

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta)

de 10 de noviembre de 2011 \*

En el asunto C-126/10,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Supremo Tribunal Administrativo (Portugal), mediante resolución de 3 de febrero de 2010, recibida en el Tribunal de Justicia el 10 de marzo de 2010, en el procedimiento entre

**Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais SA**

y

**Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais,**

con intervención de:

**Ministério Público,**

\* Lengua de procedimiento: portugués.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

integrado por el Sr. M. Safjan, Presidente de Sala, y el Sr. J.-J. Kasel (Ponente) y la Sra. M. Berger, Jueces;

Abogado General: Sr. J. Mazák;  
Secretaria: Sra. M. Ferreira, administradora principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 14 de julio de 2011;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais SA, por el Sr. F. Castro Silva, abogado;
- en nombre del Gobierno portugués, por los Sres. L. Inez Fernandes y J. Menezes Leitão, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno español, por el Sr. M. Muñoz Pérez, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno neerlandés, por las Sras. C. Wissels y M. de Ree, en calidad de agentes;

— en nombre del Gobierno del Reino Unido, por la Sra. F. Penlington, en calidad de agente;

— en nombre de la Comisión Europea, por el Sr. R. Lyal y la Sra. M. Afonso, en calidad de agentes;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

### **Sentencia**

- 1 La presente petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del 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 (DO L 225, p. 1).
- 2 Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais SA (en lo sucesivo, «Foggia – SGPS») y el Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais (Secretario de Estado de asuntos fiscales; en lo sucesivo, «Secretário de Estado») en relación con la negativa de este último a autorizar que se

lleve a cabo una transferencia de pérdidas fiscales como consecuencia de una operación de fusión de empresas que forman parte del mismo grupo.

## **Marco jurídico**

### *Derecho de la Unión*

- 3 Con arreglo al noveno considerando de la Directiva 90/434, «conviene prever la facultad de los Estados miembros de rechazar el beneficio de la aplicación de la presente Directiva cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones tenga como objetivo el fraude o la evasión fiscal [...]».
  
- 4 El artículo 6 de la Directiva 90/434, que figura en su título II, relativo a las normas aplicables a las fusiones, escisiones y canjes de acciones, establece:

«En la medida en 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.»

- 5 El artículo 11 de la Directiva 90/434, incluido en el título V de ésta, que lleva por título «Disposiciones generales», establece, en su apartado 1:

«Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los títulos II, III y IV o a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones:

- a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que una de las operaciones contempladas en el artículo 1 no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal;

[...]»

#### *Normativa nacional*

- 6 El Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (código del impuesto sobre sociedades; en lo sucesivo, «CIRC»), en su versión aplicable al litigio principal, incluye un artículo 67, relativo a la posibilidad de transferir las pérdidas fiscales, cuyos apartados 6, 7 y 10 son del siguiente tenor:

«6. A efectos de la aplicación de los artículos 68 y 70 [del CIRC], en la parte relativa a las fusiones y escisiones de sociedades de diferentes Estados miembros de la Unión Europea, el término “sociedad” tendrá el sentido indicado en el anexo de la Directiva 90/434.

7. El régimen especial que establece la presente subsección se aplicará a las operaciones de fusión y de escisión de sociedades y de aportación de activos, tal como se definen en los apartados 1 a 3, en las que intervienen:

- a) sociedades con domicilio social o con dirección efectiva en territorio portugués, sujetas al impuesto sobre sociedades y no exentas, cuyo beneficio imponible no se determina por el régimen simplificado;
- b) una o varias sociedades de otros Estados miembros de la Unión Europea, siempre que todas las sociedades cumplan los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Directiva 90/434;

[...]

10. El régimen especial que se establece no se aplica ni en todo ni en parte cuando las operaciones comprendidas en el ámbito de dicho régimen tienen como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales la evasión fiscal, lo que puede considerarse acreditado, en particular, cuando los ingresos de las sociedades de que se trata no están sujetos en su totalidad al mismo régimen de impuesto de sociedades o cuando las operaciones no se han realizado por motivos económicos válidos, como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en las mismas, en cuyo caso se procede a las correspondientes liquidaciones adicionales del impuesto.»

7 El artículo 69, apartados 1 y 2, del CIRC dispone lo siguiente:

«1. Las pérdidas fiscales de las sociedades fusionadas podrán deducirse de los beneficios imponibles de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente hasta el final del

plazo al que se refiere el artículo 47, apartado 1, que empezará a computar a partir del ejercicio al que se refieran, siempre que el Ministro de Hacienda dé su autorización, a petición de los interesados mediante solicitud dirigida a la Dirección General Tributaria antes del final del mes siguiente a aquél en que se inscriba la fusión en el Registro Mercantil.

2. Únicamente se concederá la autorización si se demuestra que la fusión se realiza por motivos económicos válidos, como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la misma, y se inscribe en una estrategia de reorganización y de desarrollo de la empresa a medio o a largo plazo, con efectos positivos en la estructura de producción, a cuyo efecto deberán facilitarse todos los datos necesarios u oportunos con el fin de obtener un perfecto conocimiento de la operación contemplada, tanto en sus aspectos jurídicos como en los económicos.»

### **Litigio principal y cuestiones prejudiciales**

- 8 Mediante una operación de fusión de 29 de septiembre de 2003, Foggia – SGPS, sociedad portuguesa que opera en el sector de la gestión de participaciones sociales, absorbió a otras tres sociedades de gestión de participaciones sociales que pertenecían al mismo grupo.
  
- 9 Mediante escrito dirigido al Secretário de Estado recibido el 28 de noviembre de 2003, Foggia – SGPS solicitó, con arreglo al artículo 69, apartado 1, del CIRC, la autorización para deducir de sus eventuales beneficios imponibles las pérdidas fiscales constatadas, pero aún no amortizadas, de las sociedades absorbidas correspondientes a los ejercicios 1997 a 2002 inclusive.

- 10 El Secretario de Estado accedió a dicha solicitud por lo que respecta a dos de las tres sociedades, pero, mediante resolución de 6 de octubre de 2004, desestimó la transferencia de pérdidas fiscales de Riguadiana – SGPS SA (en lo sucesivo, «Riguadiana»), basándose en que la operación de fusión de ésta con Foggia – SGPS no presentaba ningún interés económico para esta última.
  
- 11 A este respecto, los servicios del Secretario de Estado subrayaron que, en los años de que se trata, Riguadiana había dejado de tener una cartera de participaciones, que prácticamente no había obtenido ingresos de su actividad y que únicamente había invertido en títulos. Por otra parte, no estaba claro el origen de las pérdidas fiscales de dicha sociedad, que ascendían a alrededor de 2 millones de euros, inscritas en la declaración fiscal del ejercicio 2002. Si bien es cierto que eliminar a Riguadiana de la estructura del grupo puede acarrear una reducción de los gastos de administración y de gestión de éste, el Secretario de Estado consideró no obstante que dicho efecto positivo en términos de costes estructurales no presentaba un interés económico para Foggia – SGPS.
  
- 12 El 24 de enero de 2005, Foggia – SGPS interpuso un recurso administrativo especial ante el Tribunal Central Administrativo Sul con el fin de obtener la anulación de la citada resolución denegatoria y la adopción de un acto administrativo que autorizara la transferencia de pérdidas fiscales en cuestión, recurso que fue desestimado por dicho órgano judicial.
  
- 13 El 3 de diciembre de 2008, Foggia – SGPS interpuso recurso de casación ante el Supremo Tribunal Administrativo, órgano jurisdiccional de última instancia.
  
- 14 En su resolución de remisión, dicho tribunal recuerda que la existencia de «motivos económicos válidos» constituye uno de los dos requisitos acumulativos establecidos en el artículo 69, apartado 2, del CIRC y que el Secretario de Estado goza de una



facultad discrecional para apreciar si se cumple dicho requisito. No obstante, el tribunal remitente alberga dudas acerca de la apreciación hecha por el Secretario de Estado de los términos «motivos económicos válidos» en relación con el mismo concepto que figura en el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434.

15 En dichas circunstancias, el Supremo Tribunal Administrativo decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«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?»

## **Sobre la competencia del Tribunal de Justicia y la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial**

- 16 En sus observaciones escritas, el Gobierno portugués, por una parte, alega que el Tribunal de Justicia es incompetente para pronunciarse acerca de la petición de decisión prejudicial y, por otra parte, sostiene que dicha petición es inadmisibile por carecer de pertinencia las cuestiones que plantea el órgano judicial remitente.
- 17 En primer lugar, dicho Gobierno considera que el litigio principal se enmarca en un contexto puramente nacional. Por ello, duda que dicho litigio entre en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/434 y, en consecuencia, de la competencia del Tribunal de Justicia habida cuenta de que el Derecho de la Unión no regula de modo directo ni indirecto los hechos planteados ante el tribunal remitente.
- 18 A este respecto procede recordar que, en virtud del artículo 267 TFUE, párrafo primero, el Tribunal de Justicia será competente, en particular, para pronunciarse con carácter prejudicial «sobre la interpretación de los Tratados» y sobre «la [...] interpretación de los actos adoptados por las instituciones [...] de la Unión».
- 19 Ciertamente, ha quedado acreditado que el litigio principal versa sobre una disposición de Derecho nacional que se aplica en un contexto puramente nacional.
- 20 No obstante, de los autos transmitidos al Tribunal de Justicia se desprende que las reestructuraciones nacionales y transfronterizas están sujetas, con arreglo al artículo 67 del CIRC, al mismo régimen fiscal por lo que respecta a las fusiones y que la norma que permite denegar dicho régimen fiscal cuando no existen motivos económicos

válidos, prevista en el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, debe aplicarse igualmente a las situaciones puramente internas.

- 21 Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, 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 (sentencias de 17 de julio de 1997, *Leur-Bloem*, C-28/95, Rec. p. I-4161, apartado 32; de 15 de enero de 2002, *Andersen og Jensen*, C-43/00, Rec. p. I-379, apartado 18, y de 20 de mayo de 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg*, C-352/08, Rec. p. I-4303, apartado 33).
- 22 Procede añadir que corresponde únicamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar el alcance exacto de esa remisión al Derecho de la Unión, puesto que la competencia del Tribunal de Justicia se limita únicamente al examen y a la interpretación de las disposiciones de este Derecho (sentencias antes citadas *Leur-Bloem*, apartado 33, y *Modehuis A. Zwijnenburg*, apartado 34).
- 23 De las consideraciones anteriores resulta que el Tribunal de Justicia es competente para responder a las cuestiones planteadas por el Supremo Tribunal Administrativo relativas a la interpretación de las disposiciones de la Directiva 90/434, aunque éstas no regulan directamente la situación controvertida en el litigio principal.
- 24 En segundo lugar, el Gobierno portugués sostiene que la petición de decisión prejudicial es inadmisibles debido a que no existe ninguna relación entre la interpretación solicitada del artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, cuyos términos se reproducen en el artículo 67, apartado 10, del CIRC, y el objeto del litigio principal,

que se refiere al artículo 69, apartado 2, del mismo código, relativo a la posibilidad de transferir las pérdidas fiscales, contemplada en el artículo 6 de dicha Directiva.

- 25 Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en el marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida por el artículo 267 TFUE, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (véanse, en particular, las sentencias *Leur-Bloem*, antes citada, apartado 24; de 22 de diciembre de 2008, *Les Vergers du Vieux Tauves*, C-48/07, p. I-10627, apartado 16, y de 8 de septiembre de 2011, *Paint Graphos* y otros, C-78/08 a C-80/08, Rec. p. I-7611, apartado 30).
- 26 En efecto, las cuestiones sobre la interpretación del Derecho de la Unión planteadas por el juez nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad y cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia 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 (véanse las sentencias de 7 de junio de 2007, *Van der Weerd* y otros, C-222/05 a C-225/05, Rec. p. I-4233, apartado 22; *Les Vergers du Vieux Tauves*, antes citada, apartado 17, y *Paint Graphos* y otros, antes citada, apartado 31).
- 27 Pues bien, 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.

- 28 Al contrario de lo que sostiene el Gobierno portugués, de ello se desprende que debe declararse la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial.
- 29 No obstante, respecto del tenor de la segunda cuestión, debe recordarse la reiterada jurisprudencia según la cual, si bien no corresponde al Tribunal de Justicia, en un procedimiento promovido en virtud del artículo 267 TFUE, pronunciarse sobre la compatibilidad de normas de Derecho interno con el Derecho de la Unión ni interpretar disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales, sí es competente para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que puedan permitirle apreciar dicha compatibilidad para dirimir el asunto del que esté conociendo (véanse, en particular, las sentencias de 15 de diciembre de 1993, Hünermund y otros, C-292/92, Rec. p. I-6787, apartado 8, y de 6 de marzo de 2007, Placanica y otros, C-338/04, C-359/04 y C-360/04, Rec. p. I-1891, apartado 36).
- 30 Habida cuenta de lo anterior, procede considerar que, mediante sus dos cuestiones, que deben examinarse conjuntamente, el tribunal remitente pregunta, en sustancia, si el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 debe interpretarse en el sentido de que puede considerarse que una operación de fusión entre dos sociedades de un mismo grupo ha sido efectuada por «motivos económicos válidos», en el sentido de dicha disposición, cuando tiene un efecto positivo en términos de costes estructurales para dicho grupo, aun cuando la sociedad absorbida no ejerce ninguna actividad, no posee ninguna participación financiera y únicamente transfiere pérdidas por un importe elevado a la sociedad absorbente.

## Sobre las cuestiones prejudiciales

- 31 En primer lugar procede señalar que el régimen fiscal común establecido por la Directiva 90/434, que comprende diferentes ventajas fiscales, se aplica indistintamente a todas las operaciones de fusión, de escisión, de aportación de activos y de canje de acciones, abstracción hecha de sus motivos, ya sean éstos financieros, económicos o puramente fiscales (véanse las sentencias Leur-Bloem, antes citada, apartado 36, y de 5 de julio de 2007, Kofoed, C-321/05, Rec. p. I-5795, apartado 30).
- 32 Los motivos de la operación proyectada vuelven a tener importancia al hacer uso de la facultad conferida a los Estados miembros por el artículo 11, apartado 1, de dicha Directiva, de no conceder el beneficio de las disposiciones de dicha Directiva (sentencia Modehuis A. Zwijnenburg, antes citada, apartado 42).
- 33 Más en concreto, con arreglo al artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, los Estados miembros pueden negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de esta Directiva o a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación de canje de acciones tenga, en particular, como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal. Esta misma disposición precisa, entre otras cosas, que el hecho de que la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene tal objetivo (véanse, en ese sentido, las sentencias antes citadas Leur-Bloem, apartados 38 y 39, y Kofoed, apartado 37).
- 34 El Tribunal de Justicia ya ha precisado que del tenor y de los objetivos de dicho artículo 11 y de los de la Directiva 90/434 en general resulta que el concepto de «motivos económicos válidos» en el sentido del mencionado artículo 11, apartado 1, letra a), va más allá de la búsqueda de una ventaja puramente fiscal. Por consiguiente, una operación de fusión por canje de acciones que sólo persiguiera tal objetivo no

puede constituir un motivo económico válido en el sentido de dicha disposición (sentencia Leur-Bloem, antes citada, apartado 47).

- 35 En consecuencia, 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.
- 36 En efecto, con arreglo al artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, la constatación de que una operación de fusión tiene como único objetivo obtener una ventaja fiscal y, por tanto, no se efectúa por motivos económicos válidos, puede constituir una presunción de que dicha operación tiene como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscal.
- 37 Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para comprobar si la operación contemplada persigue un objetivo de estas características, las autoridades nacionales competentes no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder, caso por caso, a un examen global de la misma. En efecto, el establecimiento de una norma de alcance general que prive automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones, sin tener en cuenta si se ha producido o no efectivamente la evasión o el fraude fiscal, excedería de lo necesario para evitar dicho fraude o evasión fiscal e iría en detrimento del objetivo perseguido por la Directiva 90/434 (sentencia Leur-Bloem, antes citada, apartados 41 y 44).
- 38 En el marco de dicho examen global 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.

- 39 No obstante, ninguno de estos elementos por sí solo puede considerarse decisivo.
- 40 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.
- 41 Del mismo 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.
- 42 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.
- 43 De ese modo, el tribunal remitente se pregunta, basándose en los términos «reestructuración» y «racionalización» utilizados en el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, si el efecto positivo en términos de costes estructurales, que resulta de la reducción de los gastos administrativos y de gestión del grupo a raíz de la fusión por absorción, puede constituir un motivo económico válido en el sentido de dicho artículo.



- 44 Para responder a dicha pregunta, procede señalar que el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, al establecer una excepción a las normas fiscales que establece la Directiva 90/434, debe interpretarse de manera estricta y teniendo en cuenta su tenor, su finalidad y el contexto en el que se inscribe (sentencia *Modehuis A. Zwijnenburg*, antes citada, apartado 46).
- 45 Del tenor del mencionado artículo 11, apartado 1, letra a), y más en concreto de los términos «como son la reestructuración o la racionalización», se desprende que las operaciones de ese modo contempladas constituyen ejemplos de motivos económicos válidos y que deben interpretarse de acuerdo con ese último concepto.
- 46 Como señaló el Tribunal de Justicia en el apartado 47 de la sentencia *Leur-Bloem*, antes citada, debe entenderse que los conceptos de reestructuración y de racionalización son más amplios que la búsqueda de una ventaja meramente fiscal y que las operaciones de reestructuración y de racionalización que sólo persiguieran tal objetivo no pueden constituir un motivo económico válido en el sentido de dicha disposición.
- 47 Por tanto, 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.
- 48 Al respecto, procede añadir que el ahorro de los costes resultante de la reducción de los gastos administrativos y de gestión mediante la desaparición de la sociedad absorbida es inherente a toda operación de fusión por absorción en la medida en que esta última implica, por definición, una simplificación de la estructura del grupo.

- 49 Pues bien, si se admite sistemáticamente que el ahorro de los costes estructurales resultantes de la reducción de los gastos administrativos y de gestión constituye un motivo económico válido, sin tener en cuenta los otros objetivos de la operación proyectada, y más en particular las ventajas fiscales, la regla enunciada en el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 se vería privada completamente de su finalidad, que consiste en salvaguardar los intereses financieros de los Estados miembros al establecer, con arreglo al noveno considerando de dicha Directiva, la facultad de estos últimos de denegar la aplicación de las disposiciones previstas por la Directiva en caso de fraude o de evasión fiscal.
- 50 Por otra parte, el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, refleja el principio general del Derecho de la Unión según el cual está prohibido el abuso de derecho. La aplicación de estas normas no puede extenderse hasta llegar a cubrir prácticas abusivas, esto es, operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino únicamente para beneficiarse abusivamente de las ventajas establecidas en dicho Derecho (véanse, en ese sentido, las sentencias de 9 de marzo de 1999, Centros, C-212/97, Rec. p. I-1459, apartado 24; de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros, C-255/02, Rec. p. I-1609, apartados 68 y 69, y Kofoed, antes citada, apartado 38).
- 51 A este respecto, incumbe al tribunal remitente comprobar, habida cuenta del conjunto de circunstancias que caracterizan el litigio en el que debe pronunciarse, si, en función de los criterios enunciados en los apartados 39 a 51 de la presente sentencia, concurren en el marco de dicho litigio los elementos constitutivos de la presunción de fraude o de evasión fiscal en el sentido del artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434.
- 52 Por tanto, procede responder a las cuestiones planteadas, tal como se reformulan en el apartado 30 de la presente sentencia, que el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 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.

## Costas

- 53 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

**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.**

Firmas