

valoración positiva. No obstante, una mejor valoración de estas medidas podrá realizarse en conjunto con alguna otra de las restantes iniciativas en materia de televisión a las que nos hemos referido al inicio de este artículo cuando, en su caso, se concreten. Lo que resulta claro, en cualquier caso, es que nos encontramos en un momento crucial en la configuración del mapa audiovisual español, y el ordenamiento jurídico debe estar a la altura, superando la actual dispersión normativa, dando flexibilidad a la actividad de los operadores de televisión cuando ello sea posible y dotando, en fin, de la necesaria seguridad jurídica al sector de la televisión en nuestro país.

RAFAEL IZQUIERDO JIMÉNEZ (*)

EL RÉGIMEN FISCAL DE LAS OPERACIONES DE FORWARD MERGER LBO Y LA LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

Antecedentes

(i) Por su sentencia de 7 de mayo de 2007 (JUR 2007\192414, en adelante, «la sentencia»), la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) rechazó la aplicación del régimen fiscal especial de fusiones —régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea, regulado en los artículos 83 a 96 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades («LIS»), texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo— a una fusión subsiguiente a una compra apalancada —*forward merger LBO* (en terminología anglosajona, acrónimo de *leveraged buyout*)—.

(ii) Los antecedentes de hecho del caso que resuelve la sentencia pueden resumirse como sigue:

— En diciembre de 1998 la entidad española MISA absorbió a la también española MESA. El accionista de ambas entidades era el grupo alemán MIVH.

— MESA fue constituida en diciembre de 1979. A principios de 1998 su capital pertenecía en un 51% al grupo alemán MIVH y el 49% restante a la familia C.

— El 16 de julio de 1998 se constituye MISA. El 100% del capital social de esta entidad es desde el momento de su constitución del grupo alemán MIVH.

— El 24 de julio de 1998 MISA compra a la familia C el 49% del capital social de MESA. Dicha adquisición fue financiada con un préstamo bancario concedido por una entidad alemana y garantizado con bienes de la sociedad adquirida.

— MISA efectúa una ampliación de capital que se suscribe en su totalidad por el único socio, el grupo alemán MIVH, que aporta el 51% de las acciones de MESA. La operación se contabiliza el 30 de septiembre de 1998. De esa forma MISA pasa a ser única propietaria de MESA.

— El 1 de diciembre de 1998 MISA absorbe a MESA con efectos a 1 de enero de 1998 y en base al balance de fusión de 30 de septiembre de 1998. Esta operación fiscalmente se instrumentó como fusión acogida al régimen especial regulado por la Ley 43/1995.

— Como consecuencia de la fusión por absorción se generó contablemente una diferencia de fusión por diferencia entre el patrimonio neto contable de la entidad absorbida y el precio de adquisición de la participación. Parte de esta diferencia se imputó a mayor valor de edificios y terrenos, y otra parte quedó como fondo de comercio, que MISA viene amortizando.

Los argumentos de la sentencia

La sentencia concluye que la fusión por absorción de MESA por MISA no respondió a motivos económicos válidos, sino a la finalidad de obtener una ventaja fiscal, afirmando que

«no habiendo acreditado la actora que la operación de fusión realizada responda a un auténtico interés económico, la única conclusión que se alcanza es que se trató de una complicada operación articulada con la única finalidad de obtener un beneficio fiscal, como es que los beneficios obtenidos por MISA desde el año 1998 se reduzcan en el importe del préstamo y en el de la amortización del fondo de comercio generado»

En ese sentido, la sentencia resume del siguiente modo las alegaciones de MISA:

(*) Abogado del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

(i) «Aduce la parte que la operación de absorción fue efectuada, fundamentalmente para poder obtener financiación de una entidad bancaria española, ya que son las entidades bancarias las que exigen por regla general de las sociedades extranjeras que constituyan una sociedad española que actúe como prestataria con la garantía de la pignoración de las acciones compradas».

(ii) «Añade que no es cierto que MISA fuese una sociedad inactiva pues desarrolló actividades de holding, consistentes en la tenencia de acciones y participaciones y en la realización de operaciones financieras».

(iii) «Sostiene que la doctrina de la Dirección General de Tributos es mucho más flexible que el TEAC a la hora de definir lo que constituye un motivo económico válido y menciona distintas resoluciones de la Dirección General de Tributos, entre otras la contestación a una Consulta Vinculante, de fecha 6 de marzo de 2002 en que se cita como motivo económico válido «superar limitaciones financieras existentes antes de realizar la operación»».

(iv) «Añade además que el único beneficio fiscal obtenido como consecuencia de la fusión es el derecho a amortizar fiscalmente el fondo de comercio existente en el precio de la compraventa de las acciones, y se trata de un derecho establecido en la LIS con carácter general, que no se aplica solo a las fusiones y que además no procede de la Directiva Comunitaria».

Estas alegaciones son rechazadas por la sentencia, por su orden, con los siguientes argumentos:

(i) «... pese a los esfuerzos dialécticos de la actora, no es posible llegar a la conclusión de que la motivación económica ha existido en la operación de absorción de MESA por MISA, pues en principio, como resultas de la controvertida operación no se aprecia que haya existido una reestructuración o racionalización empresarial que supongan una mejora de las actividades, pues la entidad absorbente MISA, después de la fusión desarrolla la misma actividad que con anterioridad ejercía la absorbida MESA, prácticamente con el mismo personal y los mismos medios».

(ii) «Por otro lado, la absorbente MISA, antes de la fusión tampoco realizaba una actividad económica propia, ya que no se puede considerar como tal, la mera tenencia de acciones y participaciones así como la actividad necesaria para financiar la operación de adquisición de las acciones, como sostiene la actora, pues es evidente que dichas actividades no

constituyen actividad económica o empresarial por sí misma».

(iii) «Además los motivos económicos alegados por la actora resultan un tanto artificiosos, pues, como se expone claramente en el Acuerdo de liquidación, “desde un punto de vista económico, los motivos alegados tampoco son válidos, ya que no es admisible que una sociedad pague el coste de adquisición de, precisamente, esa sociedad por un tercero, y no sea éste, el adquirente, el que cargue con los gastos de su adquisición. Es decir, la compra que realiza MIVH de la sociedad MESA no la paga este grupo alemán sino la propia MESA”».

(iv) En definitiva, no habiendo acreditado la actora que la operación de fusión realizada responda a un auténtico interés económico, la única conclusión que se alcanza es que se trató de una complicada operación articulada con la única finalidad de obtener un beneficio fiscal, como es que los beneficios obtenidos por MISA desde el año 1998 se reduzcan en el importe del préstamo y en el de la amortización del fondo de comercio generado y no tributen íntegramente.

Consecuencias prácticas

Sin perjuicio de nuestro desacuerdo con los argumentos vertidos en la sentencia, y desde luego con su conclusión, en lo que sigue analizaremos algunas de sus posibles consecuencias prácticas, pero sin entrar a rebatirla desde una perspectiva científica, pues esto último demandaría un espacio y una profundidad de los que en estos momentos no disponemos.

En tal sentido, la primera conclusión que alcanzamos es la de que la sentencia no se basa en razonamientos sólo aplicables al caso concreto en litigio sino que contiene un rechazo estructural de las fusiones subsiguientes a compras apalancadas (*forward merger LBO*) cuando la sociedad absorbente es una holding específicamente utilizada para tomar el préstamo necesario para la adquisición de las acciones de la sociedad objetivo y luego fusionarse con ésta.

En efecto, sobre la base del artículo 96.2 LIS —«... el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal— la sentencia argumenta —véanse los argumentos (i) y (ii) del actor y de la Sala, recogidos más arriba—

que en este tipo de fusiones no se aprecia que haya existido una reestructuración o racionalización empresarial que suponga una mejora de las actividades de las entidades que intervienen en la operación, pues, de un lado, (i) la entidad absorbente después de la fusión desarrolla la misma actividad que con anterioridad ejercía la absorbida, prácticamente con el mismo personal y los mismos medios, y de otro, (ii) la absorbente antes de la fusión tampoco realizaba una actividad económica propia, ya que no se puede considerar como tal la mera tenencia de acciones y participaciones, así como la actividad necesaria para financiar la operación de adquisición de las acciones.

En su virtud, nos tememos que estos argumentos de la sentencia sean utilizados por las autoridades fiscales para rechazar la aplicación del régimen fiscal especial de fusiones a operaciones de estas características, y nos tememos igualmente que, a salvo de casación del Tribunal Supremo en el ínterin, la Audiencia Nacional confirme el rechazo administrativo.

En consecuencia, parecen desaconsejadas aquellas operaciones de compra apalancada con fusión subsiguiente en las que la sociedad absorbente sea una sociedad holding específicamente utilizada para tomar el préstamo necesario para la adquisición de las acciones de la sociedad objetivo y luego fusionarse con ésta.

La estructura alternativa sería lógicamente aquella en que la sociedad absorbente es una sociedad plenamente operativa, con actividad mercantil sustancial, medios propios personales y materiales, y no constituida *ad hoc* para desarrollar la operación de LBO.

Esto no obstante, es necesario advertir que existen argumentos en la sentencia contrarios *per se* a la economía de las operaciones de LBO, con independencia del carácter operativo o no de la sociedad absorbente. En este sentido, la sentencia endosa sin ambages el juicio de valor de las autoridades fiscales de que «no es admisible que una sociedad pague el coste de adquisición de, precisamente, esa sociedad por un tercero, y no sea éste, el adquirente, el que cargue con los gastos de su adquisición. Es decir, la compra que realiza MIVH de la sociedad MESA no la paga este grupo alemán sino la propia MESA», y concluye entonces que «los motivos económicos alegados por la actora (esto es, los motivos económicos que tradicionalmente usa la ciencia económica para explicar una operación de LBO) resultan un tanto artificiosos».

Lo anterior se dice ignorando la realidad de los hechos, la cual demuestra el enorme éxito de las *forward merger LBO*, que han existido —y siguen existiendo— en el mundo con enorme profusión mucho antes y con independencia de que España tuviera un régimen fiscal de fusiones o admitiera la deducibilidad fiscal del fondo de comercio de fusión. En efecto, este tipo de operaciones, que se inician en la práctica de las fusiones y adquisiciones de empresas de los Estados Unidos de América en la década de 1960 —en general, se considera como el primer LBO documentado de la historia de los negocios la adquisición de ORKIN EXTERMINATING CO en 1964; si bien el primer LBO real bien pudiera haber sido la compra de WATERMAN STEAMSHIP CO por MCLEAN INDUSTRIES INC. en 1955—, y se consagran y usan intensivamente en todo el mundo a partir de los años setenta del siglo pasado, tienen un objetivo económico predominante, que es el mismo en cualquier país y la razón de su enorme éxito: de una parte, utilizar los flujos de caja generados por la sociedad objeto de compra para atender a los pagos de intereses y principal de la deuda necesaria para la adquisición de esa sociedad objetivo; y de otra, emplear los propios activos de la sociedad objetivo para garantizar la deuda contraída. Pues bien, el mero hecho de que este tipo de operaciones se realicen con habitualidad en todo el mundo desde hace más de cuarenta años debería bastar, por sí solo, para concluir que responden a una finalidad económica propia, aconsejable o desaconsejable, pero desde luego distinta de la mera finalidad de conseguir un pretendido beneficio fiscal bajo la legislación española del Impuesto sobre Sociedades que se inicia a partir de 1996. Por el mismo motivo, la afirmación, hecha en la primera década del siglo XXI, de que el objetivo económico predominante en las operaciones de LBO es «un tanto artificioso» resulta, ciertamente, difícil de entender.

Pero lo cierto es que tal afirmación existe en la sentencia como corolario de la aceptación de la tesis de las autoridades fiscales de que «no es admisible que una sociedad pague el coste de adquisición de, precisamente, esa sociedad por un tercero, y no sea éste, el adquirente, el que cargue con los gastos de su adquisición».

Pues bien, con la entrada en vigor de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, esa inadmisibilidad que, equivocadamente a nuestro juicio, esgrimen las autoridades fiscales es, valga la redundancia, inadmisibile, incluso a efectos dialécticos.

El artículo 35 de la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles

El artículo 35 de la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles («LME») dispone lo que sigue:

«Artículo 35. Fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente.

En caso de fusión entre dos o más sociedades, si alguna de ellas hubiera contraído deudas en los tres años inmediatamente anteriores para adquirir el control de otra que participe en la operación de fusión o para adquirir activos de la misma esenciales para su normal explotación o que sean de importancia por su valor patrimonial, serán de aplicación las siguientes reglas:

1.ª El proyecto de fusión deberá indicar los recursos y los plazos previstos para la satisfacción por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición del control o de los activos.

2.ª El informe de los administradores sobre el proyecto de fusión debe indicar las razones que hubieran justificado la adquisición del control o de los activos y que justifiquen, en su caso, la operación de fusión y contener un plan económico y financiero, con expresión de los recursos y la descripción de los objetivos que se pretenden conseguir.

3.ª El informe de los expertos sobre el proyecto de fusión debe contener un juicio sobre la razonabilidad de las indicaciones a que se refieren los dos números anteriores, determinando además si existe asistencia financiera.

En estos supuestos será necesario el informe de expertos, incluso cuando se trate de acuerdo unánime de fusión».

En lo que aquí interesa, el artículo 35 LME admite expresamente el pago por la sociedad resultante de la fusión de las deudas contraídas para la adquisición del control de la sociedad objetivo, con obligación de que en el proyecto de fusión y en los informes de los administradores y del experto independiente se suministre información sobre los recursos y los plazos previstos para la satisfacción de dichas deudas, el plan económico y financiero en que se insertan, y su razonabilidad.

Reconocida de este modo la tipicidad de las operaciones de *forward merger LBO* —fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente, en la terminología de la LME—, no cabe en adelante tacha de artificiosidad para negar la motivación económica propia de este tipo de fusiones. Por el contrario, en la dualidad negocio

usual o propio *versus* negocio artificioso o impropio, inspiradora del artículo 15 de la Ley General Tributaria —artículo llamado por la propia Audiencia Nacional como canon interpretativo válido cuando se trata de juzgar el propósito de fraude o evasión fiscal anidado en una operación (SAN de 5 de marzo de 2008, JT 2008\219)—, la operaciones de *forward merger LBO* han devenido legalmente —aunque en nuestra realidad social ya lo fueran desde hace muchos años— negocios usuales o propios.

JESÚS LÓPEZ TELLO (*)

PORTUGAL

REGIME DAS OBRIGAÇÕES DE COMUNICAÇÃO DE ESQUEMAS DE PLANEAMENTO FISCAL EM PORTUGAL

Introdução

O Orçamento de Estado Português para 2007 concedeu ao Governo Português uma autorização legislativa para a aprovação de um regime específico de comunicação de esquemas ou adopção de estruturas de planeamento fiscal agressivo.

Após um alargado debate público, o Governo Português acabou por aprovar, em 27 de Dezembro de 2007, um diploma ao abrigo da referida autorização, tendo sido subsequentemente promulgado pelo Presidente da República e publicado no Diário da República como Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de Fevereiro («DL 29/2008»).

Pretendemos, no presente artigo, dar nota das principais características do DL 29/2008.

Análise Jurídica do DL 29/2008 Âmbito de aplicação e entrada em vigor

De acordo com o DL 29/2008, os esquemas propostos ou actuações adoptadas que tenham por finalidade, exclusiva ou predominante, a obtenção de vantagens fiscais, ficam sujeitos aos deveres de comunicação, informação e esclarecimento à administração tributária.

(*) Abogado del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid).