

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).

O DL 29/2008 aplica-se a esquemas ou actuações de planeamento fiscal que impliquem vantagens fiscais respeitantes, por qualquer modo, total ou parcialmente, ao Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas («IRC»), ao Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares («IRS»), ao Imposto sobre o Valor Acrescentado («IVA»), ao Imposto sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis («IMT»), ao Imposto Municipal sobre Imóveis («IMI») e ao Imposto do Selo («IS»), tendo o mesmo entrado em vigor a 15 de Maio de 2008.

Definições

Para efeitos do DL 29/2008, devem ser consideradas as seguintes definições:

(i) *Planeamento fiscal*: Qualquer esquema ou actuação que determine, ou se espere que determine, de modo exclusivo ou predominante, a obtenção de uma vantagem fiscal por sujeito passivo de imposto (a este respeito, cumpre notar que nem todos os esquemas ou actuações de planeamento fiscal se encontram sujeitos a deveres de comunicação, informação ou esclarecimento, como referido abaixo);

(ii) *Esquema*: Qualquer plano, projecto, proposta, conselho, instrução ou recomendação, exteriorizada expressa ou tacitamente, objecto ou não de concretização em acordo ou transacção;

(iii) *Actuação*: Qualquer contrato, negócio ou conjunto de negócios, promessa, compromisso, estrutura colectiva ou societária, com natureza vinculativa ou não, unilateral ou plurilateral bem como qualquer operação ou acto jurídico ou material, simples ou complexo, realizado, a realizar ou em curso de realização;

(iv) *Vantagem fiscal*: A redução, eliminação ou diferimento temporal de imposto ou a obtenção de benefício fiscal, que não se alcançaria, no todo ou em parte, sem a utilização do esquema ou actuação.

(v) *Promotor de um esquema de planeamento fiscal*: Qualquer entidade, com ou sem personalidade jurídica, residente ou estabelecida em qualquer circunscrição do território Português que, no exercício da sua actividade económica, preste, a qualquer título, com ou sem remuneração, serviços de apoio, assessoria, aconselhamento, consultoria ou serviços análogos no domínio tributário, relativos à determinação da situação tributária ou ao cumprimento de obrigações tributárias de clientes ou de terceiros.

Nos termos do DL 29/2008 consideram-se como promotores, designadamente, as seguintes entidades:

- Instituições de Crédito e demais instituições financeiras;
- Revisores Oficiais de Contas e Sociedades de Revisores Oficiais de Contas;
- Advogados, sociedades de advogados, solicitadores e sociedades de solicitadores;
- Técnicos Oficiais de Contas e outras entidades que prestem serviços de contabilidade.

Âmbito de aplicação

De acordo com o quadro legal acima descrito, determina o DL 29/2008 que qualquer promotor deve informar as Autoridades Fiscais Portuguesas em relação a qualquer esquema ou actuação de planeamento fiscal quando, por qualquer forma, tenha participado ou colaborado na concepção ou proposta ou acompanhado a sua preparação, adopção ou implementação.

No entanto, os esquemas ou actuações de planeamento fiscal só se encontram sujeitos a comunicação caso os referidos esquemas ou actuações:

- (i) Impliquem a participação de entidade sujeita a um regime fiscal privilegiado, considerando-se como tal a entidade cujo território de residência conste de lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças ou quando aí não for tributada em imposto sobre rendimento idêntico ou análogo ao Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares ou ao Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas Portuguesas, ou ainda quando o imposto efectivamente pago seja igual ou inferior a 60% do imposto que seria devido se a referida entidade fosse considerada residente em território Português;

- (ii) Impliquem a participação de entidade total ou parcialmente isenta;

- (iii) Envolvam operações financeiras ou sobre seguros que sejam susceptíveis de determinar a requalificação do rendimento ou a alteração do beneficiário, designadamente operações de locação financeira, instrumentos financeiros híbridos, derivados ou contratos sobre instrumentos financeiros;

- (iv) Impliquem a utilização de prejuízos fiscais.

Não obstante, e ainda que não compreendidos no âmbito das situações supra mencionadas, os esque-

mas de planeamento fiscal que sejam propostos com cláusula de exclusão ou limitação da responsabilidade em benefício do respectivo promotor, estarão sempre sujeitos ao DL 29/2008.

No entanto, estabelece o DL 29/2008 que não deverão ser consideradas actuações como promotor as seguintes situações:

— O aconselhamento sobre esquema ou actuação de planeamento fiscal por advogado ou solicitador, ou por sociedade de advogados ou por sociedade de solicitadores, no contexto da avaliação da situação jurídica do cliente, no âmbito da consulta jurídica, no exercício da sua missão de defesa ou representação do cliente num processo judicial, ou a respeito de um processo judicial, incluindo o aconselhamento relativo à maneira de propor ou evitar um processo, quer as informações sejam obtidas antes, durante ou depois do processo, bem como no âmbito dos demais actos próprios dos advogados e solicitadores, tal como definidos na Lei n.º 49/2004, de 24 de Agosto;

— Recomendações sobre esquema ou actuação de planeamento fiscal feitas por revisor oficial de contas ou sociedades de revisores oficiais de contas no âmbito e para os efeitos das respectivas funções de interesse público de revisão legal das contas.

Formalismos

A comunicação deverá ser efectuada pelo promotor nos vinte dias subsequentes ao termo do mês em que o esquema ou actuação de planeamento fiscal tenha sido proposto pela primeira vez.

Para mais, sempre que um promotor participe ou colabore na implementação de esquemas ou actuações de planeamento fiscal propostas por outra entidade, deve também informar (nos vinte dias subsequentes ao termo do mês em que o esquema ou actuação tenha passado a ser acompanhado pelo promotor) as Autoridades Fiscais desses esquemas ou actuações, excepto quando o proponente dos esquemas ou actuações lhe comprove já ter efectuado a comunicação.

Sempre que os esquemas ou actuações de planeamento fiscal não sejam propostos ou acompanhados por um promotor, ou quando o promotor não seja residente ou não se encontre estabelecido em território Português, os esquemas ou actuações devem ser comunicados pelo utilizador, até ao fim do mês seguinte ao da respectiva adopção.

No entanto, apenas os seguintes utilizadores se encontram sujeitos à obrigação de comunicação supra mencionada:

(i) Pessoas colectivas ou entidades sem personalidade jurídica;

(ii) Pessoas singulares, quando os esquemas ou actuações impliquem a participação de entidade sujeita a um regime fiscal privilegiado (considerando-se como tal a (a) entidade cujo território de residência conste de lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças ou (b) uma entidade que não seja tributada em imposto sobre rendimento idêntico ou análogo ao Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares ou ao Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas Portugueses, (c) uma entidade cujo imposto efectivamente pago seja igual ou inferior a 60% do imposto que seria devido se a referida entidade fosse considerada residente em território Português, ou ainda quando (d) impliquem a participação de entidade total ou parcialmente isenta).

A obrigação de comunicação de esquemas ou actuações de planeamento fiscal compreende, de forma geral, a seguinte informação:

— Descrição pormenorizada do esquema ou actuação de planeamento fiscal, incluindo designadamente a indicação e caracterização dos tipos negociais, das estruturas societárias, das operações e transacções propostas ou utilizadas, bem como da espécie e configuração da vantagem fiscal pretendida (as Autoridades Tributárias poderão solicitar elementos adicionais relativos a esta informação, bem como ao número de vezes que os esquemas ou actuações foram adoptados e ainda o número de clientes envolvidos, informação essa que deve ser prestada no prazo de 30 dias);

— Indicação da base legal relativamente à qual se afere, se repercute ou respeita a vantagem fiscal pretendida;

— Nome, morada e número de identificação fiscal do promotor.

O dever de esclarecimento não inclui os nomes ou qualquer outra identificação dos clientes ou interessados relativamente aos quais tenha sido proposto o esquema de planeamento fiscal ou que o tenham adoptado (excepto quando a obrigação de comunicação permaneça com o próprio utilizador, nos termos referidos acima).

É ainda estabelecido que o cumprimento das obrigações estipuladas pelo DL 29/2008 se sobrepõe a qualquer dever de sigilo a que os promotores estejam legalmente obrigados (sem prejuízo das situações de exclusão referidas acima).

Acresce que a informação prestada nos termos do DL 29/2008 não constitui violação de qualquer dever de confidencialidade, nem implica, para quem a preste, responsabilidade de qualquer tipo.

Penalidades

De acordo com o DL 29/2008, podem ser aplicadas as seguintes coimas:

(i) Coima variável entre € 5.000 e € 100.000 (para entes colectivos) e entre € 1.000 a € 50.000 (para pessoas singulares), quando os esquemas ou actuações de planeamento fiscal não sejam comunicados pelos promotores às Autoridades Tributárias ou a comunicação não seja efectuada dentro do prazo legal;

(ii) Coima variável entre € 1.000 e € 50.000 (para entes colectivos) e entre € 500 e € 25.000 (para pessoas singulares), quando a obrigação de prestação de esclarecimentos adicionais sobre o número de vezes que os esquemas ou actuações foram adoptados e o número de clientes envolvidos não for cumprida ou a comunicação não seja efectuada dentro do prazo legal;

(iii) Coima variável entre € 500 e € 80.000 (para entes colectivos) e entre € 250 e € 40.000 (para pessoas singulares), quando os esquemas ou actuações de planeamento fiscal não sejam comunicados pelos utilizadores (quando a referida obrigação seja imputável aos utilizadores) às Autoridades Fiscais ou a comunicação seja feita depois do prazo legal, bem como quando se verificarem omissões ou inexactidões relativas às informações exigidas aos utilizadores.

O pagamento das coimas acima referidas não isenta os promotores ou os utilizadores do cumprimento das obrigações previstas neste regime.

Análise crítica do DL 29/2008

O DL 29/2008 estabelece, a propósito da concretização da necessidade de comunicação de eventuais transacções fiscais agressivas, conceitos bastante alargados, o que, na nossa opinião, poderá conduzir a incerteza jurídica, a excessos de comunicação e a burocratização excessiva.

Para além disso, os termos do DL 29/2008 podem ainda resultar num uso ilegal e excessivo, por parte das Autoridades Fiscais Portuguesas, das normas anti-abuso, conduzindo a situações nas quais as partes envolvidas optam por não cumprir a obrigação de comunicação, assumindo assim o risco de aplicação das respectivas coimas.

Parece-nos ainda que se colocam as seguintes questões:

(i) A extensão e o âmbito do DL 29/2008 (nomeadamente no que respeita ao âmbito de operações sujeitas a comunicação, às definições de planeamento fiscal, de promotor, e de vantagem fiscal, ao uso de conceitos amplos e indeterminados, etc.) são excessivos face aos objectivos do regime, podendo este ser, consequentemente, considerado contrário ao princípio da proporcionalidade, estabelecido na Constituição Portuguesa;

(ii) No que respeita aos casos em que os utilizadores são obrigados a comunicar os esquemas ou actuações de planeamento fiscal em detrimento dos promotores (*i.e.*, sempre que o esquema de planeamento fiscal não seja proposto ou acompanhado por um promotor, ou quando o promotor não seja residente ou não se encontre estabelecido em território Português), o DL 29/2008 pode determinar a auto incriminação nos casos em que os esquemas ou actuações envolvam infracções fiscais (em particular, quando estejam envolvidos crimes fiscais) podendo, consequentemente, ser considerado inconstitucional;

(iii) Em relação aos casos em que os utilizadores estão obrigados a comunicar os esquemas ou actos de planeamento fiscal em detrimento dos promotores (*i.e.*, sempre que o esquema de planeamento fiscal não seja proposto ou acompanhado por um promotor, ou quando o promotor não seja residente ou não se encontre estabelecido em território Português) e, nesse sentido, revelam a sua identidade às Autoridades Tributárias (contrariamente com o que acontece quando o promotor procede à comunicação), o regime pode ser considerado discriminatório, podendo assim ser considerado inconstitucional neste aspecto;

(iv) Por fim, no que diz respeito aos casos em que os utilizadores se encontram obrigados a comunicar os esquemas ou actuações de planeamento fiscal pelo facto de o promotor ser não

residente e, conseqüentemente, revelam a sua identidade às Autoridades Tributárias, o regime pode ser considerado discriminatório e, nessa medida, contrário à Legislação Europeia (relativa aos promotores residentes nos Estados Membros da UE), na medida em que os utilizadores poderão ser compelidos a escolher consultores fiscais residentes em detrimento de não residentes.

Em qualquer caso, a prática das Autoridades Fiscais relativamente à aplicação do DL 29/2008 será essencial para a remoção de incertezas e para o estabelecimento de uma interpretação mais definitiva das novas regras. No entanto, até à data, não existem dados concretos sobre tal aplicação.

FILIPE ROMÃO E ANTÓNIO CASTRO CALDAS (*)

HARMONIZAÇÃO ENTRE A DESCRIÇÃO E A MATRIZ PREDIAL NO NOVO CÓDIGO DO REGISTO PREDIAL

O Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, introduziu alterações significativas a diversos diplomas do ordenamento jurídico Português nomeadamente ao Decreto-Lei n.º 224/84, de 6 de Julho que aprovou o Código do Registo Predial (o «CRP»). As alterações a este diploma reflectem as políticas adoptadas pelo Governo no sentido de desformalizar e desburocratizar os serviços públicos e, sem prejuízo da segurança do comércio jurídico imobiliário, caracterizam-se pela eliminação de processos morosos e desnecessários e a criação de processos mais simplificados e menos onerosos para os cidadãos.

Uma das alterações mais significativas operou-se ao nível das disposições que determinam os critérios da harmonização (correspondência) entre os elementos constantes dos títulos (instrumentos que digam respeito a factos sujeitos a registo), do registo predial e das matrizes prediais dos prédios, estejam ou não sujeitos a cadastro geométrico. Apesar da anterior redacção dos artigos 28.º e seguintes do CRP já prever regras relativas a este tema estas são agora objecto de particular atenção por parte do legislador.

Exigibilidade de Harmonização

Nos termos do artigo 68.º do CRP, que contempla o princípio da legalidade registral que rege a qualificação do pedido de registo apresentado, compete ao conservador o dever de verificar em especial a identidade do prédio observando, para este efeito, as regras constantes dos artigos 28.º e seguintes. Assim, para que um registo possa ser lavrado definitivamente deve haver correspondência entre os elementos constantes na descrição predial e os constantes na matriz predial (ou pedido de rectificação ou alteração a esta) no que concerne, para os prédios rústicos submetidos ao cadastro geométrico, (i) à localização, (ii) ao artigo matricial e (iii) à área do prédio. Menos exigente é o regime para os prédios urbanos ou rústicos não submetidos ao cadastro geométrico cuja harmonização se refere, apenas, à (i) área e (ii) artigo matricial do prédio.

É precisamente quanto à harmonização da área do prédio que as alterações ao CRP são mais evidentes pois que, não obstante a área ser um elemento, tendencialmente, fixo na identificação de um prédio, são diversos os casos em que ocorrem divergências entre a área real e a área constante da respectiva descrição e matriz predial. Estas situações, resultantes da falta de rigor das matrizes urbanas ou das declarações erróneas prestadas pelos próprios interessados, impedem, por um lado, que as matrizes prediais sejam garantia suficiente da correspondência à realidade física do prédio e, por outro lado, não obstante criarem a presunção da existência de um direito sobre um prédio e titularidade sobre o mesmo, que as descrições prediais assegurem a conformidade das informações publicitadas à realidade física do prédio.

A exactidão das informações relativas à identidade de um prédio só poderá, em última análise, ser alcançada mediante um exaustivo levantamento cadastral ou geométrico —como o que já está em curso em Portugal no âmbito do Sistema Nacional de Exploração e Gestão de Informação Cadastral (o «SINERGIC») — produzido por autoridades públicas, isentas, que garantam a fiabilidade no que toca às características naturais e humanas introduzidas na geografia e paisagem. Espera-se que através do SINERGIC, e sem prejuízo do recurso a outros documentos, sejam produzidos levantamentos fidedignos que identifiquem com precisão os limites, as confrontações, a áreas, a localização, as edificações, as vias, os elementos naturais, entre outras características, que permitam identificar com rigor cada prédio.

(*) Advogados da Área de Fiscal de Uría Menéndez (Lisboa)