en el artículo 5 y la aplicabilidad de la excepción prevista en el artículo 6.

57. La interpretación que propone la demandante en el litigio principal y, en gran medida, también la Comisión no permite, en mi opinión, una ponderación adecuada en ninguno de estos dos niveles. En particular, vacía de contenido y de utilidad el artículo 6, apartado 1, letra d), al dar lugar a una situación inicua, en la que solo en el supuesto de un contrato de garantía con hipoteca es posible aplicar impuestos indirectos, lo que crea una desigualdad de trato entre garantías con iguales funciones y efectos con repercusiones negativas para la autonomía contractual de las partes. En efecto, las partes se verían disuadidas de elegir garantías de naturaleza hipotecaria porque ello daría lugar a la posibilidad de aplicar impuestos indirectos que, en cambio, no serían aplicables en el supuesto de garantías mobiliarias con efectos jurídicos similares.

IV. Conclusión

58. Habida cuenta de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa — CAAD) [Tribunal Arbitral Tributario (Centro de Arbitraje Administrativo — CAAD), Portugal]:

«1) El artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2008/7/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la sujeción al impuesto sobre actos jurídicos documentados de las garantías constituidas por prendas sobre acciones, sobre saldos de cuentas bancarias, sobre créditos de accionistas y por cesiones de créditos en garantía, otorgadas en relación con una operación de emisión de obligaciones, siempre que el contrato de garantía pueda vincularse a una formalidad relativa al contrato de crédito. Así sucede cuando la obligación de constituir garantías en caso de emisión de obligaciones viene impuesta por la ley o por otra fuente que vincule a la autonomía de la voluntad o, en su defecto, si el órgano jurisdiccional nacional comprueba la existencia de situaciones de hecho que permitan considerar que la constitución de una garantía es una actuación comercial necesaria en una operación compleja y única.

2) La constitución de garantías impuesta por la ley es un requisito para considerar el contrato de garantía celebrado con ocasión de un contrato de préstamo como una formalidad relativa a este y, por tanto, se opone a la sujeción a un impuesto indirecto en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2008/7.

3) La circunstancia de que las garantías se otorguen en el contexto de una operación de emisión de obligaciones objeto de suscripción privada por una entidad bancaria, cuya posición de suscriptor puede transferirse por voluntad de la entidad emisora, aun cuando dicha transferencia esté sujeta a determinadas condiciones y a penalizaciones/comisiones, no afecta a la respuesta a la primera cuestión prejudicial.

4) El artículo 6, apartado 1, letra d), de la Directiva 2008/7 debe interpretarse en el sentido de que comprende todas las garantías constituidas en el contexto de una operación de emisión de obligaciones incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 5, apartado 2, letra b), de la misma Directiva, cuya constitución o inscripción tenga un efecto análogo sobre los derechos del acreedor, es decir, atribuir derechos preferentes especiales a la hora de satisfacer el crédito en caso de impago, con independencia de su naturaleza mobiliaria o inmobiliaria.»