

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)

de 19 de diciembre de 2012 (*)

«Fiscalidad – Directiva 90/434/CEE – Régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de distintos Estados miembros – Artículos 2, 4 y 9 – Aportación de activos – Imposición de las plusvalías generadas por la sociedad transmitente con motivo de la aportación de activos – Diferimiento de la tributación – Requisito de asignación de un fondo de reserva de suspensión de impuesto en el balance de la sociedad transmitente por el valor de la plusvalía generada»

En el asunto C-207/11,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Commissione tributaria regionale di Milano (Italia), mediante resolución de 7 de abril de 2011, recibida en el Tribunal de Justicia el 2 de mayo de 2011, en el procedimiento entre

3D I Srl

y

Agenzia delle Entrate — Ufficio di Cremona,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera),

integrado por el Sr. A. Tizzano, Presidente de Sala, y los Sres. M. Ilešić (Ponente), E. Levits, J.-J. Kasel y M. Safjan, Jueces;

Abogado General: Sr. N. Jääskinen;

Secretaria: Sra. A. Impellizzeri, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 10 de mayo de 2012;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de 3D I Srl, por los Sres. A. Fantozzi, R. Esposito y G. Mameli, avvocati;
- en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por Sr. P. Gentili, avvocato dello Stato;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. P. Rossi y W. Roels, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 10 de julio de 2012;

dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación de los artículos 2, 4 y 8,

apartados 1 y 2, de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (DO L 225, p. 1).

2 Esta petición se presentó en el marco de un procedimiento entre 3D I Srl (en lo sucesivo, «3D I»), anteriormente 3D FIN Srl, y la Agenzia delle Entrate – Ufficio di Cremona (en lo sucesivo, «Agenzia delle Entrate»), en relación con la negativa de esta última a reembolsar el impuesto sustitutivo («imposta sostitutiva») abonado por dicha sociedad como consecuencia de una operación de aportación intracomunitaria de una de sus ramas de actividad.

Marco jurídico

Normativa de la Unión

3 Los considerandos primero a sexto de la Directiva 90/434 establecen lo siguiente:

«Considerando que las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros pueden ser necesarios para crear en la Comunidad condiciones análogas a las de un mercado interior, y para garantizar así el establecimiento y el buen funcionamiento del mercado común; que dichas operaciones no deben verse obstaculizadas por restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros; que, por consiguiente, es importante establecer para dichas operaciones unas normas fiscales neutras respecto de la competencia, con el fin de permitir que las empresas se adapten a las exigencias del mercado común, aumenten su productividad y refuercen su posición de competitividad en el plano internacional;

Considerando que las disposiciones de orden fiscal penalizan en la actualidad dichas operaciones en relación a las de sociedades de un mismo Estado miembro; que es necesario eliminar dicha penalización;

Considerando que no es posible alcanzar dicho objetivo mediante una ampliación a escala comunitaria de los regímenes internos vigentes en los Estados miembros, ya que las diferencias entre dichos regímenes podrían provocar distorsiones; que sólo un régimen fiscal común puede constituir una solución satisfactoria al respecto;

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

Considerando que en lo referente a las fusiones, escisiones y aportaciones de activos, estas operaciones tendrán normalmente como resultado, bien la transformación de la sociedad transmitente en establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria de la aportación, bien la incorporación de los activos a un establecimiento permanente de esta última sociedad;

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

4 El artículo 2 de esta Directiva, que forma parte de su título I, dedicado a las «disposiciones generales», establece:

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

[...]

- c) aportación de activos: la operación por la cual una sociedad aporta, sin ser disuelta, a otra sociedad la totalidad o una o más ramas de su actividad, mediante la entrega de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria de la aportación;
- d) canje de acciones: la operación por la cual una sociedad adquiere una participación en el capital social de otra sociedad que le permite obtener la mayoría de los derechos de voto de dicha sociedad, mediante la atribución a los socios de la otra sociedad, a cambio de sus títulos, de títulos representativos del capital social de la primera sociedad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad;
- e) sociedad transmitente: la sociedad que transfiere [...] el conjunto o una o varias ramas de su actividad;
- f) sociedad beneficiaria: la sociedad que recibe [...] el conjunto o una o varias ramas de actividad de la sociedad transmitente;

[...]».

5 El título II de la Directiva 90/434 contiene en sus artículos 4 a 8 las «normas aplicables a las fusiones, escisiones y canjes de acciones». El artículo 4 de esta Directiva dispone:

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

Se entenderá por:

- valor fiscal: el valor que se habría utilizado para calcular los beneficios o las pérdidas que integrarían la base imponible de un impuesto sobre la renta, los beneficios o las plusvalías de la sociedad transmitente, si dichos elementos de activo y de pasivo se hubieran vendido en el momento de la fusión o de la escisión pero al margen de dicha operación;
- elementos de activo y de pasivo transferidos: los elementos de activo y de pasivo de la sociedad transmitente que, como consecuencia de la fusión o de la escisión, queden efectivamente vinculados al establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situado en el Estado miembro de la sociedad transmitente y que contribuyan a la obtención de los resultados que integrarían la base imponible de los impuestos.

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

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

6 A tenor del artículo 8, apartados 1 y 2 de dicha Directiva:

«1. La atribución, con motivo de una fusión, de una escisión o de un canje de acciones, de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante a un socio de la sociedad transmitente o dominada, a cambio de títulos representativos del capital social de esta última sociedad, no deberá ocasionar por sí misma la aplicación de un impuesto sobre la renta, los beneficios o las plusvalías de dicho socio.

2. Los Estados miembros subordinarán la aplicación del apartado 1 a la condición de que el socio no atribuya a los títulos recibidos a cambio un valor fiscal más elevado que el que tuvieren los títulos cambiados inmediatamente antes de la fusión, la escisión o el canje de acciones.

La aplicación del apartado 1 no impedirá a los Estados miembros gravar el beneficio resultante de la ulterior cesión de los títulos recibidos de la misma forma en que se habría gravado el beneficio resultante de la cesión de los títulos antes de la atribución.

Se entiende por “valor fiscal” el valor que se utilizaría como base para calcular los posibles beneficios o las pérdidas que integrarían la base imponible de un impuesto sobre la renta, los beneficios o las plusvalías del socio de la sociedad.»

7 El título III de la Directiva 90/434 está dedicado a las «normas aplicables a las aportaciones de activos». En virtud del artículo 9, único artículo de este título, resultan aplicables a estas aportaciones los artículos 4, 5 y 6 de dicha Directiva.

Normativa italiana

8 En Italia, la Directiva 90/434 fue transpuesta mediante el Decreto Legislativo nº 544, de 30 de diciembre de 1992, sobre medidas para transponer las Directivas de la Comunidad relativas al régimen fiscal aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones (GURI nº 9, de 13 de enero de 1993, p. 8; en lo sucesivo, «Decreto Legislativo nº 544/1992»).

9 El artículo 1 del Decreto Legislativo nº 544/1992 establecía lo siguiente:

«Las disposiciones del presente Decreto se aplicarán: [...]

c) a las aportaciones de actividad o de ramas de actividad de una a otra de las entidades mencionadas en la letra a) [a saber, sociedades anónimas, comanditarias por acciones, de responsabilidad limitada o cooperativas, empresas públicas y privadas que tengan por objeto exclusivo o principal el ejercicio de actividades comerciales y que tengan su domicilio en el territorio nacional y toda entidad de características similares que tenga su domicilio en otro Estado de la Unión], con domicilio en diferentes Estados de la Unión, siempre que una de las dos tenga su domicilio en el territorio del Estado.»

10 El artículo 2, apartado 2, del Decreto nº 544/2012 disponía:

«Ninguna de las aportaciones mencionadas en la letra c) generará plusvalías o minusvalías de capital. No obstante, el último valor fiscal atribuido a la actividad o a la rama de actividad aportada

será el valor fiscal del capital recibido. La diferencia entre el valor de las acciones recibidas y el último valor, atribuido a efectos del impuesto sobre los ingresos, de los activos aportados no computará en los ingresos imposables de la sociedad o empresa transmitente siempre que no se hayan materializado o distribuido a los socios. Si las acciones recibidas se computan en el balance con un valor superior al valor contable de la actividad aportada, el saldo deberá anotarse en una partida específica e integrará los ingresos imposables en caso de distribución. [...]»

11 Estaba asimismo en vigor en el momento de la aportación objeto del procedimiento principal el Decreto Legislativo nº 358, de 8 de octubre de 1997, sobre medidas en materia de reorganización de impuestos sobre los ingresos aplicables a las operaciones de cesión y de aportación de sociedades, de fusión, escisión y canje de acciones (GURI nº 249, de 24 de octubre de 1997, p. 4; en lo sucesivo, «Decreto Legislativo nº 358/1997»).

12 El artículo 1, apartados 1 y 2, del Decreto Legislativo nº 358/97 establecía:

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

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

13 Según el artículo 4, apartados 1 y 2, del Decreto Legislativo nº 358/1997:

«1. Las aportaciones de actividad que se hayan conservado durante un plazo no inferior a tres años, efectuadas por las entidades mencionadas en el artículo 87, apartado 1, letras a) y b), de la versión consolidada de la Ley del Impuesto sobre los Ingresos [...] no generarán plusvalías o minusvalías de capital. Sin embargo, la sociedad transmitente deberá aceptar como valor de las acciones recibidas el último valor fiscalmente reconocido de la actividad aportada, y la sociedad beneficiaria sucederá a la sociedad transmitente en la posición relativa a los elementos de activo y de pasivo de dicha actividad; a tal efecto, aquélla deberá incluir los datos que consten en el balance y los valores fiscales reconocidos en un cuadro recapitulativo específico, que se unirá a la declaración de ingresos.

2. En lugar de acogerse a la aplicación del apartado 1, las entidades mencionadas en dicho artículo podrán optar en el momento de la transmisión por que se aplique la versión consolidada de la Ley del Impuesto sobre los ingresos [...] y el artículo 1 del presente Decreto. Dicha opción también podrá ejercitarse con respecto a las aportaciones mencionadas en el artículo 1 del [Decreto Legislativo nº 544/1992].»

14 Los Decretos Legislativos nos 544/1992 y 358/1997 fueron sustituidos con ocasión de una reforma del régimen fiscal nacional llevada a cabo a partir del 1 de enero de 2004, en la que el régimen de neutralidad fiscal de las operaciones de aportación de activos transfronterizos se asimiló al previsto para las operaciones de aportaciones nacionales, y se eliminó el requisito de permanencia de la empresa durante un plazo no inferior a tres años, previsto en el artículo 4, apartado 1, del Decreto Legislativo nº 358/1997. En consecuencia, se suprimió la posibilidad de optar por la aplicación del impuesto sustitutivo al tipo de 19 %.

Litigio principal y cuestión prejudicial

15 3D I es una sociedad mercantil con domicilio social en Crema (Italia). El 12 de octubre de 2000, aportó una rama de actividad de su empresa ubicada en Italia a una sociedad residente en el Gran Ducado de Luxemburgo. A raíz de esta operación, la rama de actividad aportada pasó a constituir un establecimiento permanente en Italia de la sociedad luxemburguesa. Como contraprestación, 3D I recibió una participación en forma de acciones de dicha sociedad. 3D I asignó a estas acciones en el balance un valor superior al valor a efectos fiscales de la rama de actividad aportada.

16 El 9 de mayo de 2001, 3D I optó por la posibilidad, prevista en los artículos 1, apartado 1, y 4, apartado 2, del Decreto Legislativo nº 358/1997, de pagar el impuesto sustitutivo al tipo del 19 %, renunciando así al régimen de neutralidad fiscal previsto en el artículo 2, apartado 2, del Decreto Legislativo nº 544/1992. De este modo, 3D I abonó la cantidad de 5.732.298.000 ITL, es decir, 2.960.484,85 euros, que era el importe correspondiente al impuesto sustitutivo exigible. Tras abonar dicho impuesto, se procedió a la distribución de la plusvalía generada a nivel contable como consecuencia de la operación de aportación, y se reconoció igualmente a efectos fiscales (reajuste de los valores contables y fiscales de estas acciones) la diferencia entre el valor fiscal de la rama de actividad aportada y el valor atribuido a las acciones recibidas como contraprestación de la aportación.

17 Tras tener conocimiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de noviembre de 2002, X e Y (C-436/00, Rec. p. I-10829), 3D I solicitó a las autoridades tributarias el 8 de enero de 2004, la devolución del impuesto sustitutivo abonado. 3D I mantenía que el artículo 2, apartado 2, del Decreto Legislativo nº 544/1992 era contrario a la Directiva 90/434 en la medida en que supedita la neutralidad fiscal de la aportación a requisitos no establecidos en la citada Directiva. La existencia, en particular, del requisito que exige bloquear la diferencia de valor en una reserva no distribuible llevaría en la práctica a las empresas interesadas a optar por el impuesto sustitutivo, debido a que la tercera posibilidad prevista por el régimen nacional, es decir, el abono del impuesto ordinario a un tipo del 33 % sobre la diferencia de valor, es aún menos favorable que las otras dos opciones. 3D I alegaba que había considerado erróneamente que los requisitos previstos en el artículo 2, apartado 2, del Decreto Legislativo nº 544/1992 eran conformes a Derecho, y que basándose en ese error había optado por el impuesto sustitutivo y no por el régimen de neutralidad fiscal.

18 Esta solicitud de devolución fue denegada por silencio administrativo de la Agenzia delle Entrate, y el 13 de abril de 2004 3D I interpuso una demanda ante la Commissione Tributaria Provinciale di Cremona. El 11 de octubre de 2006, dicha demanda fue desestimada sobre la base, en particular, de que 3D I había escogido libremente el régimen del impuesto sustitutivo, y que se había beneficiado del reconocimiento fiscal de la diferencia de valor a un tipo impositivo muy favorable comparado con el que se le habría aplicado en caso de materialización de la plusvalía.

19 El 5 de marzo de 2011 3D I interpuso un recurso contra esta resolución ante la Commissione Tributaria Regionale di Milano. Dicho órgano jurisdiccional estimó que el artículo 2, apartado 2, del Decreto Legislativo nº 544/1992 —en la medida en que establece la obligación de dotar en el balance una reserva de aplazamiento de la imposición como consecuencia de una aportación intracomunitaria, so pena de que las plusvalías generadas por tal aportación estén sujetas a tributación— era contrario a la Directiva 90/434 y a la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la que se establece que son contrarias a Derecho las medidas que restringen la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento. El órgano jurisdiccional consideró que, para evitar esta incompatibilidad con el Derecho de la Unión, los Estados miembros debían aplazar la imposición de las plusvalías hasta el momento en que éstas se realizaran efectivamente, y que esta imposición aplazada no podía estar sujeta a condiciones que

restringieran de forma excesiva las libertades fundamentales.

20 En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional remitente resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Es contraria a los artículos 2, 4 y 8, apartados 1 y 2, de la Directiva [90/434] la norma de un Estado miembro, como Italia, prevista en el artículo 2, apartado 2, del Decreto Legislativo [nº 544/1992], en virtud de la cual una aportación o un canje de acciones da lugar a un gravamen a la sociedad transmitente sobre las plusvalías de aportación correspondientes a la diferencia entre el coste inicial de adquisición de las acciones o participaciones aportadas y su valor venal, a menos que la sociedad transmitente recoja en su balance un fondo de reserva específico por el valor de la plusvalía generada por la aportación, en un asunto como el que es objeto del presente procedimiento?»

Sobre la cuestión prejudicial

21 Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si los artículos 2, 4 y 8, apartados 1 y 2, de la Directiva 90/434 deben interpretarse en el sentido de que se oponen, en una situación como la del litigio principal, a que una aportación de activos o un canje de acciones dé lugar al gravamen, en lo que respecta a la sociedad transmitente, de la plusvalía resultante de la aportación, a menos que la sociedad transmitente recoja en su balance un fondo de reserva específico por el valor de la plusvalía generada por la aportación.

22 Es patente que el procedimiento principal se refiere exclusivamente a una aportación de activos en el sentido del artículo 2, letra c), de la mencionada Directiva, y no a un canje de acciones en el sentido de dicho artículo 2, letra d). En estas condiciones, procede limitar esta cuestión al caso de aportación de activos.

23 Tratándose de esta figura, es preciso también poner de manifiesto que, según el artículo 9 de la Directiva 90/434, el artículo 8 de ésta no forma parte de las normas declaradas aplicables a las aportaciones de activos. Este último artículo dispone que la atribución, con motivo de una fusión, de una escisión o de un canje de acciones, de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante a un socio de la sociedad transmitente o dominada, a cambio de títulos representativos del capital social de esta última sociedad, no deberá ocasionar por sí misma la aplicación de un impuesto sobre la renta, los beneficios o las plusvalías de dicho socio. La inaplicabilidad de este artículo a las aportaciones de activos se explica por el hecho de que, en el caso de tales aportaciones, los títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria no se atribuyen a los socios de la sociedad transmitente sino a la sociedad en sí misma.

24 Por lo tanto, debe analizarse la cuestión planteada con arreglo a los artículos 2, 4 y 9 de la Directiva 90/434.

25 Según el artículo 4, apartado 1, de la Directiva citada, en relación con el artículo 9 de la misma, la aportación de activos no implicará gravamen alguno sobre las plusvalías determinadas por la diferencia entre el valor real de los elementos de activo y de pasivo transferidos y su valor fiscal. Esta disposición precisa que el valor fiscal es el que se habría utilizado para calcular los beneficios o las pérdidas que integrarían la base imponible de un impuesto sobre la renta, los beneficios o las plusvalías de la sociedad transmitente, si dichos elementos de activo y de pasivo se hubieran vendido en el momento de la aportación de activos, pero al margen de dicha operación. Por elementos de activo y de pasivo transferidos, hay que entender, en el marco de una aportación de activos, las ramas de la actividad de la sociedad transmitente que, como consecuencia de la aportación, quedan efectivamente vinculados al establecimiento permanente

de la sociedad beneficiaria situado en el Estado miembro de la sociedad transmitente y que contribuyan a la obtención de los resultados que integrarían la base imponible de los impuestos.

26 Debido a esta obligación de neutralidad fiscal respecto de la sociedad beneficiaria y de la sociedad transmitente, el objetivo perseguido por la Directiva 90/434, según se desprende de sus considerandos primero y cuarto, es garantizar que las aportaciones de activos entre sociedades de diferentes Estados miembros no se vean obstaculizadas por restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros, y ello con el fin de permitir que las empresas se adapten a las exigencias del mercado común, aumenten su productividad y refuercen su posición de competitividad en el plano internacional (véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de julio de 1997, *Leur-Bloem*, C-28/95, Rec. p. I-4161, apartado 45; de 11 de diciembre de 2008, A.T., C-285/07, Rec. p. I-9329, apartado 21, y de 20 de mayo de 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg*, C-352/08, Rec. p. I-4303, apartado 38).

27 Sin embargo, esta obligación de neutralidad fiscal no es incondicional. Según el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 90/434, en relación con el artículo 9 de la misma, los Estados miembros subordinarán la aplicación del apartado 1 de dicho artículo a la condición de que la sociedad beneficiaria calcule las nuevas amortizaciones y las plusvalías o minusvalías relativas a los elementos de activo y de pasivo transferidos en las mismas condiciones en que lo habría realizado la sociedad transmitente si no se hubiera llevado a cabo la aportación de activos. El artículo 4, apartado 3, de la citada Directiva precisa que cuando, con arreglo a la legislación del Estado miembro de la sociedad transmitente, la sociedad beneficiaria pueda calcular estas amortizaciones y estas plusvalías o minusvalías en condiciones distintas de las previstas en el apartado 2 de este artículo, el apartado 1 del mismo no se aplicará a los elementos de activo y de pasivo para los que la sociedad beneficiaria haya hecho uso de dicha facultad.

28 Como indicó la Comisión, esta obligación de la sociedad beneficiaria de preservar, si quiere beneficiarse de la neutralidad fiscal, la continuidad de la evaluación de los elementos de activo y de pasivo transferidos a fin de calcular las nuevas amortizaciones y las plusvalías o minusvalías relativas a dichos elementos, tiene como objetivo evitar que esta neutralidad suponga una exención definitiva, no prevista por la Directiva 90/434. En efecto, según se desprende de los considerandos cuarto y sexto de dicha Directiva, ésta únicamente establece un régimen de diferimiento de la tributación de plusvalías correspondientes a los bienes aportados, el cual, al evitar que la aportación de la actividad dé lugar por sí misma a una imposición, salvaguarda los intereses financieros del Estado de la sociedad transmitente al asegurar la tributación de estas plusvalías en el momento de su realización efectiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de julio de 2007, *Kofoed*, C-321/05, Rec. p. I-5795, apartado 32; A.T., antes citada, apartado 28, y *Modehuis A. Zwijnenburg*, también citada anteriormente, apartado 39).

29 Si bien la Directiva 90/434 define de esta manera los requisitos que debe cumplir el diferimiento de la tributación de las plusvalías correspondientes a la rama de actividad aportada en lo que respecta a la sociedad beneficiaria, no fija en cambio los requisitos que debe cumplir el beneficio, para la sociedad transmitente, de un diferimiento de la tributación de las plusvalías correspondientes a los títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria entregados como contraprestación de la aportación, y no aborda, en particular, la cuestión del valor que la sociedad transmitente debe atribuir a dichos títulos.

30 Ahora bien, contrariamente a lo que parece considerar 3D I, de esto no se deduce que la Directiva 90/434 prohíba a los Estados miembros imponer tales requisitos, sino que, según señala el Abogado General en los puntos 42 y 49 de sus conclusiones, dicha Directiva deja a los Estados miembros un margen de maniobra que les permite subordinar o no la neutralidad fiscal de la que se beneficia la sociedad transmitente a requisitos de evaluación de los títulos recibidos en

concepto de contraprestación, como por ejemplo la continuidad de los valores fiscales, siempre que estos requisitos no tengan como consecuencia que la entrega de estos títulos con ocasión de la aportación de activos genere ella misma una tributación de las plusvalías correspondientes a éstos.

31 Tal como señaló el Abogado General en el punto 43 de sus conclusiones, la génesis de la Directiva 90/434 viene a corroborar esta afirmación, al igual que el hecho de que la Comisión, en su última propuesta de directiva del Consejo (que modifica la Directiva 90/434), de 17 de octubre de 2003 [COM(2003) 613 final], al igual que en su propuesta inicial de directiva del Consejo relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones y aportaciones de activos realizadas entre sociedades de diferentes Estados miembros (DO 1969, C 39, p. 1), propuso incluir una disposición relativa al valor que debía ser atribuido a los títulos recibidos como contraprestación de la aportación de actividad. En virtud de esta disposición, según la cual a dichos títulos se les atribuiría el valor real que la actividad aportada tenía inmediatamente antes de la aportación, la Comisión intentó evitar la doble imposición que puede producirse, en el momento de la realización de las plusvalías, en el supuesto de que la sociedad beneficiaria hubiera evaluado la actividad aportada de conformidad con el requisito del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 90/434 y de que la sociedad transmitente hubiera atribuido a los títulos recibidos el valor que tenía la actividad aportada inmediatamente antes de la operación. Sin embargo, el legislador de la Unión no acogió esta propuesta.

32 En lo que se refiere a la situación de que se trata en el procedimiento principal, de la resolución de remisión y de lo alegado tanto por el Gobierno italiano como por la Comisión se desprende que la legislación nacional habría permitido a 3D I atribuir a los títulos recibidos como contraprestación de la aportación el valor que tenía la actividad aportada antes de la operación, y beneficiarse así del diferimiento de tributación de las plusvalías correspondientes a estos títulos con un requisito que, tal como se ha puesto de manifiesto en los apartados precedentes de esta sentencia, es compatible con el derecho de la Unión en su estado actual.

33 En estas condiciones, no puede considerarse incompatible con la Directiva 90/434 el hecho de que la legislación nacional ofrezca a la sociedad transmitente la posibilidad adicional de atribuir a dichos títulos un valor superior al que tenía la actividad aportada antes de la operación, correspondiente al de la plusvalía realizada en el momento de la aportación, pero subordina esta posibilidad al requisito de que la sociedad asigne en su balance un fondo de reserva específico por el valor de la plusvalía así generada.

34 El Gobierno italiano y la Comisión expusieron, además, que el requisito controvertido en el procedimiento principal responde únicamente a los imperativos contables que se desprenden necesariamente de la evaluación de las participaciones, y que la tributación de dicha reserva en caso de distribución a los socios de la sociedad transmitente era necesaria en el marco del régimen fiscal nacional en vigor en la fecha en que se producen los hechos del procedimiento principal, en la medida en que dicho régimen –que con esta disposición otorgaba un haber fiscal a los socios– habría supuesto un perjuicio inmediato para la Hacienda Pública italiana y un beneficio indebido para dichos socios, e, indirectamente, para la sociedad transmitente.

35 Por todo lo expuesto, procede responder a la cuestión planteada que los artículos 2, 4 y 9 de la Directiva 90/434 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen, en una situación como la del procedimiento principal, a que una aportación de activos dé lugar a la tributación, a cargo de la sociedad transmitente, de la plusvalía generada por dicha aportación, a menos que la sociedad transmitente incluya en su balance un fondo de reserva específico por el valor de la plusvalía generada por dicha aportación.

Costas

36 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 Primera) declara:

Los artículos 2, 4 y 9 de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen, en una situación como la del procedimiento principal, a que una aportación de activos dé lugar a la tributación, a cargo de la sociedad transmitente, de la plusvalía generada por dicha aportación, a menos que la sociedad transmitente incluya en su balance un fondo de reserva específico por el valor de la plusvalía generada por dicha aportación.

Firmas

* Lengua de procedimiento: italiano.