Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. NIILO JÄÄSKINEN
presentadas el 10 de julio de 2012 [1]

Asunto C-207/11

3D I Srl
contra
Agenzia delle Entrate Direzione Provinciale di Cremona

[Petición de decisión prejudicial planteada por la Commissione Tributaria Regionale di Milano, sez. distaccata di Brescia (Italia)]

«Régimen fiscal aplicable a la aportación de activos en el interior de la Unión — Directiva 78/660/CEE — Principio de neutralidad fiscal — Compatibilidad con la Directiva 90/434/CEE de una obligación contable impuesta por el Derecho nacional — Doble imposición económica — Admisibilidad de una petición de decisión prejudicial»

I. Introducción

1. El presente asunto versa sobre la interpretación 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. [2] En particular, se refiere a las disposiciones relativas al diferimiento de la tributación de las plusvalías generadas en el marco de una aportación de activos en el interior de la Unión.

2. El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas sobre la compatibilidad con la Directiva 90/434 de una disposición italiana que podría infringir el principio de neutralidad fiscal que garantiza dicha Directiva. La disposición italiana de que se trata exige que se dote una reserva en el balance de la empresa transmitente cuando atribuya a las acciones que haya recibido un valor contable superior al de los activos trasmitidos en el momento de la aportación. Sin embargo, albergo serias dudas sobre la admisibilidad de la cuestión planteada porque, a la luz del contexto fáctico y jurídico, parece ser hipotética.

1 — Lengua original: inglés.
2 — DO L 225, p. 1.

II. Marco jurídico

A. *Derecho de la Unión*

3. Los considerandos cuarto y sexto de la Directiva 90/434 establecen lo siguiente:

«Considerando que el régimen fiscal común debe evitar una imposición con ocasión de una fusión, de una escisión, de una aportación de activos o de un canje de acciones, al tiempo que salvaguarde los intereses financieros del Estado de la sociedad transmitente o dominada;

[…]

Considerando que el régimen de diferimiento, hasta su realización efectiva, de la tributación de plusvalías correspondientes a los bienes aportados, aplicado a los de dichos bienes destinados al citado establecimiento permanente, permite evitar la tributación de las plusvalías correspondientes, al tiempo que se garantiza su gravamen ulterior por parte del Estado de la sociedad transmitente en el momento de su realización».

4. El artículo 2 de la Directiva 90/434 dispone:

«A los efectos de la aplicación de la presente Directiva, se entenderá por:

[…]

c) aportación de activos: la operación por la cual una sociedad aporta, sin ser disuelta, a otra sociedad la totalidad o una o más ramas de su actividad, mediante la entrega de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria de la aportación;

[…]

e) sociedad transmitente: la sociedad que transfiere su patrimonio, activo y pasivo, o que aporta el conjunto o una o varias ramas de su actividad;

f) sociedad beneficiaria: la sociedad que recibe el patrimonio, activo y pasivo, o el conjunto o una o varias ramas de actividad de la sociedad transmitente;

[…]»

5. El artículo 4 de la Directiva 90/434 establece lo siguiente:

«1. La fusión o escisión no implicará gravamen alguno sobre las plusvalías determinadas por la diferencia entre el valor real de los elementos de activo y de pasivo transferidos y su valor fiscal.

[…]

2. Los Estados miembros subordinarán la aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 a la condición de que la sociedad beneficiaria calcule las nuevas amortizaciones y las plusvalías o minusvalías relativas a los elementos de activo y de pasivo transferidos en las mismas condiciones en que lo habrían realizado la o las sociedades transmitentes si no se hubiera llevado a cabo la fusión o la escisión.

3. Cuando, con arreglo a la legislación del Estado miembro de la sociedad transmitente, la sociedad beneficiaria pueda calcular las nuevas amortizaciones y las plusvalías o minusvalías relativas a los elementos de activo y de pasivo transferidos en condiciones distintas de las previstas en el apartado 2, el apartado 1 no se aplicará a los elementos de activo y de pasivo para los que la sociedad beneficiaria haya hecho uso de dicha facultad.»

6. De conformidad con el artículo 9 de la Directiva 90/434, los artículos 4, 5 y 6 son aplicables a las aportaciones de activos.

7. El artículo 33, apartado 2, letras a) y d), de la Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, Cuarta Directiva basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad,[3] establece:

«a) En caso de aplicación del apartado 1, el importe de las diferencias entre la valoración hecha sobre la base del método utilizado y la valoración hecha según la regla general del artículo 32, deberá reflejarse en el pasivo en la partida “Reserva de revaluación”. El tratamiento fiscal de esta partida deberá explicarse en el balance o en la Memoria.

Para la aplicación del último párrafo del apartado 1, las sociedades publicarán especialmente, en la Memoria, un cuadro que destaque, cada vez que se haya modificado la reserva durante el ejercicio:

— el importe de la reserva de revaluación al principio del ejercicio,

— las diferencias de revaluación transferidas a la reserva de revaluación durante el ejercicio,

— los importes que se hayan convertido en capital o hayan sido transferidos de otra manera de la reserva de revaluación durante el ejercicio,

— el importe de la reserva de revaluación al final del ejercicio.

[…]

d) Salvo en los casos previstos en las letras b) y c), no podrá disolverse la reserva de revaloración.»

B. *Derecho nacional*

8. El artículo 2, apartado 2, del Decreto Legislativo nº 544, de 30 de diciembre de 1992 (en lo sucesivo, «Decreto Legislativo nº 544/1992») por el que se traspone la Directiva 90/434, establece que «ninguna de las aportaciones [de actividades o ramas de actividad] mencionadas en la letra c) [del artículo 11] generará plusvalías o minusvalías de capital. No obstante, el último valor fiscal atribuido a la actividad o a la rama de actividad aportada será el valor fiscal del capital recibido. La diferencia entre el valor de las acciones recibidas y el último valor, atribuido a efectos del impuesto sobre los ingresos, de los activos aportados no computará en los ingresos imponibles de la sociedad o empresa transmitente siempre que no se hayan materializado o distribuido a los socios. Si las acciones recibidas se computan en el balance con un valor superior al valor contable de la actividad aportada, el saldo deberá anotarse en una partida específica e integrará los ingresos imponibles en caso de distribución […]».[4]

3 — DO L 222, p. 11; EE 17/01, p. 55.

4 — Procede señalar que esta disposición ya no está en vigor. Fue derogada en el marco de la reforma del régimen fiscal de sociedades italianas llevada a cabo en 2003.

9. El artículo 1 del Decreto Legislativo nº 358, de 8 de octubre de 1997 (en lo sucesivo, «Decreto Legislativo nº 358/1997»), establece:

«1. A las plusvalías generadas a raíz de una aportación de rama de actividad que se haya conservado durante un plazo no inferior a tres años, determinadas de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 54 de la versión consolidada de la Ley del Impuesto sobre los Ingresos, aprobada por Decreto del Presidente de la República nº 917, de 22 de diciembre de 1986, podrá aplicarse un impuesto, en sustitución del impuesto sobre los ingresos, a un tipo del 19 %.

[…]

2. Para que el impuesto sustitutivo sea aplicable, el interesado deberá manifestar su intención de acogerse a dicha opción en la declaración de impuestos relativa al período impositivo en el que se haya generado la plusvalía.»

10. El artículo 4, apartado 2, del Decreto Legislativo nº 358/1997 establece lo siguiente:

«En lugar de acogerse a la aplicación del apartado 1 [del artículo 4 del Decreto Legislativo nº 358/1997], las entidades mencionadas en dicho artículo podrán optar en el momento de la transmisión por que se aplique la versión consolidada de la Ley del Impuesto sobre los ingresos, aprobada mediante Decreto del Presidente de la República nº 917, de 22 de diciembre de 1986, y el artículo 1 del presente Decreto. Dicha opción también podrá ejercitarse con respecto a las aportaciones mencionadas en el artículo 1 del Decreto Legislativo nº 544, de 30 de diciembre de 1992, sobre medidas para trasponer las Directivas de la Comunidad relativas al régimen fiscal aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones.»

III. Hechos y cuestión prejudicial

11. 3D I, la sociedad transmitente, es una sociedad mercantil con domicilio social en Crema, Italia. El 12 de octubre de 2000 aportó una rama de actividad de su empresa ubicada en Italia a una sociedad residente en Luxemburgo, la sociedad beneficiaria, recibiendo como contraprestación acciones de dicha sociedad. A raíz de esta operación, la rama de actividad aportada pasó a formar parte de la sociedad luxemburguesa, como establecimiento permanente de dicha sociedad en Italia.

12. 3D I optó por asignar a sus acciones en la sociedad beneficiaria un valor superior al valor a efectos fiscales de la rama de actividad aportada.

13. El 9 de mayo de 2001, 3D I optó por pagar el impuesto sustitutivo italiano por la plusvalía generada por la operación a un tipo del 19 %, conforme a lo previsto en los artículos 1, apartado 1, y 4, apartado 2, del Decreto Legislativo nº 358/1997, en lugar de al tipo ordinario del 33 % aplicable con arreglo a la normativa fiscal italiana pertinente. En consecuencia, 3D I renunció al régimen de neutralidad fiscal previsto en el artículo 2, apartado 2, del Decreto Legislativo nº 544/1992. En virtud de esta disposición, 3D I habría quedado exenta de tributar por la plusvalía generada en el momento de la aportación, como exige el artículo 2 en relación con el artículo 4 de la Directiva 90/434. El impuesto sustitutivo abonado por 3D I a las autoridades tributarias italianas ascendió a 5.732.298.000 ITL, es decir, 2 960 484,85 euros.

14. Tras abonar dicho impuesto, podía distribuirse la plusvalía generada por la aportación. Es decir, quedaba reconocida a efectos fiscales la diferencia entre el valor fiscal de la rama de actividad aportada y el valor contable que 3D I asignó a las acciones recibidas como contraprestación.

15. 3D I alega que, tras tener conocimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular de la sentencia de 21 de noviembre de 2002, X y Y,[5] decidió solicitar el reembolso del impuesto sustitutivo abonado a las autoridades tributarias italianas el 8 de enero de 2004. 3D I aduce que el artículo 2, apartado 2, del Decreto Legislativo nº 544/1992 es contrario a la Directiva 90/434 en la medida en que supedita la neutralidad fiscal de la aportación, desde el punto de vista de la obligación de pagar un impuesto sobre las plusvalías, a requisitos no establecidos en la citada Directiva. En particular, 3D I censura la parte del artículo 2, apartado 2, del Decreto Legislativo nº 544/1992 que le habría exigido congelar las diferencias entre el valor contable de la rama de actividad aportada y de las acciones recibidas, en una reserva sujeta a tributación en el momento de su distribución.

16. En consecuencia, 3D I declaró que este requisito contable, previsto en la tercera frase del artículo 2, apartado 2, del Decreto Legislativo nº 544/1992, era ilegal. Asimismo señaló que a raíz de esta condición ilegal, había optado por el impuesto sustitutivo en lugar del régimen de neutralidad fiscal establecido en el artículo 2, apartado 2, del Decreto Legislativo nº 544/1992, de ejecución de la Directiva 90/434.

17. Esta solicitud de devolución fue denegada por silencio administrativo de la Agenzia delle Entrate en abril de 2004, tras lo cual 3D I interpuso una demanda ante la Commissione Tributaria Provinciale di Cremona (Tribunal Provincial de lo Económico-Administrativo de Cremona). En octubre de 2006, dicha demanda fue desestimada sobre la base, en particular, de que 3D I había escogido libremente el régimen del impuesto sustitutivo, y que se había beneficiado de un tipo impositivo más favorable que el tipo normal que 3D I habría tenido que abonar en caso de materialización de la plusvalía.

18. El 5 de marzo de 2011 3D I interpuso un recurso contra esta resolución ante la Commissione Tributaria Regionale di Milano. Dicho órgano jurisdiccional estimó que el artículo 2, apartado 2, del Decreto Legislativo nº 544/1992 era contrario a la Directiva 90/434 y a la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la que se establece que son ilegales las medidas que restringen la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento.

19. Ello era así porque imponía a 3D I, en calidad de sociedad transmitente, la obligación de dotar en su balance una reserva, sin lo cual la plusvalía derivada de la aportación quedaba sujeta a tributación. El órgano jurisdiccional consideró que, para evitar esta incompatibilidad manifiesta con el Derecho de la Unión Europea, los Estados miembros debían aplazar la imposición de las plusvalías hasta el momento en que éstas se realizaran, y que esta imposición aplazada no podía estar sujeta a condiciones que restringieran de forma excesiva las libertades fundamentales.

20. En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional nacional ha planteado al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Es contraria a los artículos 2, 4 y 8, apartados 1 y 2, 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, la norma de un Estado miembro, como Italia, prevista en el artículo 2, apartado 2, del Decreto Legislativo nº 544, de 30 de diciembre de 1992, en virtud de la cual una aportación o un canje de acciones da lugar a un gravamen a la sociedad aportante sobre las plusvalías de aportación correspondientes a la diferencia entre el coste inicial de adquisición de las acciones o participaciones aportadas y su valor venal, a menos que la sociedad aportante recoja en su balance un fondo de reserva específico por el valor de la plusvalía generada por la aportación, en un asunto como el que es objeto del presente procedimiento?»

5 — Asunto C-436/00, Rec. p. I-10829.

IV. Análisis

A. *Admisibilidad de la cuestión prejudicial*

21. La resolución de remisión solicita orientación sobre la interpretación de los artículos 2, 4 y 8, apartados 1 y 2, de la Directiva 90/434. No obstante, me inclino por que se declare la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial planteada por el tribunal nacional.

22. Conforme a jurisprudencia reiterada, la información que ha de proporcionarse en el marco de una resolución de remisión no sólo sirve para que el Tribunal de Justicia pueda dar respuestas útiles al órgano jurisdiccional remitente, sino que también ha de ofrecer a los Gobiernos de los Estados miembros y a las demás partes interesadas la posibilidad de presentar observaciones conforme al artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia.

23. A tal fin, en primer lugar, es necesario que el juez nacional defina el contexto fáctico y el régimen normativo en el que se inscriben las cuestiones que plantea o que, al menos, explique los hechos en los que se basan tales cuestiones. En segundo lugar, en la resolución de remisión deben figurar las razones precisas que han conducido al juez nacional a plantearse la interpretación del Derecho comunitario y a estimar necesario plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia.

24. En consecuencia, es indispensable que el juez nacional dé un mínimo de explicaciones sobre las razones de la elección de las disposiciones comunitarias cuya interpretación solicita y sobre la relación que establece entre estas disposiciones y la legislación nacional aplicable al litigio principal. [6]

25. Por otra parte, las cuestiones prejudiciales disfrutan de una presunción de pertinencia. La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas. [7]

26. Procede observar en primer lugar que mediante la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional se solicita que se interprete el artículo 8, apartados 1 y 2, de la Directiva 90/434. Sin embargo, de conformidad con el artículo 9 de dicha Directiva, el artículo 8 no es aplicable a las aportaciones de activos. En la resolución de remisión no se explica por qué el artículo 8 resulta pertinente para el objeto del litigio principal.

27. En segundo lugar, según la resolución de remisión, la sociedad transmitente tributa por la plusvalía derivada de la aportación de activos y se entiende que dicha plusvalía se corresponde con la diferencia entre el coste inicial de adquisición de las acciones transmitidas y su valor venal actual. La sociedad transmitente puede evitar el abono del impuesto sobre las plusvalías si dota en su propio balance una reserva especial por un importe igual al de las plusvalías derivadas de la aportación.

28. Sin embargo, esta exposición de la disposición nacional pertinente no se corresponde con el texto normativo. La interpretación de la legislación nacional recogida en la resolución de remisión también ha sido impugnada por el Gobierno italiano y por la Comisión.

6 — Véase la sentencia de 8 de septiembre de 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International (C-42/07, Rec. p. I-7633), apartado 40 y jurisprudencia citada.

7 — Véase, en este sentido, la sentencia de 1 de julio de 2010, Sbarigia (C-393/08, Rec. p. I-6337), apartado 20 y jurisprudencia citada.

29. De hecho, el artículo 2, apartado 2, del Decreto Legislativo nº 544/1992, única norma nacional mencionada en la cuestión prejudicial, dispone lo siguiente:

— la aportación de activos *no* constituye una materialización de plusvalías o minusvalías,

— la diferencia entre el valor de las acciones recibidas y el último valor fiscal de los activos aportados *no* constituye, antes de su realización o distribución, un ingreso imponible para la sociedad transmitente, y

— *si* las acciones se contabilizan en el balance a un valor superior al último valor contable de los activos aportados, *en tal caso* la diferencia debe anotarse en una partida contable específica y constituye un ingreso imponible *si se distribuye*.

30. En consecuencia, la disposición nacional pertinente no obliga al pago de impuestos a raíz de la aportación de activos. Según parece, 3D I no alega que la aportación de activos de que se trata haya generado, por sí misma, una obligación tributaria a su cargo. Si he entendido correctamente su argumento, optó por pagar el impuesto sustitutivo porque entendió que la legislación italiana entrañaba una obligación contable que no resultaba atractiva.

31. Conforme a una jurisprudencia reiterada, el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse, en el marco de un procedimiento prejudicial, sobre la interpretación de las disposiciones nacionales ni para juzgar si la interpretación que hace de ellas el órgano jurisdiccional remitente es correcta. [8] Al Tribunal de Justicia le incumbe, en el marco del reparto de competencias entre los tribunales de la Unión Europea y los órganos jurisdiccionales nacionales, tener en cuenta el contexto fáctico y normativo en el que se insertan las cuestiones prejudiciales, tal como lo define la resolución de remisión. [9]

32. No obstante, en el presente asunto considero que la incongruencia entre el tenor de la cuestión prejudicial, por un lado, y los textos de las disposiciones nacionales y las observaciones de las partes, por otro, hacen que la cuestión prejudicial sea de naturaleza hipotética, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico. Desde luego el Tribunal de Justicia es libre de dejar sin más en manos de la Commissione Tributaria Regionale de Milán la comprobación del carácter fundado de su interpretación inicial de la legislación nacional, [10] una vez que el Tribunal de Justicia haya respondido a las cuestiones planteadas. No obstante, puede que ello no baste para subsanar la naturaleza hipotética de la cuestión.

33. En tercer lugar, en la medida en que mediante la cuestión prejudicial se pretende obtener una orientación sobre la compatibilidad de la legislación italiana con la prohibición que establece el Derecho de la Unión de discriminar a efectos fiscales por razón de la residencia de la sociedad, procede señalar que la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional no se refiere expresamente a esta cuestión. Sin embargo, la parte de la resolución de remisión en la que se exponen las razones para plantear las cuestiones prejudiciales alude a una diferencia de trato que

8 — Véanse, a estos efectos, las sentencias de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y otros y Oliveri (C-482/01 y C-493/01, Rec. p. I-5257), apartado 42, y de 3 de octubre de 2000, Corsten, (C-58/98, Rec. p. I-7919), apartado 24.

9 — Véanse las sentencias de 25 de octubre de 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Rec. p. I-8089), apartado 10, y de 13 de noviembre de 2003, Neri (C-153/02, Rec. p. I-13555), apartado 35.

10 — Véase la sentencia Orfanopoulos y otros y Oliveri, antes citada, apartado 45.

«aparentemente» es inconstitucional. Esta manifestación se basa en que el régimen controvertido únicamente se refiere a las aportaciones intracomunitarias, con exclusión de las meramente internas. El órgano jurisdiccional nacional se basa en una serie de sentencias del Tribunal de Justicia, entre ellas la sentencia X e Y, en la que 3D I basa esencialmente sus pretensiones. [11]

34. En este punto me preocupa la insuficiente exposición del marco jurídico y, en particular, la falta de relación entre las disposiciones pertinentes del Derecho nacional y los principios jurídicos del mercado interior de la UE en materia de igualdad de trato y no discriminación. A pesar de que en la resolución de remisión se establece que 3D I estaba sujeta a un régimen que no era aplicable a aportaciones realizadas exclusivamente dentro del territorio italiano, en la vista también se debatió la correcta interpretación de la legislación nacional sobre este punto. 3D I alegó que la legislación italiana le dio un trato desfavorable en comparación con el que daba a las aportaciones de activos meramente internas, mientras que el Gobierno italiano y la Comisión invocaron una interpretación contraria de la legislación nacional y señalaron que no se daba una situación en la que las aportaciones internas de activos se tratasen de forma más favorable que las aportaciones intracomunitarias de activos (bien entendido que el principio de neutralidad con respecto a las primeras se introdujo más tarde que para las segundas). [12]

35. Es evidente que no se trata de una cuestión sobre la que pueda pronunciarse el Tribunal de Justicia. Además, en cualquier litigio en el que se invoque una vulneración de la prohibición de trato discriminatorio, el órgano jurisdiccional nacional debe facilitar al Tribunal de Justicia una descripción clara de la situación jurídica nacional. A falta de ello, el Tribunal de Justicia no puede determinar si las normas nacionales son incompatibles con el Derecho de la Unión. Esto también me suscita dudas sobre si la resolución de remisión contiene todos los elementos necesarios para que el Tribunal de Justicia pueda dar una interpretación del Derecho de la Unión en materia de prohibición de la discriminación que sea útil para el órgano jurisdiccional nacional. [13]

36. Con carácter subsidiario, en caso de que el Tribunal de Justicia declare admisible la cuestión prejudicial, considero que debería reformularse de forma que únicamente se refiera a la compatibilidad del artículo 2, apartado 2, del Decreto Legislativo nº 544/1992 con los artículos 2, 4 y 9 de la Directiva 90/434. Como ya he señalado, el artículo 8 de la Directiva 90/434 no es pertinente para el litigio principal.

B. *Ámbito y objeto de la Directiva 90/434*

37. En primer lugar, procede recordar los límites a los objetivos de la Directiva 90/434. Como han observado la Comisión y el Gobierno italiano, la Directiva 90/434 no establece un régimen de exención fiscal de las plusvalías derivadas de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones intracomunitarios. Por el contrario, su objeto es lograr la neutralidad fiscal creando un régimen común de *aplazamiento* de la tributación de plusvalías relativas a fusiones, escisiones, aportaciones de activos o canjes de acciones transfronterizas. La tributación no se producirá hasta la fecha en la que se enajenen efectivamente los activos o acciones. [14]

11 — Las otras sentencias invocadas por el tribunal nacional son las sentencias de 12 de diciembre de 2002, de Groot (C-385/00, Rec. p. I-11819); de 18 de septiembre de 2003, Bosal (C-168/01, Rec. p. I-09409); de 15 de julio de 2004, Weidert y Paulus (C-242/03, Rec. p. I-7379); de 15 de julio de 2004, Lenz (C-315/02, Rec. p. I-7063); de 7 de septiembre de 2004, Manninen (C-319/02, Rec. p. I-7477), y de 5 de noviembre de 2002, Überseering (C-208/00, Rec. p. I-9919).

12 — La evolución de la legislación italiana al respecto también fue objeto de un largo e infructuoso debate en la vista.

13 — Auto de 28 de junio de 2000, Laguillaumie (C-116/00, Rec. p. I-4979), apartado 13.

14 — Terra, B.J.M. and Wattel, P.J., *European Tax Law,* Kluwer International, 2012, p. 669.

38. La idea que subyace a la Directiva 90/434 es evitar la tributación de plusvalías latentes y de reservas (de otro modo) no imponibles por el mero hecho de que se haya producido una de las operaciones intracomunitarias del tipo establecido en la Directiva 90/434. El problema fue claramente expuesto por la Abogado General Sharpston en al asunto A.T., en el que observó lo siguiente:

«Cuando se aportan los activos de una sociedad a otra en el curso de una operación de reestructuración societaria, esa aportación puede generar un hecho imponible. La aportación constituye una enajenación a efectos de la imposición de la plusvalía y, si el valor de esos activos ha aumentado desde que quien los aporta los adquirió originalmente, puede generarse una plusvalía imponible. Algunos Estados miembros establecen una exención fiscal temporal al permitir el aplazamiento de cualquier gravamen fiscal inmediato ya que de hecho los activos no se han realizado. Sin embargo, la exención fiscal temporal no suele concederse cuando la aportación se realiza a favor de una sociedad no residente, por el temor a que el pago del impuesto se eluda totalmente, en lugar de aplazarse tan sólo.» [15]

39. El cuarto considerando de la Directiva 90/434 refleja este principio al establecer que «el régimen fiscal común debe evitar una imposición *con ocasión de una fusión*» (el subrayado es mío) mientras que el sexto considerando se refiere al «régimen de diferimiento, hasta su realización efectiva, de la tributación de plusvalías correspondientes a los bienes aportados […] al tiempo que se garantiza su gravamen ulterior por parte del Estado de la sociedad transmitente en el momento de su realización». Este principio, denominado de neutralidad fiscal, únicamente se refiere a la tributación en el momento de llevarse a cabo una fusión, escisión, aportación de activos o canje de acciones transfronterizo y a ninguna otra fase. La neutralidad fiscal se aplica a la aportación de activos de que se trata en el litigio principal, en virtud del artículo 4, en relación con el artículo 9, de la Directiva 90/434.

40. En consecuencia, es innegable que 3D I puede invocar la Directiva 90/434 para impugnar la recaudación de impuestos por parte de Italia en el momento de la materialización de una plusvalía. El derecho de los Estados miembros a exigir impuestos sobre las plusvalías realizadas queda expresamente reconocido en el sexto considerando de la Directiva 90/434. La naturaleza intracomunitaria de la operación que genera la plusvalía carece de pertinencia a efectos de los impuestos aplicables en el momento en que se enajenen los activos o, en su caso, las acciones.

41. Asimismo, los objetivos de la Directiva 90/434, y en particular de su artículo 4, están limitados de un modo que resulta pertinente para las cuestiones jurídicas suscitadas en el litigio principal. Es decir, el artículo 4 tiene principalmente por objeto el modo en el que la sociedad beneficiaria, en este caso una sociedad de Luxemburgo, valora los activos aportados. La exclusión de imposición de las plusvalías en el momento de la aportación, establecida en el artículo 4, apartado 1, está expresamente supeditada en el artículo 4, apartado 2, a que «la sociedad beneficiaria calcule las nuevas amortizaciones y las plusvalías o minusvalías relativas a los elementos de activo y de pasivo transferidos en las mismas condiciones en que lo habrían realizado la o las sociedades transmitentes si no se hubiera llevado a cabo la fusión o la escisión».

42. No obstante, la Directiva 90/434 guarda silencio sobre la valoración a efectos fiscales por el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente, en este caso Italia, de las acciones recibidas como contraprestación por la aportación de activos. En otras palabras, los Estados miembros están facultados para conceder a las sociedades transmitentes una facultad de apreciación con respecto a la valoración de las acciones recibidas que deben ser anotadas en sus cuentas pero no pueden conferir a las sociedades beneficiarias esa misma potestad, si éstas desean beneficiarse de neutralidad fiscal. Esta cuestión se regula en los artículos 4, apartado 2 y 3, de la Directiva 90/434.

15 — Conclusiones presentadas por la Abogado General Sharpston el 6 de noviembre de 2008 en el asunto en que recayó la sentencia A.T. (C-285/07, Rec. p. I-9329), punto 1.

43. La Comisión intentó en dos ocasiones que la Directiva 90/434 abordara la cuestión de la valoración de las acciones recibidas por las sociedades transmitentes con el fin de evitar la doble imposición económica de la «misma» plusvalía. Lo hizo en 1969, cuando presentó lo que mucho más tarde sería la Directiva 90/434. En esta propuesta se incluía una disposición con arreglo a la cual las acciones de la sociedad beneficiaria podían contabilizarse en el balance de la sociedad transmitente a un valor equivalente al valor real de los activos aportados sin que por ello se generara una obligación tributaria. [16] En 2003 la Comisión propuso una modificación similar de la Directiva 90/434 [17] que no se adoptó. [18]

44. En consecuencia, considero que el argumento de 3D I no es convincente pues propugna que la tributación de una eventual plusvalía a su favor esté vinculada, y se aplace, al momento en el que la sociedad beneficiaria enajene los activos aportados. Mediante la Directiva 90/434 el legislador no ha pretendido evitar la doble imposición económica en el marco de la aportación de activos ni permitir a la sociedad transmitente distribuir plusvalías no imponibles a sus accionistas.

45. En conclusión, la Directiva 90/434 impone obligaciones limitadas a los Estados miembros con respecto a las sociedades que aportan activos a una sociedad residente en otro Estado miembro y que reciben acciones como contraprestación. Es decir, tanto las sociedades transmitentes como las beneficiarias deben disponer de la posibilidad de disfrutar de neutralidad fiscal conforme establece el artículo 4, apartado 1, de la Directiva. No obstante, las obligaciones de los Estados miembros terminan aquí. Además, no existe obligación de que las sociedades transmitentes valoren las acciones recibidas de un modo en particular, dado que las propuestas formuladas al efecto fueron rechazadas, mientras que el artículo 4, apartados 2 y 3, establece normas claras al respecto para las sociedades beneficiarias.

C. *Compatibilidad del artículo 2, apartado 2, del Decreto Legislativo nº 544/1992 con la Directiva 90/434*

46. La garantía de neutralidad fiscal establecida en el artículo 4 de la Directiva 90/434 no es absoluta. Como se subraya en las observaciones escritas de la Comisión y del Gobierno italiano, está supeditada a que la operación respete la continuidad de los valores fiscales.

47. Como subrayó la Comisión en sus observaciones escritas, el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 90/434 exige este requisito a la sociedad beneficiaria por un buen motivo. Su objeto es evitar situaciones en las que la neutralidad fiscal pueda entrañar una exención de tributación sobre las plusvalías puesto que la Directiva 90/434 tiene por único fin aplazar la tributación hasta el momento de la materialización de las plusvalías. Como ya he explicado, el artículo 4, apartados 2 y 3, de la Directiva 90/434 impone a la *sociedad beneficiaria* el principio de continuidad de la valoración de los activos aportados a efectos del cálculo de nuevas amortizaciones y de las plusvalías o minusvalías relativas a los elementos de activo y de pasivo transferidos. Se trata de una condición previa a la neutralidad fiscal.

48. Sin embargo, esto no es así para las sociedades transmitentes, como 3D I, que han recibido acciones como contraprestación por un activo. Como ya he expuesto, la Directiva 90/434 no aborda la cuestión de la valoración de las acciones de la sociedad beneficiaria por parte de la sociedad transmitente a efectos fiscales y/o contables.

16 — Propuesta de Directiva del Consejo relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (DO 1969, C 39, p. 1). Véase el artículo 10, apartado 3.

17 — Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 90/434 (COM/2003/0613 final). Véase el artículo 9, apartado 2, propuesto.

18 — Véase la Directiva 2005/19/CE del Consejo de 17 de febrero de 2005 por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (DO L 58 p. 19).

49. No obstante, el principio de neutralidad fiscal establecido en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 90/434 se aplica igualmente a la sociedad transmitente. En mi opinión, se excluye la tributación de las plusvalías de la sociedad transmitente *simplemente* como consecuencia de la aportación de activos. Dicho esto, el legislador nacional conserva la facultad discrecional de decidir que la sociedad transmitente esté vinculada por el principio de continuidad con respecto a los valores contables y/o a efectos fiscales de los activos aportados y al valor que atribuya a las acciones recibidas como contraprestación, o que la sociedad pueda utilizar otros valores. La legislación italiana ha optado por esta segunda opción.

50. Como ya he señalado, 3D I optó por anotar en su contabilidad las acciones que había recibido a cambio de la aportación de su rama de actividad por un valor superior al valor a efectos fiscales de ese activo y ejercitar la opción que ofrece la legislación italiana de pagar el impuesto sustitutivo. 3D I actuó de esta manera porque contabilizar la diferencia entre el (mayor) valor atribuido a las acciones y el (menor) valor contable de la rama de actividad en su balance como reserva le resultaba menos atractivo. Esta conducta habría generado ingresos imponibles en caso de distribución.

51. Como expusieron el Gobierno italiano y la Comisión durante la vista y según admitió 3D I, la obligación establecida en la tercera frase del artículo 2, apartado 2, consistente en reflejar la diferencia de valor entre el activo aportado y las acciones recibidas en las cuentas de 3D I, es una mera consecuencia de las obligaciones contables que se desprenden forzosamente de la valoración de las acciones.

52. Asimismo, procede añadir que la obligación de dotar una reserva especial en el pasivo del balance cuando se produce una nueva valoración de un activo, se corresponde con la obligación de establecer una reserva de revaluación prevista en el artículo 33, apartado 2, letras a) y d), de la Cuarta Directiva 78/660. En otras palabras, la obligación contable establecida en la legislación italiana que 3D I pretende impugnar y que figura en la tercera frase del artículo 2, apartado 2, del Decreto Legislativo nº 544/1992 parece ser acorde a los requisitos de la Directiva 78/660.

53. Así pues, fue decisión exclusiva de 3D I valorar las acciones del modo descrito. El artículo 2, apartado 2, del Decreto Legislativo nº 544/1992 no imponía la obligación de valorar las acciones del modo en que lo hizo 3D I. Ninguna opción de valoración entrañó tampoco en sí misma la tributación de la aportación de activos. Conforme a la segunda frase del artículo 2, apartado 2, del Decreto Legislativo nº 544/1992, la tributación sólo se produce como consecuencia de la materialización o distribución de la diferencia entre los valores a efectos fiscales.

54. Como ha señalado la Comisión, la Directiva 90/434 únicamente impone al Estado miembro de la sociedad transmitente la obligación de ofrecer la opción de neutralidad fiscal para aportaciones de activos. 3D I decidió no acogerse al régimen compatible con la Directiva 90/434 ofrecido por la legislación italiana en su propio beneficio. Al hacerlo, pudo pagar el impuesto sustitutivo, a un tipo del 19 %, en lugar de al tipo del 33 % que se le habría aplicado de otro modo en el momento de la materialización o distribución [19] de la plusvalía.

55. En consecuencia, como se señaló en las observaciones escritas de la Comisión, los hechos de este asunto son claramente distintos de los que el Tribunal de Justicia tuvo en consideración en el asunto A.T., que versaba sobre un canje de acciones. En el citado asunto el efecto de la normativa alemana de que se trataba era privar a las sociedades transmitentes residentes en Alemania de la posibilidad de llevar a cabo un canje de acciones de forma fiscalmente neutra, debido a que, con arreglo a la

19 — La relación entre los conceptos de materialización de la plusvalía y su distribución a los accionistas se debatió en la vista. En mi opinión, la Directiva 90/434 no tiene por objeto evitar que los Estados miembros sometan a tributación reservas declaradas u ocultas correspondientes a la diferencia entre el valor fiscal de los activos aportados y el valor real de las acciones recibidas como contraprestación, cuando dicha reserva se distribuye a los accionistas de un modo u otro, siempre que dicha distribución sea posible con arreglo a las disposiciones aplicables en materia de Derecho societario.

normativa alemana controvertida, la sociedad transmitente únicamente podía seguir aplicando el valor contable de las acciones transmitidas a su favor si la sociedad beneficiaria de otro Estado miembro también aplicaba el valor contable a las acciones recibidas. En el asunto A.T., la sociedad beneficiaria (francesa) no valoró la participación por su valor contable, sino por su valor venal. En esas circunstancias, la neutralidad fiscal en Alemania quedaba claramente sujeta a «requisitos suplementarios» [20] de reciprocidad que no están previstos en la Directiva 90/434. Por los motivos anteriormente expuestos, el requisito contable que establecen la legislación italiana y de la Unión no es en modo alguno análogo a la normativa alemana que se debatía en el asunto A.T.

56. En el caso de autos 3D I no se ha visto obligada a elegir entre una tributación ilegal conforme al Derecho de la Unión u otra actuación menos favorable. En mi opinión, por tanto, la sociedad no puede invocar la Directiva 90/434 como base de sus pretensiones contra el Estado italiano. [21]

V. Conclusión

57. Por consiguiente, propongo al Tribunal de Justicia que declare inadmisible la petición de decisión prejudicial planteada por la Commissione Tributaria Regionale di Milano.

Con carácter subsidiario, debería responderse a la cuestión planteada en los siguientes términos:

«Los artículos 4 y 9 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, no prohíben disposiciones de Derecho nacional como la normativa italiana establecida en el artículo 2, apartado 2, del Decreto Legislativo nº 544, de 30 de diciembre de 1992.»

20 — Véase la sentencia A.T., antes citada, apartado 26.

21 — Y aunque así fuera, según la jurisprudencia, 3D I no podría solicitar la devolución de un impuesto indebidamente percibido, sino que sólo podría exigir una indemnización por daños y perjuicios en virtud de la jurisprudencia establecida en la sentencia Francovich. Véase la sentencia de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, Rec. p. I-11753), apartado 207.