

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 10 de noviembre de 2011

Asunto: C-126/10

Partes: *Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais SA v. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*

Síntesis:

«Aproximación de las legislaciones – Directiva 90/434/CEE – Régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de distintos Estados miembros – Artículo 11, apartado 1, letra a) – Motivos económicos válidos – Reestructuración o racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación – Conceptos»

1. Antecedentes y cuestiones planteadas

En el año 2003, la sociedad holding portuguesa “Foggia-SGPS” absorbió a tres sociedades portuguesas pertenecientes al grupo dedicadas igualmente a la gestión de participaciones sociales. La fusión por absorción pretendía beneficiarse del régimen de neutralidad fiscal previsto a estos efectos en la Directiva 90/434/CEE, en el que como es sabido se establece como requisito para llevar a cabo las operaciones de reorganización empresarial bajo el régimen de neutralidad impositiva la concurrencia de “motivos económicos válidos”.

Al igual que acontece en nuestro país, la normativa portuguesa garantizaba la aplicación del régimen de neutralidad previsto por la Directiva también a las operaciones internas. No obstante, en este ámbito, partiendo de la premisa de que las operaciones de reestructuración deben responder a motivos económicos válidos, el legislador portugués expresamente limita la posibilidad de compensar las pérdidas de las filiales en sede de la entidad absorbente si la fusión no obedece a una finalidad extrafiscal.

Basándose en dicha norma, la Administración tributaria portuguesa negó la compensación de las pérdidas procedentes de una de las filiales (“Riguadiana-SGPS SA”) basándose en que la operación de fusión con “Foggia-SGPS” no presentaba ningún interés extrafiscal para esta última. A este respecto, la Administración portuguesa argumentó que la entidad absorbida no poseía una cartera de valores, que prácticamente no había tenido ingresos de su actividad y no estaba claro el origen de las pérdidas fiscales de la sociedad, que en el ejercicio 2002 superaban los dos millones de euros.

A juicio de “Foggia-SGPS”, la absorción de “Riguadiana-SGPS SA” contribuía a reducir los gastos de administración y gestión del grupo, lo que constituye un motivo económico válido. No obstante, en opinión de la Administración portuguesa, dicho efecto positivo en términos de costes estructurales no presentaba un interés económico relevante para la entidad absorbente.

Ante la negativa de la Administración portuguesa a admitir la compensación de las pérdidas originadas en la filial, “Foggia-SGPS” interpuso diversos recursos que alcanzaron el Supremo Tribunal Administrativo, que decidió suspender el procedimiento y plantear las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Qué sentido y alcance tiene lo dispuesto en el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva [90/434] y, en particular, cuál es el contenido del concepto “motivos económicos válidos” y del concepto “reestructuración o racionalización de las actividades” de las sociedades que participan en operaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva [90/434]?
- 2) ¿Resulta compatible con la citada norma comunitaria el criterio aplicado por la Administración tributaria en el sentido de que no existían motivos económicos graves que justificasen la solicitud formulada por la sociedad absorbente de que se le imputaran a ella las pérdidas fiscales de la sociedad absorbida, para lo cual la Administración tributaria consideró que, desde el punto de vista de la sociedad absorbente, no resultaba evidente el interés económico de la absorción, habida cuenta de que la sociedad absorbida no desarrolló actividad alguna como sociedad gestora de participaciones sociales, ni poseía participaciones financieras, por lo que, de ese modo, únicamente transmitiría pérdidas elevadas, no obstante el hecho de haberse considerado que la fusión podía entrañar un efecto positivo en términos de estructura de costes del grupo?»

2. Comentario

Según hemos señalado previamente, la fusión por absorción que da lugar al pronunciamiento que nos ocupa tenía carácter interno, afectando a entidades del mismo grupo residentes en Portugal. Esta circunstancia fue invocada por el Gobierno portugués al objeto de argumentar la incompetencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse sobre la petición de decisión prejudicial. Reiterando lo establecido en pronunciamientos anteriores, el Tribunal de Luxemburgo señala al respecto que «cuando una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en Derecho de la Unión 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 manifiesto de la Unión en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de la Unión reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse» (p. 21).

Más concretamente, el Tribunal de Justicia declara que «en el presente asunto no puede sostenerse válidamente que la interpretación de la Directiva 90/434 no tenga relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, ni que el problema sea de naturaleza hipotética, dado que la petición del tribunal remitente se dirige precisamente a poder responder a una cuestión relativa a la compatibilidad de la postura adoptada por el Secretario de Estado por lo que atañe al concepto de “motivos económicos válidos” con el mismo concepto que figura en el artículo 11, apartado 1, letra a), de dicha Directiva» (p. 27).

Debe reconocerse que, en este caso, la competencia del Tribunal de Justicia no era del todo clara, pues el artículo sexto de la Directiva de fusiones dispone expresamente que *«en la medida que los Estados miembros apliquen, cuando las operaciones a que hace referencia el artículo 1 se efectúen entre sociedades del Estado de la sociedad transmitente, disposiciones que permitan que la sociedad beneficiaria asuma las pérdidas de la sociedad transmitente aún no amortizadas desde el punto de vista fiscal, los Estados miembros ampliarán la aplicación de dichas disposiciones a la asunción, por parte de los establecimientos permanentes de la sociedad beneficiaria situados en su territorio, de las pérdidas de la sociedad transmitente aún no amortizadas desde el punto de vista fiscal»*.

De donde se extrae que la compensación de pérdidas en las operaciones de reestructuración se deja a la voluntad de los Estados miembros, sin que pueda considerarse una obligación. En efecto, según ha señalado nuestro Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 28 de septiembre de 2011 (rec. núm. 4629/2007), «la Directiva invocada afirma, de entrada, “En la medida que los Estados miembros apliquen...”, lo que significa que está concediendo a estos libertad para regular la compensación de pérdidas no amortizadas fiscalmente de la sociedad transmitente, en los supuestos de fusión, como el que ahora nos ocupa, en el modo que estimen conveniente».

No obstante, a nuestro juicio, el planteamiento del Tribunal de Luxemburgo es plenamente acertado en este caso y coherente con su jurisprudencia previa, pues hubiese carecido de sentido en términos de neutralidad manejar un concepto de motivo económico válido en el ámbito de las reestructuraciones internacionales y otro distinto, acuñado por los tribunales nacionales o la Administración de cada Estado miembro, para las operaciones de carácter doméstico.

Descartada la posible incompetencia del Tribunal, este se adentra en lo que constituye el núcleo del pronunciamiento, el significado del concepto “motivo económico válido”. Interesa advertir, a estos efectos, que los pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo han sido criticados por la doctrina, en múltiples ocasiones, poniendo en relieve las contradicciones, incongruencias y vaguedades en las que este ha venido incurriendo al abordar el concepto de abuso del derecho.

Sin embargo, resulta obligado reconocer que, en el supuesto analizado, el Tribunal concreta el concepto comunitario de abuso en mayor medida que lo había hecho en la sentencia *Leur-Bloem* (17 de julio de 1997, C-28/95), al señalar que «puede constituir un motivo económico válido una operación de fusión basada en varios objetivos, entre los que pueden también figurar consideraciones de naturaleza fiscal, a condición no obstante de que éstas últimas no sean preponderantes en el marco de la operación proyectada» (p. 35).

Como cabe observar, el Tribunal de Justicia supedita la aplicación del régimen fiscal de reestructuración a un análisis cuantitativo de los distintos beneficios económicos que puedan derivarse de la misma, sin que la existencia de cualquier beneficio económico de carácter residual, como puede ser en el caso planteado la optimización de gastos de gestión, justifique necesariamente el disfrute del régimen de neutralidad fiscal.

Determinar la aplicabilidad del régimen exige un examen global de la operación de reestructuración. Así pues, «deben tomarse en consideración los elementos mencionados por el órgano judicial remitente, a saber el hecho de que, en la fecha de la operación de fusión, la sociedad absorbida ya no ejercía ninguna actividad de gestión propia, que ya no tenía ninguna participación financiera y que la sociedad absorbente pretendía asumir las pérdidas de la sociedad absorbida que aún no habían sido amortizadas desde un punto de vista fiscal. No obstante, ninguno de estos elementos por sí solo puede considerarse decisivo. En efecto, una fusión o una reestructuración efectuada en forma de absorción de una sociedad que no ejerce actividades y que no aporta activo propio a la sociedad absorbente puede no obstante considerarse, respecto de esta última, realizada por motivos económicos válidos» (p. 38 a 40).

De igual modo, «tampoco se excluye que una fusión por absorción de una sociedad con dichas pérdidas pueda tener motivos económicos válidos en la medida en que el artículo 6 de la Directiva 90/434 hace referencia expresamente a las disposiciones legislativas que autorizan la asunción de las pérdidas de la sociedad absorbida que aún no han sido amortizadas desde un punto de vista fiscal.

Por el contrario, el hecho de que dichas pérdidas fiscales sean de un importe elevado y que su origen no esté claramente determinado puede constituir un indicio de fraude o de evasión fiscal, toda vez que la operación de fusión por absorción de una sociedad sin aportación de activo sólo tiene como objetivo obtener un beneficio puramente fiscal» (p. 41 y 42).

En virtud de lo anterior, se alcanza la conclusión de que el ahorro de costes estructurales resultantes de la reducción de gastos administrativos y de gestión no puede configurarse como un criterio absoluto que garantice, en todos los casos, la aplicación del régimen fiscal de neutralidad en las operaciones de reestructuración empresarial.

Por consiguiente, «nada se opone, en principio, a que una operación de fusión que lleve a cabo una reestructuración o una racionalización de un grupo que permita reducir los gastos administrativos y de gestión de éste pueda tener motivos económicos válidos. No obstante, ése no es el caso de una operación de absorción, como la controvertida en el litigio principal, en el que parece resultar que, habida cuenta de la amplitud de la ventaja fiscal que se pretende obtener, a saber más de 2 millones de euros, el ahorro realizado por el grupo de que se trata en términos de costes estructurales es completamente marginal» (p. 47).

En definitiva, aunque la sentencia dictada en el caso Foggia es continuista con la jurisprudencia previa en la materia, sin duda constituye un importante y decidido paso en la clarificación del concepto de “motivo económico válido”, si bien su contenido debe ser finalmente establecido, caso por caso, por los tribunales nacionales, tomando en consideración los criterios sentados a tal efecto por el Tribunal.

Por lo que se refiere a los efectos del caso Foggia en el ordenamiento español, debe recordarse que, al igual que el ordenamiento portugués, el Impuesto sobre Sociedades permite que la entidad absorbente compense las pérdidas fiscales de la sociedades absorbidas (art. 90 TRLIS), resultando perfectamente extrapolables las conclusiones del Tribunal a nuestro país. Dicho en otros términos, la existencia de motivos ajenos a los fiscales para proceder a la operación de reestructuración empresarial no será, en todo los casos, suficiente para garantizar la aplicación del régimen de neutralidad fiscal previsto en el Capítulo VIII del Título VII del TRLIS.

Así pues, a raíz de la sentencia Foggia, podrán ponerse en tela de juicio por parte de la Administración española determinadas operaciones de reestructuración que, si bien cuentan entre sus objetivos, por ejemplo, la centralización del patrimonio de los socios para evitar costes de gestión y racionalizar la explotación, evitando determinadas duplicidades, dan lugar a beneficios fiscales de mayor envergadura que los que se derivan de la reestructuración empresarial en otros ámbitos (tomando en consideración a estos últimos conjuntamente). A nuestro juicio, a la hora de realizar esta valoración, debería tomarse como referencia, en la medida en la que fuesen superiores a los realmente obtenidos, el importe de los beneficios no tributarios que pretende obtener el obligado tributario con la reestructuración, pues este dato, que puede verse modificado ulteriormente por las circunstancias del negocio, es el que realmente condicionará la operación desde una perspectiva no fiscal.

3. Fallo

El artículo 11, apartado 1, letra a), 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, en el caso de una operación de fusión entre dos sociedades de un mismo grupo, puede constituir una presunción de que dicha operación no se ha realizado por «motivos económicos válidos» en el sentido de dicha disposición, el hecho de que, en la fecha de la operación de fusión, la sociedad absorbida no ejerza ninguna actividad, no posea ninguna participación financiera y sólo transfiera a la sociedad absorbente pérdidas fiscales de importe elevado y origen indeterminado, aun cuando dicha operación tenga un efecto positivo en términos de ahorro de costes estructurales para dicho grupo. Incumbe al tribunal remitente comprobar, habida cuenta del conjunto de circunstancias que caracterizan el litigio sobre el que debe pronunciarse, si concurren en el marco de dicho litigio los elementos constitutivos de la presunción de fraude o de evasión fiscal en el sentido de dicha disposición.

