

FICHA DOUTRINÁRIA

Diploma: Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF)
Artigo: 60.º, n.º 1, al. b)
Assunto: Fusão transfronteiriça de empresas; sociedade incorporante em processo de liquidação; isenção de IS
Processo: 2022001232 - IV n.º 23721 com despacho concordante de 2022.12.13, da Diretora-Geral da Autoridade Tributária e Aduaneira
Conteúdo: **I-PEDIDO**

Veio, ao abrigo do artigo 68.º da Lei Geral Tributária (LGT) a sociedade "X" (doravante Requerente), apresentar pedido de informação vinculativa no sentido de confirmar se a operação de fusão transfronteiriça infra descrita, em que a sociedade incorporante se encontra em processo de liquidação, reúne todos os pressupostos para que a transmissão dos imóveis por via dessa fusão, com a imediata alocação desses bens à sucursal portuguesa da sociedade incorporante que irá ser constituída, possa beneficiar da isenção de IS, nos termos da al. b) do n.º 1 do art.º 60.º do EBF.

II - FACTOS ALEGADOS PELA REQUERENTE

1. A Requerente é uma sociedade anónima, com sede em Lisboa, correspondendo à sociedade incorporada na operação de fusão transfronteiriça aqui em causa.
2. A sociedade incorporante é uma sociedade de direito espanhol - "Y" -, com sede em Madrid.
3. A sociedade incorporada é detida, diretamente, na sua totalidade pela "Y".
4. O objeto social e a atividade efetivamente exercida pela Requerente consistem na compra e venda de imóveis e revenda dos adquiridos para esse fim, bem como o seu arrendamento.
5. A sociedade incorporante tem como objeto social e atividade a compra de imóveis para revenda e para arrendamento, bem como o desenvolvimento de outras atividades imobiliárias, assim como de atividades no setor do turismo, hotelaria e restauração.
6. Apesar do seu reconhecido valor no mercado imobiliário espanhol, desde 2011/2012 que a sociedade incorporante tem vindo a enfrentar enormes dificuldades para conseguir pagar aos seus credores, fundamentalmente aos diversos bancos junto dos quais se financiou, o que a levou a apresentar-se à insolvência em 2013, tendo sido decretada a sua dissolução e início de liquidação em setembro de 2017.
7. Vários imóveis de que a Requerente é proprietária, localizados em Portugal, estão onerados com hipotecas que por si foram dadas como garantia dos financiamentos concedidos à sociedade incorporante.
8. No âmbito do processo de liquidação em curso, a sociedade incorporante

pretende vender em sistema de leilão extrajudicial e, através de diferentes lotes, os imóveis que estão dados em garantia aos bancos, já que a venda efetuada nestes moldes, permite obter melhores ofertas, ou seja, preços de venda mais elevados que garantam uma maior capacidade de pagamento do passivo bancário por parte da sociedade incorporante (procedimento previsto no Plano de Liquidação aprovado em.... de 2018 pelo Tribunal de Comércio de Madrid, ... Juízo).

9. Para que o procedimento mencionado no ponto anterior possa ser adotado também para os prédios de que a Requerente é proprietária e que esta deu em hipoteca para garantia dos financiamentos bancários concedidos à sociedade incorporante, é necessário levar a efeito uma operação de fusão transfronteiriça por incorporação da Requerente na "Y".

10. Refira-se que, conforme é informado pela Requerente, a consumação da fusão, através da celebração da respetiva escritura e subsequente registo definitivo da fusão no Registo Comercial, apenas terá lugar após emitido parecer por parte da AT, porquanto a efetivação desta operação implicará alterações significativas à estrutura do grupo empresarial em que se insere e ao modo de afetação do património do grupo, sendo que destas alterações resultarão diversas obrigações de natureza fiscal bastante relevantes.

11. É pretensão do grupo que a atividade da Requerente continue a ser desenvolvida em Portugal através de uma sucursal da sociedade incorporante, à qual serão afetos todos os ativos e passivos que atualmente integram o património da Requerente, a serem transferidos em bloco para a sociedade incorporante no âmbito da fusão - "..... S.A. PT LIQUIDACIÓN, SUCURSAL EN PORTUGAL" (cf. fls. 5 do Projeto de Fusão Transfronteiriça).

12. Nas palavras da Requerente, *"esta operação de fusão tem por objetivo ajudar a viabilizar o pagamento da dívida bancária pela sociedade incorporante e, nessa medida, a manter viva e em atividade esta sociedade, já que a própria atividade que atualmente é desenvolvida (em Portugal) pela Requerente deixaria de ter sustentação económica caso a Sociedade Incorporante se extinguisse"*.

13. Os credores das dívidas foram informados desta operação de fusão sem mostrar discordância.

14. A sociedade incorporante será, em consequência da fusão, sub-rogada em todos os direitos e obrigações laborais e de Segurança Social relativamente aos dois trabalhadores que integram os quadros da Requerente, os quais serão afetos à Sucursal em Portugal da sociedade incorporante.

15. Considerando que a sociedade incorporante se apresentou à insolvência em 2013, tendo sido decretada a dissolução da mesma e o início da sua liquidação em setembro de 2017, a AT solicitou esclarecimento sobre o projetado *"modus operandi"* da atividade da sucursal da sociedade incorporante em Portugal, uma vez que, encontrando-se aquela em liquidação, em princípio, a sua atividade extinguir-se-á, não sendo possível dar continuidade ao exercício de uma atividade económica com vista à repartição dos lucros, fim último de uma sociedade comercial.

16. Em resposta a este pedido de elementos, a Requerente informou que a fase de liquidação da sociedade incorporante se prolongará por vários anos, dado o elevado número de ativos que integra o seu património e que, de forma a facilitar a liquidação e conseguir obter ofertas de aquisição mais atrativas, os imóveis serão vendidos agrupadamente em lotes, em função de diversos critérios.

17. Assim, enquanto não for encerrada a liquidação da sociedade incorporante, esta manterá a sua atividade e, em resultado da fusão, os imóveis que integram o ativo da Requerente passarão para a esfera daquela que, através da sua sucursal em Portugal, continuará a desenvolver a dita atividade.

III - ENTENDIMENTO DA REQUERENTE

1. O artigo 60.º do EBF isenta de IS as transmissões onerosas de imóveis ocorridas no âmbito de operações de reestruturação de entidades que desenvolvam, diretamente e a título principal, atividades económicas de natureza agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços.

2. Para este efeito consideram-se operações de reestruturação (entre outras) as fusões em que estejam envolvidas sociedades residentes em território português ou de outros Estados-membros da UE.

3. Por outro lado, estabelece a alínea b) do n.º 1 deste artigo 60.º do EBF, que são abrangidos por tal isenção de IS os imóveis não habitacionais, destinados a comércio, serviços, terrenos para construção, etc., assim como os imóveis habitacionais, desde que afetos à atividade desenvolvida a título principal pelas sociedades envolvidas nas operações de fusão em causa.

4. Dado que a fusão transfronteiriça a que se reporta o presente Pedido de Informação Vinculativa envolve a Requerente, sociedade residente em Portugal, e a "Y", sociedade residente em Espanha, sendo, ambas, sociedades comerciais que têm por objeto a compra de imóveis para revenda e para locação, entende a Requerente que os requisitos acima mencionados estão preenchidos relativamente à operação de fusão transfronteiriça em apreço.

5. Através da operação de fusão transfronteiriça em apreço, a Requerente irá transferir em bloco, por sucessão universal, a totalidade dos ativos e passivos que integram o seu património a favor da mencionada sociedade espanhola e sua acionista única, a "Y".

6. Esses ativos e passivos, em que se incluem diversos imóveis localizados em Portugal, serão afetos à sucursal portuguesa da Sociedade Incorporante, através da qual continuará a ser desenvolvida a atividade de compra e venda de imóveis e revenda dos adquiridos para esse fim, bem como o seu arrendamento, atividade atualmente prosseguida pela Requerente.

7. Efetivamente, trata-se de uma operação de fusão entre duas sociedades que desenvolvem atividades económicas de natureza comercial, sendo a transmissão dos referidos imóveis para a Sociedade Incorporante e sua alocação à Sucursal portuguesa dessa mesma sociedade, necessária à concretização da operação.

8. A Requerente entende, assim, que a transmissão dos seus imóveis no âmbito desta fusão deve beneficiar da isenção de IS prevista no referido artigo 60.º do EBF, na medida em que se encontram preenchidos todos os requisitos de que depende a aplicação de tal isenção.

IV - ANÁLISE DO PEDIDO

Considerando o teor do pedido, o objeto da presente informação vinculativa é confirmar se a operação de fusão transfronteiriça infra descrita, em que a sociedade incorporante se encontra em processo de liquidação, reúne todos os pressupostos para que a transmissão dos imóveis por via dessa fusão, com a imediata alocação desses bens à sucursal portuguesa da sociedade incorporante que irá ser constituída, possa beneficiar da isenção de IS, nos termos da al. b) do n.º 1 do art.º 60.º do EBF.

Relembremos, em traços gerais, a situação fáctica subjacente a este pedido de pronúncia da AT.

A sociedade incorporante apresentou-se à insolvência em 2013, e, em ...-...-2017, foi decretada a sua dissolução e início da liquidação.

A passar por dificuldades económicas, a sociedade incorporante deixou de conseguir assegurar o cumprimento das obrigações perante os seus credores, designadamente aos bancos junto dos quais se financiou, dando em hipoteca, como garantia de pagamento das suas dívidas, os imóveis em seu nome, bem como os da propriedade da Requerente (por si detida a 100%), localizados em Portugal.

Como é referido pela Requerente, para que se possa proceder à venda em sistema de leilão extrajudicial dos imóveis de que é proprietária e que deu em hipoteca como garantia dos financiamentos concedidos à "Y", é necessário levar a cabo uma operação de fusão transfronteiriça por incorporação da Requerente na sobredita sociedade incorporante.

A "Y" pretende que a atividade da Requerente continue a ser exercida em Portugal através de uma sucursal da sociedade incorporante.

Nas palavras da Requerente, *"esta operação de fusão tem por objetivo ajudar a viabilizar o pagamento da dívida bancária pela sociedade incorporante e, nessa medida, a manter viva e em atividade esta sociedade, já que a própria atividade que atualmente é desenvolvida (em Portugal) pela Requerente deixaria de ter sustentação económica caso a Sociedade Incorporante se extinguisse"*.

Através desta fusão, todos os ativos e passivos que atualmente integram o património da Requerente serão transferidos em bloco para a sociedade incorporante e esta será sub-rogada em todos os direitos e obrigações laborais e de Segurança Social relativamente aos dois trabalhadores que integram os quadros da Requerente, os quais serão afetos à Sucursal em Portugal da sociedade incorporante.

Vejamos então,

Dúvidas não restam que estamos perante uma fusão transfronteiriça.

Tanto ao abrigo do n.º 1 do art.º 117.º-A do Código das Sociedades Comerciais (CSC), como do art.º 54.º da Ley 3/2009, de 3 de abril (Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles - doravante LME), lei esta espanhola que regula, entre outras operações de reestruturação, a fusão de sociedades, a fusão transfronteiriça realiza-se mediante a reunião numa só de duas ou mais sociedades, desde que uma das sociedades participantes na fusão tenha sede em Portugal ou em Espanha e outra das sociedades participantes na fusão tenha sido constituída de acordo com a legislação de um Estado membro, nos termos da Diretiva n.º 2005/56/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro, e tenha a sede estatutária, a administração central ou o estabelecimento principal no território de outro Estado membro da Comunidade.

Ao contrário do direito espanhol que permite a fusão de sociedades em processo de liquidação, desde que ainda não se tenha iniciado a distribuição do seu património pelos sócios (art.º 28.º - "[l]as sociedades en liquidación podrán fusionarse con otras siempre que no haya comenzado la distribución de su patrimonio entre los socios - ex vi do art.º 55.º da LME), o CSC, no n.º 3 do seu art.º 97.º ex vi do art.º 117.º-B não o permite ("*[n]ão é permitido a uma sociedade fundir-se a partir da data da petição de apresentação à insolvência ou do pedido de declaração desta*").

No entanto, atendendo a que a projetada operação de fusão será realizada em Espanha, o constrangimento mencionado no parágrafo anterior não ocorrerá.

Conforme acima se referiu, através desta fusão todos os ativos e passivos que atualmente integram o património da Requerente serão transferidos em bloco para a sociedade incorporante, pelo que a Requerente extinguir-se-á. Todavia, não nos referimos à extinção da sociedade por efeito da liquidação como acontecerá no caso da sociedade incorporante (cf. n.º 2 do art.º 23.º da LME).

Apesar de um dos efeitos da fusão ser a extinção da sociedade incorporada, traduzida na extinção da pessoa jurídica, na extinção das relações de sociedade entre sócios e na extinção das participações dos sócios nessas sociedades, a verdade é que essas extinções têm uma finalidade em si mesmas que não se pode confundir com o desaparecimento da sociedade incorporada, pois *"extingue-se para substituir, extingue-se para renovar"* (RAÚL VENTURA, em *"Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades - Comentário ao Código das Sociedades Comerciais"*, Almedina, setembro de 2003, 2.ª reimpressão da 1.ª edição de 1990, pág. 230).

As operações de reestruturação compreendidas no art.º 60.º do EBF visam transformar a estrutura produtiva das empresas, modificando a forma de participação dos fatores de produção no processo de obtenção de lucro, seja através da aquisição ou substituição de fatores de produção seja através da reconfiguração jurídica em torno do controlo da sociedade, com o principal objetivo de criar valor para os proprietários.

Como se pôde analisar por aquilo que foi alegado pela Requerente, não existe

qualquer relação entre o universo de operações abrangidas pelo art.º 60.º do EBF e aquela que está em causa na situação em apreço, a qual, segundo a própria Requerente, visa *"viabilizar o pagamento da dívida bancária pela Sociedade Incorporante"*, estando assegurada a atividade, mas apenas até que a liquidação esteja encerrada.

Não obstante a projetada operação de fusão ir ser regulada por normas de dois ordenamentos jurídicos distintos, um dos quais espanhol, a isenção que a Requerente pretende beneficiar assenta em normas autónomas e próprias de direito tributário português com total independência do direito espanhol.

De acordo com o n.º 1 do art.º 2.º do EBF, os benefícios fiscais devem considerar-se medidas de carácter excepcional, instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes e que sejam superiores aos da tributação que impedem.

Do ponto de vista jurídico, e na ótica da relação jurídica de imposto, os benefícios fiscais consubstanciam, antes de mais, factos que estando sujeitos a tributação, são impeditivos do nascimento da obrigação tributária ou, pelo menos, de que a mesma surja em plenitude. Na verdade, enquanto facto impeditivo, o benefício fiscal traduz-se sempre em situações que estão sujeitas a tributação, isto é, que são subsumíveis às regras jurídicas que definem a incidência objetiva e subjetiva do imposto.

In casu, a projetada operação de fusão, apesar de se ir concretizar em Espanha, na medida em que envolve a transmissão onerosa do direito de propriedade de bens imóveis em Portugal, preenche os pressupostos de incidência territorial e objetiva de tributação em sede de IMT e, conseqüentemente, de IS – verba 1.1, não se vislumbrando nestes Códigos quaisquer exceções à sua tributação pelo facto de o adquirente ter uma nacionalidade distinta da portuguesa (no caso, ser uma sociedade com sede em Espanha).

Nos termos do n.º 1 do art.º 2.º do CIMT, o IMT incide sobre as transmissões, a título oneroso, do direito de propriedade ou de figuras parcelares desse direito, sobre bens imóveis situados no território nacional, sendo o elo territorial dos imóveis o elemento de conexão determinante para haver tributação a dita tributação-regra.

Mais adiante, a al. h) do n.º 5 do art.º 2.º do CIMT concretiza essa tributação ao determinar que as transmissões de bens imóveis por fusão de sociedades estão sujeitas a IMT.

Por sua vez, ao haver uma transmissão onerosa do direito de propriedade sobre imóveis em Portugal, esta operação encontra-se, igualmente, sujeita a IS, de acordo com o n.º 1 do art.º 1.º do CIS e da Verba 1.1 da TGIS.

No entanto, a al. b) do n.º 1 do art.º 60.º do EBF prevê uma isenção de IS às entidades que exerçam, diretamente e a título principal, uma atividade económica de natureza agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços, quando esteja em causa a transmissão de imóveis não habitacionais e, quando afetos à atividade exercida a título principal, também a imóveis habitacionais, sendo que em ambos os casos, essa transmissão tem que ser

necessária às operações de reestruturação.

Passando mais concretamente à análise da questão primordial que se coloca no presente pedido de informação vinculativa, cumpre-nos aferir se, no âmbito de uma operação de fusão, encontrando-se a sociedade incorporante em fase de liquidação, se pode considerar, para efeitos de aplicação das isenções constantes no n.º 1 do art.º 60.º do EBF, que exerce uma atividade económica de natureza comercial, industrial ou agrícola.

Conforme consta a fls. 6 e 7 do "Projeto de Fusão Transfronteiriça", no seu ponto 3, como a sociedade incorporante não conseguiu chegar a acordo com o sindicato bancário para levantar a hipoteca existente sobre os bens imobiliários hipotecados, projetou executar esta fusão para proceder à venda de tais bens, livres de ónus, num processo de leilão extrajudicial, para que os credores hipotecários possam ter o seu crédito satisfeito, na medida do possível, com o produto da venda. A venda destes bens localizados em Portugal e sujeitos à lei portuguesa, dado o elevado ónus hipotecário que os onera, não pode ser realizada, livre de ónus, e se a operação de fusão não for realizada os bens serão bloqueados sine die.

Este mesmo objetivo da venda dos imóveis também consta a fls. 5 do "Plan de Liquidación", no seu ponto 3, no pressuposto declarado que a única finalidade atual da sociedade incorporante é a de proceder à liquidação dos ativos, obtendo dos mesmos o maior valor possível, a fim de proceder à sua posterior repartição pelos credores.

Ora, o exercício de uma atividade económica por parte de uma sociedade pressupõe a continuidade desse mesmo exercício e, no caso em apreço, estamos perante uma situação efémera, por natureza temporária, na medida em que a sociedade incorporante só manterá a sua atividade para venda dos imóveis onerados com hipoteca, tendo em vista a satisfação dos créditos em dívida. A lógica de atuação futura da sociedade é alienar o ativo para cobrir o passivo da mesma, de forma a solver as dívidas aos credores.

À semelhança do regime de liquidação de sociedades no direito português, a Ley de Sociedades de Capital (doravante LSC), aprovada pelo Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julho, define a liquidação como um estado jurídico que se inicia com a dissolução e encerra com a inscrição da extinção da sociedade no Registo Mercantil ("cancelación registral") e, que se materializa com a necessidade de as sociedades ditas de capital incluírem na sua denominação a expressão «en liquidación». Isto com o intuito de tornar público o processo extintivo em que se encontra a sociedade.

A dissolução e a abertura de liquidação da sociedade incorporante seguirão as regras de direito espanhol, designadamente os artigos 360.º e seguintes da LSC.

De referir que o n.º 2 do art.º 361.º da LSC dispõe que *"[l]a apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores producirá la disolución de pleno derecho de la sociedad. En tal caso, el juez del concurso hará constar la disolución en la resolución de apertura de la fase de liquidación del concurso"*.

De facto, como foi referido e consta do ponto 1, a fls. 3 e 4, do "Plan de

Liquidación", em ...-...-2017, foi decretada a dissolução da sociedade incorporante e início da sua liquidação pelo "Juzgado Mercantil número de Madrid".

E, nos termos do n.º 1 do art.º 371.º da LSC, "[l]a disolución de la sociedad abre el período de liquidación".

Ora, a dissolução é uma fase pressuposta da extinção, constituindo a liquidação uma consequência da dissolução. A liquidação é a última fase da vida das sociedades. Nas palavras de PUPO CORREIA, em *"Direito Comercial - Direito da Empresa"*, Ediforum, Lisboa, 9.ª ed., 2005, *"a dissolução e a liquidação da sociedade definem-se conjuntamente como o processo de cessação da existência da sociedade, desencadeado por um facto jurídico gerador da desconstituição desta, seguido da realização do seu activo patrimonial, satisfação do passivo e determinação do destino do respetivo saldo líquido"*.

Durante a fase de liquidação decorrem as operações que consistem, na realização (venda, afetação externa e cobrança) do ativo e pagamento do passivo, com o objetivo de reduzir a dinheiro ou bens facilmente realizáveis para serem partilhados.

Como acima já se referiu quanto aos objetivos desta projetada operação de fusão, dúvidas não restam que não será objetivo da sociedade incorporante dar continuidade à sua atividade após a liquidação da mesma, ainda que crie uma sucursal em Portugal.

Pretende sim proceder à venda dos seus ativos para viabilizar a satisfação dos créditos garantidos pelas hipotecas dos imóveis.

A lei fiscal não define o conceito de atividade económica. No entanto, de acordo com a Classificação Portuguesa das Atividades Económicas - Rev. 3, publicada pelo Instituto Nacional de Estatística e disponível no sítio da internet https://www.ine.pt/ine_novidades/semin/cae/CAE_REV_3.pdf (cf. fls. 16), *"[a] atividade económica é o resultado da combinação dos fatores produtivos (mão-de-obra, matérias-primas, equipamentos, etc.), com vista à produção de bens e serviços. Independentemente dos fatores produtivos que integram o bem ou serviço produzido, toda a atividade pressupõe, em termos genéricos, uma entrada de produtos (bens ou serviços), um processo de incorporação de valor acrescentado e uma saída (bens e serviços). Os bens e serviços resultantes de uma determinada atividade económica podem destinar-se à venda, à permuta ou a uma prestação social, portanto, com ou sem fins lucrativos para a unidade que os produzem"*.

Pois bem, diante da descrição da atividade da sociedade incorporante, nesta fase de liquidação, concluímos que a mesma não exerce qualquer atividade económica nos termos acima descritos.

Nestes termos, defendemos que uma operação com a configuração daquela que está aqui em análise, não deve ser elegível para efeitos de benefício da isenção da al. b) do n.º 1 do art.º 60.º do EBF, porquanto não se verifica o pressuposto da continuidade da atividade em conformidade com o objeto social definido no contrato de sociedade.

V – CONCLUSÕES

Em face do exposto, conclui-se que:

- a) A operação de fusão transfronteiriça em apreço, em que se perspetiva que a Requerente seja fundida na sociedade que a detém a 100%, a sociedade de direito espanhol "Y", não é elegível para efeitos da isenção prevista na al. b) do n.º 1 do art.º 60.º do EBF.
- b) Com efeito, uma vez que a sociedade incorporante se encontra em liquidação e não a vai reverter com a fusão, fica comprometido o pressuposto da continuidade da atividade subjacente à concessão da isenção acima mencionada.