

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera) DE 18 DE MAYO DE 2006

■ **Asunto:** C-509/04

■ **Partes:** Magpar VI BV y Staatssecretaris van Financiën

■ **Síntesis:** «Impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales – Directiva 69/335/CEE– Artículo 7, apartado 1, letras b) y b) bis – Impuesto sobre las aportaciones de capital – Exención – Requisitos – Conservación de las participaciones sociales adquiridas durante un plazo de cinco años»

I. Comentario

Al Tribunal se le plantea como cuestión prejudicial la interpretación de un precepto de una Directiva que, unos meses después de la Sentencia, previsiblemente habrá sido derogado.

El asunto se refiere al impuesto sobre las reestructuraciones de capital, cuya reducción paulatina hasta su completa eliminación se propugnaba ya en la Directiva 69/335/CEE del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales. Esta Directiva se proponía armonizar las legislaciones relativas a los derechos de aportación a las sociedades de capitales y a los derechos de timbre sobre los títulos representativos de capitales, acciones y obligaciones, con el objetivo de reducir las discriminaciones, las dobles imposiciones y los obstáculos a la libre circulación de capitales. Poco a poco los Estados miembros han ido renunciando a estos impuestos, aunque España aún no lo ha hecho.

Como puede leerse en el IP/05/933, dado en Bruselas el 14 de julio de 2005, la Comisión ha pedido a España que modifique las leyes incompatibles con el Tratado CE, en concreto su impuesto sobre las aportaciones de capital a una sociedad formada en dicho Estado miembro. Y ello dado que, de conformidad con la normativa española, las sociedades que transfieran su domicilio social o su sede de la dirección efectiva de otro Estado miembro a España están sometidas al impuesto sobre las aportaciones de capital si dicha transferencia no ha sido objeto del impuesto mencionado en el otro Estado miembro de la UE (que, conforme a la Directiva, cuenta con la opción de no aplicar un impuesto sobre las aportaciones de capital). La Comisión considera que esta normativa no se ajusta a lo dispuesto en la Directiva, porque, con arreglo a ella, sólo el Estado miembro en el que se forma la sociedad tiene derecho a aplicar el impuesto sobre las aportaciones de capital.

España también somete a fiscalidad las sucursales y establecimientos permanentes de sociedades de otros Estados miembros de la UE que no recaudan el impuesto sobre las aportaciones de capital. Resulta que, de conformidad con la Directiva, sólo el Estado miembro en cuyo territorio está situada la sede de la dirección efectiva de la sociedad puede aplicar el impuesto sobre las aportaciones de capital. Asimismo, España solamente exime

determinadas transacciones destinadas a una reorganización, mientras que, de conformidad con la Directiva, todas las transacciones deben recibir el mismo trato. Por último, España exime el canje de acciones si una sociedad recibe al menos el 75% del capital social anteriormente emitido de otra sociedad. No obstante, si tal sociedad adquiere posteriormente más acciones, esta última transacción está sometida al impuesto sobre las aportaciones de capital. La Comisión considera que España debe eximir también el canje de acciones ulterior:

Pues bien, la Comisión, en fecha 4 de diciembre de 2006, ha emitido una Propuesta de Directiva del Consejo relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales [COM(2006) 760 final, 2006/0253 (CNS)], que supone una refundición de la 69/335/CEE, al objeto de “simplificar un acto legislativo comunitario sumamente complicado, eliminar gradualmente el impuesto sobre las aportaciones, considerado un obstáculo importante al desarrollo de las sociedades de la UE, y consolidar la prohibición de crear o aplicar otros gravámenes similares”, en palabras de la propia Comisión.

Desde 1985, se viene observando la tendencia a eliminar el impuesto sobre las aportaciones. A la vista de sus efectos económicos adversos, son numerosos los Estados miembros que han abolido el citado gravamen. Hoy en día, sólo siete de los 25 Estados miembros (Grecia, España, Chipre, Luxemburgo, Austria, Polonia y Portugal) continúan aplicando el referido impuesto. En Polonia y Portugal, se aplica un tipo impositivo igual o inferior al 0,5 %, y en Chipre el tipo aplicable es del 0,6 %. En los restantes cuatro Estados miembros, entre los cuales está España, se aplica el máximo permitido, un tipo del 1,0 %.

La refundición de la Directiva que propone la Comisión en Bruselas, en diciembre de 2006, tiene la intención de limitar al 0,5 % el tipo del impuesto sobre las aportaciones para 2008, y eliminar dicho gravamen en 2010, a más tardar, en sintonía con la estrategia que la UE se fijó en Lisboa. El año 2010, dice la Comisión, “parece una fecha adecuada para la abolición del impuesto sobre las aportaciones; en efecto, para entonces los Estados miembros habrán dispuesto de 25 años para adaptar su normativa fiscal en previsión de dicha abolición”.

Dejando al margen la trascendencia que esta Directiva tendrá para España, y entrando en la concreta cuestión prejudicial planteada por el Tribunal nacional holandés, la sentencia da una respuesta ajustada a lo que, de ser aprobada, establece la nueva Directiva de refundición.

En efecto, el problema planteado en la primera cuestión es qué ocurre si una sociedad tras una operación de reestructuración se deshace de sus participaciones (en concreto por aportarlas a una holding y posteriormente la holding a una cooperativa), antes de que haya transcurrido el plazo de cinco años que fija la Directiva 69/335 en su artículo 7 apartado 1 letra b) bis —que fue añadido por la Directiva 73/79-. Resulta que en la propuesta de refundición de Directiva de diciembre de 2006 se ha derogado el artículo 7 y no se ha restablecido el plazo de recuperación de cinco años, a que se refiere el párrafo segundo del antiguo artículo 7.1.b) bis.

Como apenas comentaba, la sentencia da una respuesta ajustada a la evolución de las Directivas comunitarias en la materia y en concreto a lo que será la nueva normativa, pues el Tribunal contesta que, para la aplicación de la exención, no debe exigirse la conservación, durante el citado plazo, cuando se trata de operaciones de reestructuración. La interpretación dada por el Tribunal es ajustada al objetivo y al espíritu de la norma, que pretende facilitar cada vez más la circulación de capitales ligada a las operaciones de concentración de empresas. Éstas deben poder adoptar "sin obstáculos inútiles", dice el Tribunal, las estructuras y formas sociales más adecuadas a las exigencias de la evolución de la realidad económica.

Algo semejante ocurre con la segunda cuestión. Se pregunta si la solución es la misma si se trata de una fusión que implica literalmente desaparición de una sociedad. Esto es, si se considera que, a pesar de que con la fusión una sociedad deja de existir, se puede hablar de cesión de participaciones.

Al respecto, el Tribunal vuelve a dar una respuesta en la línea de las Directivas que paulatinamente han venido promulgándose en la línea de favorecer la circulación de capitales. "Fusión" debe entenderse en sentido amplio, dice el Tribunal. Y cuando la Directiva habla de "cesión" no se puede referir a lo que un Estado miembro concreto tenga establecido individualmente en su legislación nacional. Ni puede interpretarse de forma restrictiva. El concepto debe recibir en toda la Comunidad una interpretación amplia y uniforme, teniendo en cuenta el contexto y el objetivo de las disposiciones comunitarias sobre la materia.

Y es que, si bien jurídicamente pueden ser ciertamente operaciones distintas, económicamente son indisociables, y la técnica jurídica empleada no puede influir o determinar la aplicación o no de la exención. Por tanto, cabe entender por "cesión" el supuesto de una fusión por absorción, que tenga como consecuencia que las participaciones de la sociedad absorbida se extingan y que sus titulares reciban en contrapartida participaciones de la sociedad absorbente.

2. Antecedentes

- Cinco sociedades privadas, cada una de las cuales tenía un único socio persona física titular (a las que llamaremos "antiguas sociedades") constituyeron en 1998 la sociedad colectiva Magnus Managment Consultants.
- En ese mismo año, se constituyen cinco "nuevas sociedades", que adquirieron la totalidad de las participaciones de las antiguas sociedades.
- El asunto se refiere a una de estas nuevas sociedades, la sociedad Magpar, que adquirió todas las participaciones sociales de una de las antiguas, la sociedad Hoffmann.
- La aportación de participaciones sociales de Hoffmann a Magpar quedó exenta del Impuesto sobre las aportaciones de capital.
- En el marco de una fusión, se constituye la sociedad Magnus Holding NV, que adquiere los patrimonios de las antiguas sociedades, entre ellas el de Hoffmann.

- Las nuevas sociedades, entre ellas Magpar, adquieren por la fusión una parte de las participaciones sociales de Holding, proporcional a su aportación.
- También en 1998 se constituyó una cooperativa, de la que formó parte Magpar, quien cedió a la cooperativa precisamente las participaciones de Holding de las que era propietaria.
- En 1999 se le exige a Magpar el impuesto sobre las aportaciones de capital, por considerarse que no conservó durante el plazo de cinco años que prevén tanto la Directiva como la ley nacional, todas las participaciones de la otra sociedad de que era titular a consecuencia de tal operación, comprendidas las adquiridas anteriormente y poseídas en el momento de la operación.
- Es claro que la adquisición por parte de Holding del patrimonio de las antiguas sociedades quedó exenta del citado Impuesto, porque la fusión jurídica regulada por el Derecho neerlandés constituye una operación a la que se aplica la exención del impuesto sobre las aportaciones de capital. Y no puede invocarse contra Magpar el plazo de conservación de cinco años en lo que se refiere a la cesión a Holding de las participaciones de Hoffmann.
- Lo que se discute es si la obligación de conservación no se ha transmitido a las participaciones de Holding que Magpar tenía a raíz de la adquisición por Holding de las participaciones de Hoffmann, esto es, si como consecuencia de la cesión a la Cooperativa de las participaciones de Holding que tenía, Magpar no se convirtió en sujeto pasivo del impuesto sobre las aportaciones de capital.

3. Cuestiones planteadas

El Hoge Raad decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) Cuando una sociedad, en los cinco años siguientes a la adquisición de participaciones sociales en el marco de una fusión por canje de participaciones que está exenta del impuesto sobre aportaciones de capital, ha dejado de ser titular de dichas participaciones porque se trata de participaciones de una sociedad que se ha fusionado, ¿debe interpretarse el artículo 7, apartado 1, letra b) bis, de la Directiva [69/335], en su versión modificada por la Directiva [73/79], en el sentido de que los requisitos que establece han de aplicarse a las acciones de la sociedad adquirente?
- 2) Para responder a la cuestión anterior, ¿es relevante que la sociedad de cuyas participaciones se trata haya dejado de existir como consecuencia de una fusión jurídica con otra sociedad (artículo 311, apartado 1, del libro 2 del Código Civil), de modo que, en sentido literal, no pueda hablarse de una cesión de las participaciones?»

4. Fallo

El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

- 1) El artículo 7, apartado 1, letras b) y b) bis, de la Directiva 69/335/CEE del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, en su versión modificada por las Directivas 73/79/CEE del Consejo, de 9 de abril de 1973, y 85/303/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1985, debe interpretarse en el sentido de que, cuando una primera sociedad de capital, en un plazo de cinco años a partir de la adquisición de las participaciones sociales de una segunda sociedad de capital en el marco de una fusión por canje de títulos exenta del impuesto sobre las aportaciones de capital, deja de ser titular de dichas participaciones porque la segunda sociedad se ha fusionado con una tercera sociedad de capital y, por ello, ha dejado de existir; siendo así que la primera sociedad obtuvo en contrapartida participaciones de la tercera sociedad, el requisito de conservación durante cinco años de las participaciones inicialmente adquiridas, previsto en la letra b) bis de la disposición considerada, no se transmite a las participaciones de la tercera sociedad de las que es titular la primera sociedad.
- 2) El hecho de que el artículo 7, apartado 1, letra b) bis, párrafo segundo, frase segunda, de la Directiva 69/335, en su versión modificada por las Directivas 73/79 y 85/303, se refiera a una «cesión» de las participaciones sociales de las que se es titular a consecuencia de una operación exenta del impuesto sobre las aportaciones de capital no es relevante a efectos de responder a la primera cuestión.

5. Fundamentos de la sentencia

Sobre la primera cuestión

- 30 (...) la obligación de conservar durante cinco años las participaciones de una sociedad de capital adquiridas por otra sociedad de capital sólo se aplica a las operaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 7, apartado 1, letra b) bis, de la Directiva 69/335, a saber, las operaciones de adquisición de participaciones que representen al menos el 75 % del capital social de una sociedad de capital a cambio de la atribución de participaciones de la sociedad adquirente.
- 31 Por el contrario, no se impone esta obligación a las operaciones de reestructuración comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 7, apartado 1, letra b), de la citada Directiva, a saber, las operaciones de adquisición bien de la totalidad del patrimonio de una sociedad de capital, bien de una o varias ramas de su actividad, por otra sociedad de capital a cambio de la atribución de participaciones sociales de ésta.
- 32 Esta conclusión resulta inequívocamente del tenor del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 69/335, tal como lo completa la Directiva 73/79. En efecto, esta última Directiva no modificó la letra b) de la disposición en cuestión, sino que le añadió una

letra b) bis que prevé, para las operaciones mencionadas en dicha letra, una obligación de conservación durante cinco años de las participaciones sociales adquiridas.

- 33 De la resolución de remisión se deriva que la primera operación objeto del litigio principal, a saber, la adquisición de Hoffmann por Magpar, está comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 7, apartado 1, letra b) bis, de la Directiva 69/335. En efecto, Magpar adquirió, en contrapartida por la atribución de sus propias participaciones sociales, la totalidad de las participaciones sociales de Hoffmann, que continuó existiendo como sociedad. Por tanto, para conservar la ventaja que supone la exención prevista en la disposición considerada, Magpar tenía la obligación, de conformidad con dicha disposición, de conservar las participaciones sociales de Hoffmann durante cinco años a partir de la fecha en la que se realizó la operación, salvo en caso de cesión de estas participaciones en el marco de una operación exenta también con arreglo al artículo 7, apartado 1, letra b) o letra b) bis, de la Directiva 69/335.
- 34 De la resolución de remisión resulta asimismo, y más en concreto de las conclusiones del fiscal general del Hoge Raad anexas a esta resolución, que la segunda operación a tener en cuenta en el asunto principal, a saber, la adquisición de Hoffmann por Holding, entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 69/335 y estaba, por ello, igualmente exenta del impuesto sobre las aportaciones de capital. En efecto, Holding adquirió mediante fusión jurídica, a título universal, el patrimonio de Hoffmann que era propiedad de Magpar a cambio de la atribución a ésta de sus propias participaciones sociales.
- 35 En el caso de autos, el órgano jurisdiccional remitente plantea la cuestión de si la obligación de Magpar de conservar las participaciones sociales de Hoffmann durante cinco años se ha transmitido, por la parte del plazo de cinco años restante, a las participaciones sociales de Holding recibidas por Magpar en el marco de la segunda operación de fusión y, en caso afirmativo, si esta última ha perdido la ventaja que supone la exención al dejar de ser titular de dichas participaciones sociales de Holding, a consecuencia de la tercera operación realizada en el referido plazo, en contrapartida por la atribución de derechos de socio de la Cooperativa.
- 36 La respuesta a esta cuestión está vinculada a la consideración de que la segunda operación, que es determinante en el presente caso, a saber, la adquisición a título universal del patrimonio de Hoffmann por Holding, entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 69/335. Ahora bien, como se ha señalado en los apartados 30 y 31 de la presente sentencia, la conservación durante cinco años de las participaciones sociales adquiridas de una sociedad de capital no se exige para las operaciones de reestructuración de empresas que entran dentro del ámbito de aplicación de dicha disposición, visto que, en el caso de autos, la pérdida de estas participaciones conllevó la adquisición a título universal del patrimonio de Hoffmann por Holding y que la propia Hoffmann dejó de existir.
- 37 Tal interpretación no sólo se corresponde con el tenor de la disposición considerada, sino igualmente con la evolución de las Directivas comunitarias, antes citadas, en mate-

ria de impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, como se expuso en los apartados 5 a 12 de la presente sentencia. Así, la Directiva 73/79 ha extendido el ámbito de aplicación de los tipos reducidos del impuesto sobre las aportaciones de capital, la Directiva 73/80 ha establecido la disminución tanto del tipo del impuesto sobre las aportaciones de capital como de sus tipos reducidos, mientras que la Directiva 85/303 ha atribuido a los Estados miembros la posibilidad de eximir del impuesto sobre las aportaciones de capital todas o parte de las operaciones que entran en el ámbito de aplicación de éste y ha impuesto la exención de operaciones sujetas hasta entonces a los tipos reducidos.

- 38 Además, esta interpretación es conforme con el espíritu y el objetivo de la normativa antes mencionada, que pretende facilitar cada vez más la circulación de capitales ligada a operaciones de concentración de empresas y dar a éstas la posibilidad de adoptar, sin obstáculos inútiles, las estructuras y las formas sociales más adecuadas a las exigencias de una realidad económica en evolución permanente.
- 39 Por último, como señaló en sus conclusiones el fiscal general del Hoge Raad, al igual que el Abogado General en los puntos 31 a 37 de sus conclusiones y la Comisión, procede indicar que la solución inversa sometería el mantenimiento de la ventaja que supone la exención del impuesto sobre las aportaciones de capital a un requisito adicional que constituiría, desde el punto de vista de la normativa antes citada, una exigencia inútil y perjudicial para las operaciones de reestructuración de empresas. En estas circunstancias, debe considerarse que si el legislador comunitario hubiera querido establecer tal exigencia, lo habría previsto de manera expresa.

Sobre la segunda cuestión

El órgano remitente se pregunta si es relevante, a efectos de responder a la primera cuestión, el hecho de que el artículo 7, apartado 1, letra b) bis, párrafo segundo, frase segunda, de la Directiva 69/335 se refiera a una “cesión”.

- 43 (...) la operación de fusión, en sus diferentes formas, está concebida en términos amplios en la Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, Tercera Directiva basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (DO L 295, p. 36; EE 17/01, p. 76), de la que se pueden deducir por analogía algunas enseñanzas útiles para responder a la cuestión examinada. En el artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, la fusión por absorción se define como «la operación por la cual una o varias sociedades transfieren a otra, como consecuencia de una disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio activa y pasivamente mediante la atribución a los accionistas de la o de las sociedades absorbidas de acciones de la sociedad absorbente». Los mismos términos se utilizan, mutatis mutandis, en el artículo 4, apartado 1, de la citada Directiva en relación con la fusión por constitución de una nueva sociedad y en su artículo 24 relativo a la absorción de una sociedad por otra que posea la totalidad de las acciones de la primera.

- 44 La Directiva 69/335 no define el concepto de «cesión», ni se remite con tal fin al Derecho de los Estados miembros. Este concepto debe recibir, por tanto, en toda la Comunidad, una interpretación autónoma y uniforme que debe realizarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de octubre de 2004, Comisión/Portugal, C-55/02, Rec. p. I-9387, apartados 44 y 45, y la jurisprudencia que en ella se cita).
- 45 Por consiguiente, habida cuenta, en particular, del hecho de que el artículo 7, apartado I, letra b) bis, párrafo segundo, frase segunda, de la Directiva 69/335 tiene por objeto el mantenimiento de la ventaja que supone la exención fiscal establecida en la normativa comunitaria, como se ha expuesto anteriormente, procede considerar que los términos «si [...] las participaciones son cedidas» revisten un alcance comunitario y no deben ser interpretados de manera restrictiva. Estos términos engloban una operación de fusión por absorción que tenga como consecuencia que las participaciones de la sociedad absorbida se extingan y que sus titulares reciban en contrapartida participaciones de la sociedad absorbente.
- 46 Aun cuando, conforme al Derecho de un Estado miembro, la extinción de las participaciones de la sociedad absorbida y la atribución de participaciones de la sociedad absorbente constituyan situaciones jurídicas distintas, son, no obstante, económicamente indisociables en la medida en que las participaciones de la sociedad absorbente se atribuyen en contrapartida por las participaciones de la sociedad absorbida y proporcionalmente al valor de estas últimas. Sobre este particular, la técnica jurídica por la cual se ejecute una fusión en Derecho nacional no puede influir en la existencia de un vínculo económico real y estrecho. El concepto de «cesión» debe, por ello, entenderse, en este contexto, como término genérico que engloba tales operaciones.

... ○ ...