

Sentencia 15 enero de 2002

■ **Asunto:** C-43/00

■ **Partes:** Andersen og Jensen ApS / Skatteministeriet

■ **Síntesis:** “Aproximación de las legislaciones – Directiva 90/434/CEE – Régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones – Aportación de activos o aportación de una rama de actividad – Conceptos”
(Sala Quinta)

I. Comentario y legislación española.

En esta Sentencia se interpreta el concepto de aportación de activos y “rama de actividad” a que se refiere el art. 2, letras c) e i) de la Directiva 90/434/CEE de 23 de julio relativa al Régimen Fiscal Aplicable a las Fusiones, Escisiones, Aportación de activos y Canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros.

Al margen de la cuestión principal de la aportación de activos, esta Sentencia contiene una declaración que nos parece muy interesante, en cuanto que declara aplicable la Directiva aun cuando en el asunto principal no intervengan diferentes Estados miembros, sino sólo sus nacionales, cuya legislación se hubiera adaptado a la Directiva con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, se somete a esta cuestión por el órgano remitente al Tribunal de Justicia. Este se consideró competente, aun cuando el asunto afectase sólo a un Estado nacional, con el fin de que los conceptos que han sido adaptados del Derecho Comunitario, tengan una interpretación uniforme.

Por lo que respecta al asunto principal, referente a la interpretación del concepto de “aportación de activos” y “rama de actividad”, la Sentencia declara que para que la Directiva sea

aplicable a una "aportación de activos" ésta deba referirse al conjunto de los elementos de activos y de pasivo relativos a una rama de actividad; y por rama de actividad ha de entenderse, sólo un conjunto de elementos capaces de funcionar con sus propios medios, como tal rama de actividad, de acuerdo con el art. 2 letras c) e i) y art. 4.1 apartado 1 de la Directiva, a efectos de que se les aplique la exención de tributación de las plusvalías que se pongan de manifiesto con motivo de la operación.

Por consiguiente, en el supuesto contemplado en la Sentencia en el que se estipula que la Sociedad transmitente de la actividad (venta al por mayor y al por menor de material deportivo) retendría el capital de un préstamo suscrito por esta transferencia, a la sociedad beneficiaria de la aportación (una nueva sociedad que realizará la actividad de la transmitente) no era aplicable la exención de las plusvalías previstas en la Directiva, puesto que el legislador comunitario consideró necesario que los elementos de activo y de pasivo inherentes a una rama de actividad sean íntegramente transferidos y en este supuesto, lo que se produce es una disociación entre los elementos de activo (aportación) y los de pasivo (asunción del préstamo) y por consiguiente no es aplicable la Directiva.

También se planteaba la cuestión de si el hecho de que para atender a las futuras necesidades financieras de la sociedad beneficiaria de la aportación (nueva sociedad) se contratase un crédito de explotación que debe conceder una institución financiera, que exige que los accionistas de la sociedad beneficiaria de la aportación cedan en garantía las acciones del capital social, podían considerarse como una organización autónoma. El Tribunal declaró a este propósito, que el concepto de explotación autónoma, depende de que los activos transferidos puedan funcionar como una empresa autónoma, sin necesidad de inversiones o aportaciones adicionales; y sólo en segundo lugar, desde el punto de vista financiero, y por ello, que dicha condición no se pierda por el solo hecho de acudir a un crédito bancario, si se cumplen los requisitos anteriores. Sin embargo, sí podría influir el hecho de que se prevea que la Sociedad no podría sobrevivir si sus ingresos fueran insuficientes para atender a los intereses y amortizaciones de los derechos asumidos, pero de todas formas, también declara la Sentencia, que la apreciación de estas circunstancias correspondería a la Jurisdicción Nacional.

1.1. Legislación española.

Esta interpretación de la Directiva sería aplicable a España.

2. Antecedentes de hecho.

Mediante resolución de 9 de febrero de 2000, el Vestre Landsret planteó, cuatro cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del artículo 2, letras c) e i), de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros.

Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre Andersen og Jensen ApS y el Skatteministeriet (Ministerio de Hacienda danés), en relación con el tratamiento fiscal de una aportación de activos.

2.1. El litigio principal y las cuestiones prejudiciales

De la resolución de remisión se desprende que la demandante en el procedimiento principal era inicialmente una sociedad anónima danesa Randers Sport A/S, dedicada a la actividad de distribución al por mayor y al por menor de material deportivo. A fin de llevar a cabo un cambio generacional, en 1996 los accionistas de la demandante en el procedimiento principal constituyeron una nueva sociedad, Randers Sport Nyt A/S, a la cual debía transferirse la actividad de la empresa. De los autos se deduce que el capital social de Randers Sport A/S ascendía a 300.000 DKK y que el de Randers Sport Nyt A/S ascendía a 500.000 DKK. Dado que dichos accionistas deseaban que el capital propio existente quedara, esencialmente, al margen de las obligaciones a que estuviera sujeta la futura actividad y permaneciera en poder de la sociedad demandante en el procedimiento principal, ésta suscribió un préstamo de un importe de 10.000.000 de DKK, cuyo producto debía retener, mientras que la correspondiente obligación financiera debía transmitirse a Randers Sport Nyt A/S. Se estipuló asimismo que se asegurarían las necesidades de tesorería de Randers Sport Nyt A/S mediante una línea de crédito concedida por una entidad financiera que, como garantía, exigiría un derecho de prenda sobre la totalidad de las acciones representativas del capital social de esta última. Por lo demás, se previó que la demandante en el procedimiento principal conservaría un reducido número de acciones de una sociedad tercera, que se encontraba entonces en fase de liquidación.

Mediante escrito de 6 de junio de 1996, la demandante en el procedimiento principal solicitó al Ligningsrad, la más alta autoridad administrativa danesa en determinados ámbitos relacionados con el Derecho tributario, autorización para proceder a la aportación de activos considerada disfrutando de la exención fiscal prevista en los artículos 15 c y 15 d de la fusionsskattelov.

Mediante escrito de 20 de noviembre de 1996, el Ligningsrad respondió que la autorización solicitada estaba sujeta, con carácter acumulativo, a dos condiciones:

- el importe obtenido del préstamo de 10.000.000 de DKK y la deuda relativa al mismo debían imputarse totalmente a la sociedad transmitente o bien transferirse globalmente a la sociedad beneficiaria de la aportación;
- ni la sociedad transmitente, ni los principales accionistas que son personas físicas, ni terceros debían constituir garantías —mediante fianza, prenda, depósito o de otra forma— a favor de la sociedad beneficiaria de la aportación.

El 15 de marzo de 1997 la demandante en el procedimiento principal interpuso un recurso ante el Vestre Landsret contra el Skatteministeriet con objeto de que se examinara la legalidad de las condiciones impuestas por el Ligningsrad.

El Vestre Landsret considera que, aunque el litigio principal se inscribe en un contexto puramente nacional, su resolución depende de la interpretación de normas comunitarias. A este respecto, se remite a los trabajos preparatorios y al texto de las disposiciones de la fusionsskattelov aplicables, de las que, a su juicio, resulta que el legislador danés quiso que dichas disposiciones fueran objeto de una aplicación uniforme a las operaciones nacionales y a las que afectaran a varios Estados miembros. Basándose en la sentencia de 17 de julio de 1997, *Leur-Bloem* (C-28/95), estima que, en estas circunstancias, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse con carácter prejudicial.

3. Fundamentos de derecho.

3.1. Sobre la competencia del Tribunal de Justicia

Ha quedado acreditado que el litigio principal versa sobre una disposición de Derecho nacional que se aplica en un contexto puramente nacional.

No obstante, el órgano jurisdiccional remitente indicó que, al adaptar el Derecho nacional a las disposiciones de la Directiva el legislador danés había decidido dar el mismo trato a las situaciones puramente internas y a las reguladas por la Directiva, por lo que había ajustado al Derecho comunitario las normas por las que se regían las situaciones puramente internas. El órgano jurisdiccional remitente añade que la interpretación de los conceptos de “aportación de activos” y de “rama de actividad”, considerados en su contexto comunitario, es necesaria para la solución del litigio del que conoce, que dichos conceptos figuran en la Directiva, que fueron reproducidos en la Ley nacional por la que se adapta el ordenamiento jurídico interno a dicha Directiva y que su aplicación se ha ampliado a las situaciones puramente internas.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando, como en el asunto principal, una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en Derecho comunitario con objeto, especialmente, de evitar la aparición de discriminaciones en contra de los propios nacionales o de eventuales distorsiones de la competencia, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse (sentencia *Leur-Bloem*, antes citada, apartado 32).

De las consideraciones que preceden se desprende que el Tribunal de Justicia es competente para interpretar las disposiciones de la Directiva aunque éstas no rijan directamente la situación controvertida en el asunto principal. Por lo tanto, procede responder a las cuestiones planteadas por el Vestre Landsret.

3.2. Sobre las cuestiones primera, segunda y tercera

Mediante sus cuestiones primera, segunda y tercera, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pide, esencialmente, que se dilucide si el artículo 2, letras c) e i), de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que existe aportación de activos en el

sentido de la Directiva cuando, por una parte, una transacción estipula que la sociedad transmitente retendrá el capital de un préstamo suscrito por ésta y transferirá a la sociedad beneficiaria de la aportación las obligaciones correspondientes a este préstamo y que, por otra, la sociedad transmitente conservará un reducido número de acciones de una sociedad tercera.

A este respecto, del texto del artículo 2, letras c) e i), de la Directiva, así como del artículo 4, apartado 1, de ésta, se desprende que para que la Directiva sea aplicable a una aportación de activos, ésta debe referirse al conjunto de los elementos de activo y de pasivo relativos a una rama de actividad. Según el artículo 2, letra i), de la Directiva, sólo un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios puede constituir tal rama de actividad.

El legislador comunitario consideró necesario que los elementos de activo y de pasivo inherentes a una rama de actividad sean íntegramente transferidos. Pues bien, la retención por la sociedad transmitente del capital de un préstamo de elevada cuantía objeto de un contrato celebrado por ésta y la transmisión a la sociedad beneficiaria de la aportación de las obligaciones derivadas del préstamo implican una disociación entre dichos elementos.

Además, debe añadirse que, en el asunto principal, la sociedad transmitente y la sociedad beneficiaria de la aportación habrían llegado al mismo resultado si ésta hubiera suscrito el préstamo y, posteriormente, hubiera adquirido los activos de la sociedad transmitente como contrapartida, por una parte, de sus propias acciones y, por otra, del capital recibido en préstamo. Ahora bien, tal transmisión, que se efectuaría en parte al contado, no constituiría una aportación de activos en el sentido de la Directiva.

De lo que precede resulta que la operación de préstamo controvertida en el asunto principal no cumple las exigencias del artículo 2, letras c) e i), de la Directiva.

En cuanto a la circunstancia de que la sociedad transmitente haya conservado un reducido número de acciones de una sociedad tercera, baste observar, que puede ser suficiente para excluir una transmisión de la totalidad de las actividades de la sociedad transmitente pero no la transmisión de una rama de actividad independiente de dicha participación.

3.3. Sobre la cuarta cuestión

Mediante su cuarta cuestión el órgano jurisdiccional remitente pide, esencialmente, que se dilucide si el artículo 2, letra i), de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una explotación autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios, puede también existir cuando deben satisfacerse las futuras necesidades de tesorería de la sociedad beneficiaria mediante un crédito de explotación que debe conceder una institución financiera que exige, en particular, que los accionistas de la sociedad beneficiaria de la aportación cedan en garantía las acciones representativas del capital social de dicha sociedad.

A este respecto, debe recordarse que el artículo 2, letra i), de la Directiva define el concepto de rama de actividad como "el conjunto de elementos de activo y de pasivo de una división de una sociedad que constituyen desde el punto de vista de la organización una explotación autónoma".

De ello se desprende que el funcionamiento autónomo de la explotación debe apreciarse, en primer lugar, desde el punto de vista del funcionamiento –los activos transferidos deben poder funcionar como una empresa autónoma sin necesidad, a tal fin, de inversiones o aportaciones adicionales- y sólo en segundo lugar, desde el punto de vista financiero. El hecho de que una sociedad beneficiaria de una aportación recurra a un crédito bancario en las condiciones normales de mercado no puede, en sí mismo, excluir que la explotación aportada tenga un carácter autónomo, ni siquiera cuando garantizan el crédito los accionistas de la sociedad beneficiaria de la aportación, quienes afectan sus acciones en dicha sociedad en garantía del crédito concedido.

No obstante, puede ser distinto cuando la situación financiera de la sociedad beneficiaria de la aportación, apreciada en su conjunto, obligue a considerar que muy probablemente no podrá sobrevivir por sus propios medios. Puede suceder así cuando los ingresos de la sociedad beneficiaria de la aportación resulten insuficientes en relación con los intereses y con la amortización de las deudas asumidas.

Sin embargo, la apreciación del carácter autónomo de una explotación debe reservarse al órgano jurisdiccional nacional, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso.

4. Fallo

El Tribunal de Justicia declaró:

“1) El artículo 2, letras c) e i), de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, debe interpretarse en el sentido de que no se produce aportación de activos con arreglo a dicha Directiva cuando una transacción estipula que la sociedad transmitente retendrá el capital de un préstamo de elevada cuantía suscrito por ésta y transferirá a la sociedad beneficiaria de la aportación las obligaciones correspondientes al mismo. Poco importa al respecto que la sociedad transmitente conserve un reducido número de acciones de una sociedad tercera.

2) Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si una aportación de activos se refiere a una explotación autónoma en el sentido del artículo 2, letra i), de la Directiva 90/434, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios, cuando deben satisfacerse las futuras necesidades de tesorería de la sociedad beneficiaria mediante un crédito de explotación que debe conceder una entidad financiera que, en particular, exige que los accionistas de la sociedad beneficiaria de la aportación cedan en garantía las acciones representativas del capital social de esa sociedad.”

5. El Abogado General presentó sus conclusiones en audiencia pública de la Sala Quinta el 11 de septiembre de 2001.

Propuso al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo:

“No tiene lugar una aportación de activos a efectos del artículo 2, letras c) e i), de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, cuando se realiza una operación que supone el mantenimiento en la sociedad transmitente del principal de un préstamo contraído por ésta y la transferencia a la sociedad beneficiaria de las obligaciones correspondientes al mismo, y ello con independencia de la finalidad perseguida mediante dicha división de los elementos de activo y de pasivo del préstamo. En cambio, no está excluida la posibilidad de que exista una aportación de activos a efectos del artículo 2, letras c) e i), de la Directiva si, en caso de transmisión de una rama de actividad, la sociedad transmitente mantiene una participación autónoma en una tercera sociedad.

Para que pueda configurarse una aportación de activos a efectos del artículo 2, letras c) e i), de la Directiva 90/434, la sociedad beneficiaria debe ser independiente de la sociedad transmitente y contar con los medios adecuados para el ejercicio de su actividad económica, en su caso recurriendo a créditos en las condiciones normales de mercado. Cuando la sociedad transmitente garantice un crédito contraído por la sociedad beneficiaria, las autoridades nacionales deberán apreciar si dicha garantía es indispensable para permitir a la sociedad beneficiaria ejercer su actividad: en caso afirmativo, deberá considerarse que esta última no está en condiciones de funcionar por sus propios medios.”