

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL

SRA. JULIANE KOKOTT

presentadas el 26 de mayo de 2005¹

I. Introducción

miembros serían libres para gravar de otro modo una operación de esta clase.

II. Marco jurídico

1. Ante la Corte Suprema de Cassazione se discute la legalidad de un impuesto sobre una operación societaria que cabe denominar fusión «inversa» de dos sociedades anónimas. Una sociedad matriz, que posee el 100 % de las acciones de su filial, es absorbida por ésta. Mediante su petición de decisión prejudicial, la Corte Suprema de Cassazione desea saber si tal caso está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 69/335/CEE del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales² (en lo sucesivo, «Directiva 69/335»). En tal caso, la operación estaría sujeta únicamente al impuesto armonizado sobre las aportaciones establecidas por la Directiva. En cambio, si la Directiva no fuera aplicable a las fusiones inversas, los Estados

A. Derecho comunitario

2. Con arreglo al artículo 1 de la Directiva 69/335, los Estados miembros percibirán un impuesto armonizado sobre las aportaciones de capital a las sociedades —el impuesto sobre las aportaciones—.

3. El artículo 4 de la Directiva 69/335 determina el grupo de operaciones sujetas al impuesto del modo siguiente:

«1) Estarán sujetas al impuesto sobre las aportaciones las siguientes operaciones:

[...]

1 — Lengua original: alemán.

2 — DO L 249, p. 25; EE 09/01, p. 22; modificada por última vez mediante el Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión — Anexo II: lista contemplada en el artículo 20 del Acta de adhesión — (DO 2003, L 236, p. 555).

- c) el aumento del capital social de una sociedad de capital mediante la aportación de bienes de cualquier naturaleza; [...]»

- d) el incremento del patrimonio social de una sociedad de capital mediante la aportación de bienes de cualquier naturaleza, en contrapartida no de partes representativas del capital o del patrimonio social, sino de derechos de la misma naturaleza que los socios, tales como el derecho de voto, o de participación en beneficios o en el remanente en caso de liquidación;

4. Con arreglo al artículo 7 de la Directiva 69/335, los Estados miembros eximirán del impuesto sobre las aportaciones las operaciones que estuvieran exentas o gravadas a un tipo igual o inferior al 0,50 % el 1 de julio de 1984, en las condiciones aplicables en dicha fecha.³ La exención se aplicará, pues, a la aportación de al menos el 75 % de las participaciones de una sociedad de capital en una sociedad de capital en vías de constitución o ya existente; a cambio de esta aportación entregan, en esencia, participaciones sociales (de la matriz).

[...]

- 2) Podrán continuar siendo sometidas al derecho de aportación las operaciones siguientes, siempre que el 1 de julio de 1984 estuviesen gravadas al tipo del 1 %:

5. Por último, el artículo 10 de la Directiva 69/335 establece:

[...]

«Al margen del impuesto sobre las aportaciones los Estados miembros no percibirán, en lo que respecta a las sociedades, asocia-

- b) el incremento del patrimonio social de una sociedad de capital por medio de prestaciones efectuadas por un socio que no supongan un aumento del capital social, sino que o tengan como contrapartida una modificación de los derechos sociales o bien puedan aumentar el valor de las partes sociales;

3 — Las operaciones exentas figuran, pues, en el artículo 7, apartado 1, en la versión de las Directivas 73/79/CEE (DO L 103, p. 13; EE 09/01, p. 42) y 73/80/CEE (DO L 103, p. 15; EE 09/01, p. 44), que establecía lo siguiente:

«b) *bis*

el tipo de impuesto sobre las aportaciones podrá ser reducido en un 50 % o más cuando una sociedad de capital en vías de constitución o anteriormente existente adquiriera participaciones que representen al menos el 75 % del capital social anteriormente emitido de otra sociedad de capital [...]

Esta reducción estará subordinada a las siguientes condiciones:

— que las aportaciones sean exclusivamente remuneradas mediante la atribución de participaciones sociales [...].»

ciones o personas morales que persigan fines lucrativos, ningún impuesto, cualquiera que sea su forma:

- a) sobre las operaciones contempladas en el artículo 4;
- b) sobre las aportaciones, préstamos o prestaciones efectuadas en el ámbito de operaciones contempladas en el artículo 4;
- c) sobre la matriculación o cualquier otra formalidad previa al ejercicio de una actividad, a que las sociedades, asociaciones o personas morales que persigan fines lucrativos puedan estar sometidas por razón de su forma jurídica.»

B. *Derecho italiano*

6. Según las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente, en el litigio principal se aplica, desde una perspectiva temporal, el artículo 4, apartado 1, letra b), de la parte primera de la tarifa adjunta al Decreto del Presidente de la República n° 131, de 26 de abril de 1986, en la versión anterior a la modificación introducida mediante el artículo 10 del Decreto-ley n° 323, de 20 de junio de 1996 (convalidado mediante la Ley n° 425, de 8 de agosto de 1996).

7. Según la citada normativa, la fusión de sociedades de cualquier clase estaba sujeta a un impuesto sobre las aportaciones del 1 % del patrimonio de la sociedad fusionada o absorbida. A tal respecto, la base imponible se determina –al igual que los aspectos de Derecho privado de una fusión de sociedades– de los artículos 2501 y siguientes del Codice Civile, cuyo contenido exacto carece de pertinencia en el presente procedimiento.

III. Hechos, procedimiento y cuestión prejudicial

8. Aro Tubi Trafilerie SpA, demandante en el procedimiento principal (en lo sucesivo, «Aro Tubi»), es una sociedad anónima italiana. Aro Tubi era filial al 100 % de Fratelli Gaggini SpA (en lo sucesivo, «Fratelli Gaggini»). Por su parte, Aro Tubi tenía a su vez una participación del 100 % en el capital de Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA. Mediante escritura notarial de 19 de diciembre de 1995, Aro Tubi absorbió tanto a su matriz Fratelli Gaggini como a su filial, Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA. Las acciones de la sociedad absorbida Fratelli Gaggini fueron amortizadas; sus accionistas recibieron en contraprestación las participaciones en la sociedad absorbente Aro Tubi, cuya titularidad correspondía anteriormente a su matriz Fratelli Gaggini. En definitiva, las personas físicas que participaban originariamente en el capital de Aro Tubi de forma indirecta a través de Fratelli Gaggini adquirieron una

participación directa en el capital de Aro Tubi a resultas de la fusión «inversa», dado que la sociedad interpuesta se extinguió.

sociedad absorbida a resultas de la absorción de una sociedad por otra sociedad cuyas participaciones se hallaban anteriormente en su totalidad en manos de la sociedad absorbida es compatible con lo dispuesto en la Directiva 69/335.

9. Con motivo de la inscripción de esta fusión en el registro público, se giró a Aro Tubi una liquidación del impuesto de transmisiones por importe del 1 % del patrimonio de las sociedades absorbidas Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA y Fratelli Gaggini.

12. Han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia la demandante del procedimiento principal, el Gobierno italiano y la Comisión.

10. Tras el pago de este impuesto, Aro Tubi solicitó la devolución del importe ingresado, pues estimaba que tal impuesto era incompatible con la Directiva 69/335. Contra la desestimación presunta de esta solicitud interpuso con éxito un recurso ante la Commissione Tributaria Provinciale di Milano, cuya resolución fue revocada por la Commissione Tributaria Regionale della Lombardia, que acogió el recurso interpuesto por la Administración Tributaria del Estado.

IV. Alegaciones de las partes

13. El Gobierno italiano invoca en esencia la sentencia AGAS.⁵ De dicha sentencia se infiere a su juicio que una fusión de dos sociedades no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 69/335 si una filial cuyas participaciones posee en su totalidad su matriz es absorbida por ésta (la denominada fusión «impropia»).

11. Mediante resolución de 6 de noviembre de 2003, la Corte Suprema di Cassazione planteó, según se infiere de su sentido,⁴ una cuestión prejudicial en el sentido de si la percepción del impuesto de transmisiones fijado en un 1 % del patrimonio de la

14. El caso de una fusión «inversa» aquí controvertido —es decir, de absorción de la matriz por la filial— no debe, a su juicio, apreciarse de forma distinta al de una fusión «inversa» y tampoco está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva. Ade-

4 — Esta resolución no contiene una cuestión formulada expresamente como tal.

5 — Sentencia de 27 de octubre de 1998 (C-152/97, Rec. p. I-6553).

más, a juicio del Gobierno italiano, teniendo en cuenta todas las circunstancias, la absorción tampoco da lugar a un refuerzo del potencial económico de la sociedad, elemento que el Tribunal de Justicia consideró esencial para la aplicación de la Directiva 69/335.

15. En cambio, Aro Tubi sostiene que la percepción de un impuesto de transmisiones en el presente asunto no es compatible con la Directiva 69/335. Las apreciaciones de la sentencia AGAS⁶ no pueden extrapolarse al presente asunto, dado que una fusión «inversa», a la vista de las diferencias económicas y jurídicas, debe ser objeto de un tratamiento diferente al de una fusión «impropia».

16. Una fusión «inversa» da lugar a un refuerzo del potencial económico de la filial, dado que ésta adquiere el patrimonio social de la matriz. En consecuencia, la Directiva 69/335 es aplicable y Aro Tubi tiene derecho a la exención establecida en el artículo 7 de la Directiva 69/335.

17. Por último, la Comisión mantiene una posición intermedia. En su opinión, una fusión «inversa» se equipara a una fusión «impropia» y sólo queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 69/335 si no da lugar a un refuerzo del potencial económico

de la sociedad absorbente. Ello sucede únicamente, según la Comisión, cuando la sociedad absorbida, aparte de la participación en la sociedad absorbente, no posee ninguna otra participación, como ocurre en el procedimiento principal.

18. En cambio, si la sociedad absorbida posee participaciones en otras sociedades, el potencial económico de la sociedad absorbente se incrementa a resultas de la absorción y no se cumple el supuesto excepcional al que se refiere la jurisprudencia «AGAS»,⁷ criticable en cualquier caso. Por consiguiente, en tales circunstancias la Directiva 69/335 es aplicable.

V. Apreciación jurídica

19. El órgano jurisdiccional remitente desea saber en esencia si las disposiciones de la Directiva 69/335 se oponen a la recaudación del impuesto de transmisiones en el caso de una fusión «inversa», en la que la sociedad absorbida posee la totalidad de las participaciones de la sociedad absorbente.

6 — Citada en la nota 5.

7 — Sentencia AGAS, citada en la nota 5.

A. Sobre los requisitos de aplicación de la Directiva 69/335

20. Hasta la fecha, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha formulado criterios inequívocos sobre los requisitos de aplicación de la Directiva 69/335. En la sentencia *Bautiaa y Société française maritime*⁸ declaró a este respecto:

«A fin de calificar la tasa controvertida a la luz de la Directiva 69/335 y de apreciar su compatibilidad con esta última, en particular en lo que respecta a los tipos de gravamen aplicables, es necesario, en primer lugar, examinar si unas operaciones como las que dieron lugar, en los dos litigios principales, al cobro del impuesto sobre las aportaciones de capital est  n comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 69/335 y calificarlas con arreglo a esta última.»

21. De igual modo, el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia AGAS:⁹

«De lo anterior se deduce que, para estar comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, la operación contemplada debe poder incluirse en alguno de los supuestos descritos en su artículo 4, al que se remiten las letras a) y b) del artículo 10 de la Directiva».

22. Así pues, para la aplicación de las disposiciones de la Directiva 69/335 ha de observarse el orden siguiente. El punto de partida es la prohibición, establecida en el artículo 10, de percibir impuestos distintos del impuesto armonizado sobre las aportaciones. Ahora bien, esta prohibición se aplica, con arreglo a las letras a) y b) de esta disposición, únicamente a los impuestos sobre las operaciones enumeradas en el artículo 4 de la Directiva.

23. En consecuencia, ha de examinarse en primer lugar si una operación puede quedar comprendida en uno de los supuestos establecidos en el artículo 4 y, de este modo, resulta aplicable la Directiva y, en particular, la prohibición establecida en el artículo 10. Sólo cuando tal sea el caso podrá comprobarse, conforme a las demás disposiciones de la Directiva, si tal operación está en su caso exenta de tributación en concepto de impuesto armonizado sobre las aportaciones.¹⁰

24. Del mero hecho de que se cumplan los requisitos para la exención del impuesto sobre las aportaciones establecidos en el artículo 7, apartado 1, letra b) de la Directiva 69/335 no puede inferirse —a diferencia de lo que manifestamente sostiene la demandante en el procedimiento principal— que no pueda percibirse ningún impuesto sobre una operación como la fusión «inversa» controvertida. En primer lugar es necesario que sea aplicable la Directiva, cuestión que ha de

8 — Sentencia de 13 de febrero de 1996 (asuntos acumulados C-197/94 y C-252/94, Rec. p. I-505), apartado 31.

9 — Citada en la nota 5, apartado 21.

10 — En relación con este orden de examen, véanse las conclusiones del Abogado General Cosmas presentadas el 25 de junio de 1998 en el asunto AGAS (sentencia citada en la nota 5 Rec. p. I-6555), punto 43.

examinarse solamente con arreglo al artículo 10 en relación con el artículo 4. Si una operación no está comprendida en la Directiva, ésta no se opone a que se perciban otros impuestos no armonizados sobre esta operación. En consecuencia, tampoco se aplica en ese caso la exención prevista en el artículo 7.

B. Sobre el ámbito de aplicación de la Directiva 69/335

25. La prohibición establecida en el artículo 10, letras a) y b), presupone que la operación controvertida esté comprendida en una de las dos variantes de supuestos del artículo 4.

1. Artículo 4, apartado 1, letra c), de la Directiva 69/335

26. En primer lugar, los hechos del procedimiento principal podrían estar comprendidos en el artículo 4, apartado 1, letra c), de la Directiva 69/335.

a) Existencia de un aumento de capital

27. Según la citada disposición, la fusión «inversa» debería dar lugar a un aumento del

capital de la sociedad absorbente mediante una aportación. Un aumento del capital suscrito presupone normalmente que o bien se emitan nuevas acciones o bien se incremente el valor nominal de las acciones ya emitidas.¹¹ Sin embargo, en la cláusula 1 c) del convenio de fusión presentado por Aro Tubi se estipula expresamente que no se produce un aumento del capital de la sociedad absorbente (Aro Tubi) en este sentido. Las partes del procedimiento principal no discuten sobre este extremo.

28. A la vista del tenor literal de la disposición, tampoco puede prescindirse de la exigencia de un aumento de capital, tal como propone Aro Tubi. Sin embargo, los hechos controvertidos podrían subsumirse en el artículo 4, apartado 1, letra c), de la Directiva 69/335 si se diera una interpretación amplia al concepto de aumento de capital. En el presente asunto, la participación en el capital de Fratelli Gaggini se transformó en una participación en el capital de Aro Tubi. Las acciones en el capital de Aro Tubi, que anteriormente se hallaban en manos de Fratelli Gaggini, se transmitieron a los socios de Fratelli Gaggini. Resulta dudoso que la transmisión de las participaciones a Aro Tubi pueda equipararse a la emisión de nuevas acciones y, de este modo, pueda calificarse de aumento de capital en sentido amplio.

11 — Véase a este respecto, a diferencia de la opinión mayoritaria, por ejemplo, *Académie des sciences commerciales* (ed.), *Dictionnaire commercial*, 1987, entradas «capital» y «capital social»; Gabler *Wirtschafts-Lexikon* (o. V.), 12ª ed., 1988, entradas «Kapital» y «Kapitalerhöhung».

29. Sin embargo, ha de rechazarse esta interpretación amplia del concepto de aumento de capital. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los supuestos recogidos en el artículo 4 de la Directiva 69/335 son autónomos en el marco del Derecho comunitario, es decir, deben interpretarse de manera objetiva y uniforme para todos los Estados miembros y sin hacer referencia a eventuales particularidades de los diferentes Derechos y regímenes fiscales nacionales.¹² Sin embargo, la interpretación autónoma en el marco del Derecho comunitario del concepto de aumento de capital no puede prescindir por completo del significado natural de un concepto.

30. Los conceptos de capital de una sociedad de capital y de aumento de capital no son términos únicamente jurídicos (jurídico-comunitarios), sino también términos económicos que tienen un significado preciso en la teoría general de la empresa, que transciende a las diferencias nacionales o lingüísticas. En efecto, los fondos propios de una sociedad de capital corresponden a la suma del valor nominal de las participaciones sociales, y un aumento de capital —cualquiera que sea su forma— presupone, pues, un aumento del valor nominal o del número de participaciones sociales.¹³ Sería sorprendente que el legislador comunitario hubiese querido atribuir al concepto de aumento de capital utilizado en la Directiva un significado distinto del que responde a la terminología económica firmemente establecida.

31. En consecuencia, la interpretación del concepto de aumento de capital no puede dar lugar a que se incluya en ella la mera transformación de una participación indirecta en una participación directa mediante la absorción de la sociedad intermedia (Fratelli Gaggini), ya que, en este caso las participaciones sociales han pasado de la sociedad intermedia a los socios que están tras ella sin que se hayan modificado su número ni su valor nominal.

32. A este respecto carece de importancia que las acciones de Aro Tubi que en un principio estuvieron en manos de Fratelli Gaggini pasaran en un primer momento a la propia Aro Tubi y posteriormente fueran adquiridas por los primitivos accionistas o que fueran atribuidas directamente por Aro Tubi sin una adquisición intermedia por Aro Tubi. En ninguno de los casos cambia el número ni el valor de las acciones.

33. No se opone a la interpretación del concepto de capital aquí defendida el hecho de que en su jurisprudencia anterior, el Tribunal de Justicia haya considerado la fusión de dos sociedades de capital como un aumento de capital en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra c), de la Directiva 69/335.¹⁴ En efecto, el asunto en el que el Tribunal de Justicia se pronunció en ese sentido se caracterizaba por un aumento del capital nominal de la sociedad absorbente

12 — Sentencias *Société Bautiaa y Société française maritime*, citada en la nota 8, apartado 32; sentencia *AGAS*, citada en la nota 5, apartado 21; véase también la sentencia de 15 de julio de 1982, *Felicitas Rickmers-Linie* (270/81, Rec. p. 2771), apartado 14.

13 — Véanse las referencias citadas en la nota 10.

14 — Sentencia *Bautiaa y Société française maritime*, citada en la nota 8, apartado 38.

mediante la emisión de acciones *nuevas*,¹⁵ lo cual no se da en el presente asunto.

b) Refuerzo del potencial económico

34. Aunque se equiparase la mera transmisión de las acciones de Aro Tubi –en contra de observaciones que preceden– a un aumento de capital en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra c), de la Directiva 69/335, esta operación debería haber producido en cualquier caso un refuerzo del potencial económico de Aro Tubi. Éste es, en efecto, como ha subrayado el Tribunal de Justicia en reiterada jurisprudencia,¹⁶ el criterio determinante para que una operación pueda considerarse concentración de capitales y, de este modo, pueda estar sujeta al impuesto sobre las aportaciones.

35. El elemento característico no escrito del incremento del potencial económico lo infiere el Tribunal de Justicia¹⁷ del segundo considerando de la Directiva 74/553/CEE,¹⁸ que establece que los principios en que se

basa el impuesto armonizado sobre las aportaciones «tienden a someter a dicho impuesto sólo las operaciones que son expresión jurídica de una concentración de capitales y ello en la medida en que tales operaciones contribuyan al refuerzo del potencial económico de la sociedad».

36. La exigencia del refuerzo del potencial económico está además relacionada con el objetivo de la Directiva 69/335 de fomentar la libre circulación de capitales entre los Estados miembros armonizando los diversos impuestos nacionales que gravan las operaciones de concentración de capitales. En las operaciones que, según lo anterior, la Directiva pretende abarcar debe existir, pues, un movimiento de capitales que se traduzca para la sociedad beneficiada en un incremento de su capital.

37. En cambio, no es un objetivo de la Directiva 69/335 facilitar la mera reestructuración o reagrupación de sociedades de capital ya constituidas –es decir, de concentraciones de capital ya existentes–.¹⁹ Lo confirma igualmente el hecho de que la mera transformación de una sociedad de capital esté expresamente excluida del ámbito de aplicación de la Directiva con arreglo al artículo 4, apartado 3, letra a). Si bien puede redundar en interés de los operadores económicos someter a las meno-

15 — Véanse las conclusiones presentadas por el Abogado General Cosmas en el asunto *Bautiaa y Société française maritime*, citadas en la nota 10, punto 1.

16 — Véanse, entre otras, la sentencia *Felicitas Rickmers-Linie*, citada en la nota 12, apartado 16, y las sentencias de 5 de febrero de 1991, *Trave-Schiffahrtsgesellschaft* (C-249/89, Rec. p. I-257), apartado 13; de 5 de febrero de 1991, *Deltakabel* (C-15/89, Rec. p. 241), apartados 13 y ss., y la sentencia *Société Bautiaa y Société française maritime*, citada en la nota 8, apartado 36.

17 — Sentencia *Deltakabel*, citada en la nota 16, apartado 13.

18 — Directiva del Consejo, de 7 de noviembre de 1974, de modificación del apartado 2 del artículo 5 de la Directiva 69/335/CEE relativa a los impuestos indirectos que gravan las concentraciones de capitales, (DO L 303, p. 9; EE 09/01, p. 46).

19 — Ahora bien, el derecho a constituir filiales y, posiblemente, a reabsorberlas podría estar garantizado por la libertad de establecimiento en el sentido del artículo 43 CE. Esta garantía, conjuntamente con una prohibición nacional de discriminación de los nacionales, podría ser relevante para los hechos del presente asunto. Sin embargo, el órgano jurisdiccional remitente ha solicitado únicamente en su resolución de remisión una interpretación de la Directiva 69/335.

res restricciones posibles las modificaciones societarias producidas en el seno de sociedades de capital vinculadas por participaciones recíprocas, tales operaciones sólo quedan comprendidas en las normas comunitarias relativas al impuesto armonizado sobre las aportaciones si no consisten solamente en una transformación del capital ya concentrado, sino que, además, llevan consigo una (nueva) concentración de capitales.

38. A primera vista, en el presente caso de fusión «inversa» podría afirmarse que se produce un refuerzo del potencial económico de Aro Tubi, porque al patrimonio de la sociedad absorbente Aro Tubi se ha añadido el patrimonio de la sociedad absorbida Fratelli Gaggini, que constituía antes una masa patrimonial jurídicamente separada. Sin embargo, este punto de vista, que se basa únicamente en la situación patrimonial de la sociedad absorbente, se quedaría demasiado corto.

39. En efecto, en la sentencia AGAS²⁰ el Tribunal de Justicia señaló que el caso de la fusión «impropia» no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 69/335, pues tal fusión no responde a ninguno de los supuestos del artículo 4 de la Directiva. Tal como la Comisión y el Gobierno italiano sostienen acertadamente, ello sólo puede entenderse en el sentido de que el criterio decisivo para determinar si existe un refuerzo del potencial económico es examinar la situación de las sociedades participantes *en su conjunto* antes y después de la operación.

40. En efecto, sólo de este modo puede averiguarse si tal supuesto constituye una operación de concentración de capitales y, por tanto, una operación protegida por la Directiva 69/335. En consecuencia, en el presente asunto no se tendrían en cuenta las particularidades de una fusión «inversa» si se diera una respuesta afirmativa a la cuestión de si se produce un refuerzo del potencial económico de Aro Tubi únicamente porque se haya incorporado a esta sociedad el patrimonio de su anterior matriz.

41. Por el contrario, debe tenerse en cuenta que considerado en su totalidad, el patrimonio de las sociedades Aro Tubi y Fratelli Gaggini, que ya estaba con anterioridad vinculado mediante una participación del 100 %, permaneció inalterado a resultas de la escritura de fusión y desde entonces ya no está repartido entre dos sociedades jurídicamente independientes, sino que su titularidad corresponde a una sola persona jurídica. Tal situación es, desde el punto de vista relevante en el presente asunto, idéntica a la de una fusión «impropia» como la que se daba en el asunto AGAS.

42. Ello resulta particularmente claro si se tiene en cuenta la situación de los accionistas, que son los verdaderos inversores que se hallan tras las sociedades. Desde su perspectiva, la fusión «inversa» no dio lugar ni a un refuerzo del potencial económico de las sociedades ni, en general, a una concentración de capitales: antes de la fusión eran accionistas de Fratelli Gaggini. Ahora bien, sus acciones no representaban únicamente el valor empresarial de estas sociedades, sino también y al mismo tiempo el valor de Aro

20 — Citada en la nota 5.

Tubi, que, en su condición de filial al 100 % de Fratelli Gaggini, formaba parte del patrimonio social de ésta. Tras la fusión, los accionistas recibieron, en lugar de las acciones ya inválidas de Fratelli Gaggini, participaciones en el capital de Aro Tubi. Sin embargo estas participaciones representaban a su vez –al igual que las acciones antiguas– únicamente el valor de la masa patrimonial agregada de ambas sociedades. Aunque, tras la operación, la titularidad de las acciones corresponde desde un punto de vista formal a otra sociedad, incorporan el mismo potencial económico que los títulos que poseían anteriormente los accionistas.

de la Directiva 69/335. Según esta disposición, el incremento del patrimonio social de una sociedad de capital mediante la aportación de bienes de cualquier naturaleza, en contrapartida no de partes representativas del capital o del patrimonio social, sino de otros derechos, como el derecho de voto o la participación en beneficios, está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva. Por «patrimonio social» ha de entenderse, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, letra c), no el capital suscrito, sino «todos los bienes que los socios han puesto en común [en la sociedad], con sus incrementos».²¹

43. Aunque pueda ser de todo punto cierto –como alega la demandante del procedimiento principal– que la operación de fusión no es un acto estrictamente formal, al modo de un acto «técnico-registral», sino que puede revestir un determinado significado económico, sí resulta claro que no se ha producido un refuerzo del potencial económico de las sociedades participantes como consecuencia de una concentración de capitales. En consecuencia, tampoco se cumple el supuesto del artículo 4, apartado 1, letra c), de la Directiva 69/335 en caso de fusión «inversa».

45. Sin embargo, la operación de fusión inversa no puede subsumirse en el artículo 4, apartado 1, letra d), por el mero hecho de que el supuesto de esta disposición ha de completarse igualmente con el criterio no escrito del refuerzo del potencial económico, refuerzo que –como ya se ha señalado– no existe.

2. Artículo 4, apartado 1, letra d), de la Directiva 69/335

46. Ahora bien, prescindiendo por completo de todo lo anterior, tampoco concurren los elementos expresamente mencionados en el artículo 4, apartado 1, letra d). Ciertamente, cabría considerar que el patrimonio social de Aro Tubi aumentó a resultas de la absorción del patrimonio de Fratelli Gaggini. En efecto, de la escritura de fusión se desprende que, antes de su absorción, Fratelli Gaggini poseía

44. A continuación, ha de examinarse la aplicación del artículo 4, apartado 1, letra d),

21 — Sentencia de 28 de marzo de 1990, Siegen (C-38/88, Rec. p. I-1447), apartado 12.

aparentemente, además de las participaciones en Aro Tubi, otras posiciones patrimoniales de valor no desdeñable, como derechos en bienes muebles e inmuebles. Antes de la fusión de ambas sociedades la titularidad de estos bienes correspondía únicamente a Fratelli Gaggini. Aro Tubi no adquirió hasta la absorción de su matriz el poder de disposición jurídico-económico sobre estos bienes. En consecuencia, hay razones para considerar que la transmisión de estos bienes como consecuencia de la fusión constituye un aumento del patrimonio social de Aro Tubi.

socio. Un ejemplo de ello son los bonos de disfrute,²² que conceden únicamente un derecho a participar en los beneficios de una sociedad. Si se emiten acciones como contrapartida de una aportación, queda excluida la aplicación del artículo 4, apartado 1, letra d). Este caso está comprendido únicamente por el artículo 4, apartado 1, letra c).

3. Artículo 4, apartado 2, letra b), de la Directiva 69/335

47. Sin embargo, el artículo 4, apartado 1, letra d), no permite considerar que el incremento del patrimonio social baste por sí mismo para que se dé el supuesto recogido en el mismo. Dicha disposición exige además que a cambio de las aportaciones que dan lugar al incremento patrimonial se concedan derechos sociales —y no derechos sociales que incorporan partes representativas del capital o del patrimonio social—.

49. Por último, ha de examinarse si el artículo 4, apartado 2, letra b), de la Directiva 69/335 puede ser aplicable en el presente asunto. Ello exige en primer lugar, a la vista del tenor expreso de esta disposición, un aumento del patrimonio social sin que aumente al mismo tiempo el capital de la sociedad, lo cual, a la vista de lo antes expuesto,²³ puede afirmarse sin duda alguna en el presente asunto.

48. Las acciones en el capital de Fratelli Gaggini podrían considerarse aportación en el sentido más amplio. Como contraprestación por la entrega de estas participaciones, los accionistas de Fratelli Gaggini recibieron acciones de Aro Tubi. Ahora bien, las acciones constituyen justamente el supuesto principal de derechos sociales que incorporan partes representativas del capital de la sociedad. En cambio, las acciones no son «derechos sociales» en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra d). En efecto, lo propio de los derechos societarios es que no incorporan partes representativas del capital, sino únicamente derechos individuales de un

50. A continuación, este aumento del patrimonio social debe haberse producido mediante prestaciones de un socio. Podría verse tal prestación en el hecho de que los accionistas de Fratelli Gaggini renunciaron a sus participaciones en esta sociedad en favor de Aro Tubi. Sin embargo, los accionistas de Fratelli Gaggini no eran, en el momento de la

22 — Véase la sentencia de 17 de octubre de 2002, *Solida y Tech* (C-138/00, Rec. p. I-8905), apartado 28.

23 — Véase el punto 46.

fusión de ambas sociedades, accionistas de la sociedad beneficiaria Aro Tubi, sino socios de su matriz.

tación del socio tenga como contrapartida una modificación de los derechos sociales o bien pueda aumentar el valor de las participaciones sociales.

51. Así pues, los requisitos del artículo 4, apartado 2, letra b), se cumplirían únicamente en el caso de una interpretación extensiva del concepto de prestación de un socio, es decir, si también estuviera incluida la prestación de un partícipe indirecto, a saber, del socio de un socio.

52. Parece de todo punto plausible una interpretación extensiva del concepto en tal sentido. En su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia ha declarado en asuntos similares que para responder a la cuestión de si una operación sujeta al supuesto del artículo 4, apartado 2, letra b), es preciso adoptar un enfoque económico y no un enfoque formal basado únicamente en la procedencia de las aportaciones.²⁴

53. Ahora bien, aunque en el marco de tal interpretación económica del elemento de la prestación de un socio se llegase a la conclusión de que la aportación de Fratelli Gaggini al capital de Aro Tubi debiera considerarse prestación de un socio en favor de Aro Tubi, ello no bastaría todavía para la aplicación del artículo 4, apartado 2, letra b). Esta disposición exige además que la pres-

54. A tal respecto, es patente que no concurre la primera de estas alternativas, a saber una modificación de los derechos sociales, ya que las acciones de Aro Tubi permanecieron inalteradas en su número y valor nominal.

55. Tampoco se incrementó el valor de las participaciones sociales en el sentido de la segunda alternativa. Ciertamente, cabría argumentar que Aro Tubi incrementó su valor patrimonial con la absorción de Fratelli Gaggini y que el valor (real) de las acciones de Aro Tubi se incrementó a resultas de esta obtención de elementos patrimoniales.

56. Sin embargo, este punto de vista no resultaría acorde con la interpretación económica antes mencionada del artículo 4, apartado 2, letra b). En efecto, si basta la prestación de un socio indirecto, de la concepción sinalagmática de la norma se sigue que el incremento de valor de las participaciones sociales debe producirse igualmente en favor de este socio indirecto.

57. Así pues, no ha de compararse el valor (real) de las acciones de Aro Tubi antes y después de la fusión, sino el valor (real) de las acciones que poseían los accionistas de Fratelli Gaggini antes de la absorción con el

²⁴ — Sentencia de 13 de octubre de 1992, Weber Haus (C-49/91, Rec. p. I-5207), apartado 11, y de 17 de octubre de 2002, ESTAG (C-339/99, Rec. p. I-8837), apartado 37.

valor de las acciones de Aro Tubi que les fueron posteriormente atribuidas. Ahora bien, estos valores no se diferencian en modo alguno, dado que el valor agregado de Aro Tubi y de Fratelli Gaggini antes de la absorción, que estaba en su totalidad representado por las acciones de Fratelli Gaggini, es idéntico al valor de la «nueva» Aro Tubi, representado por sus acciones. En conclusión, el valor de la cartera de los accionistas no se ha visto modificado por la operación.

58. En consecuencia, no se cumplen los requisitos para la aplicación del artículo 4, apartado 2, letra b), ni siquiera dando una interpretación económica al concepto de prestación del socio. Máxime cuando se exige también para este supuesto el requisito —no escrito— de un aumento del potencial económico de las sociedades.

59. Los demás supuestos del artículo 4 de la Directiva 69/335 carecen de pertenencia. Tampoco procede subsumir el caso del procedimiento principal en el artículo 10, letra c), de la Directiva 69/335.

60. Así pues no existe, en conclusión, ninguna disposición en cuya virtud resulte aplicable la Directiva 69/335. Las disposiciones de esta Directiva no prohíben, pues, que un Estado perciba un impuesto de transmisiones en el caso de una fusión «inversa» como en el procedimiento principal.

VI. Conclusión

61. A la vista de todo lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión de la Corte Suprema di Cassazione del modo siguiente:

La Directiva 69/335/CEE del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, no se opone a la percepción de un impuesto de transmisiones fijado en un 1 % del patrimonio de la sociedad absorbida que se recauda, en las condiciones del procedimiento principal, con ocasión de la absorción de una sociedad por otra sociedad cuyas participaciones se hallaban anteriormente en su totalidad en poder de la sociedad absorbida (fusión inversa).