

Sentencia del TJCE (Sala Segunda) de 2 de octubre de 2008.

■ **Asunto:** C-360/06. Bauer

■ **Partes:** Heinrich Bauer Verlag Beteiligungs GmbH y Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg

■ **Síntesis:** Libertad de establecimiento – Legislación tributaria – Impuesto de sociedades – Valoración de las participaciones no cotizadas en sociedades de capital.

I. Antecedentes y cuestiones planteadas.

La presente sentencia tiene como objeto determinar la adecuación al derecho comunitario de la aplicación de reglas diferentes de valoración aplicables a las participaciones en entidades domésticas y en entidades extranjeras, a efectos de la liquidación del impuesto sobre el patrimonio.

Heinrich Bauer Verlag KG (denominado en la sentencia como HB) es la sociedad matriz de Heinrich Bauer Verlag Beteiligungs GmbH (denominado en la sentencia como HBV), que posee participaciones en dos sociedades establecidas en el extranjero, una sociedad en comandita española, Bauer Ediciones Sociedad en Comandita (HBE), y Basar Zeitungs- und Verlagsgesellschaft mbH und Co. Kg de Austria (WBC).

Según el Derecho alemán, en el marco de la valoración de las participaciones de sociedades de capital no cotizadas a efectos de liquidar el impuesto sobre el patrimonio, las participaciones de éstas en **sociedades personalistas extranjeras** se evalúan según su valor de mercado, mientras que en el caso de las participaciones en las sociedades personalistas nacionales la valoración se basa únicamente en el valor patrimonial. Si el valor de mercado no puede determinarse mediante referencia a una transmisión que haya tenido lugar en los doce meses anteriores a la valoración, se determinará sobre la base del valor patrimonial y de las expectativas de beneficio de la sociedad de la que se trate. En consecuencia, mientras las participaciones en entidades nacionales se valoran por su valor intrínseco o valor patrimonial, las participaciones en entidades extranjeras incluyen también sus expectativas de beneficio, asimilándose al valor de mercado.

Considerando que dicha diferencia en los criterios de valoración puede suponer una restricción en origen a la libertad de establecimiento, y teniendo en cuenta la doctrina del TJCE sobre restricciones a la libertad de establecimiento, el Tribunal remitente no identifica ningún objetivo legítimo compatible con el Tratado CEE. También considera que las libertades fundamentales no resultan aplicables a la inversión en las participaciones de la sociedad filial austríaca.

Con todo, el Finanzgericht Hamburg decide suspender el procedimiento y plantear al

Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Es contrario al artículo 52 en relación con el artículo 58 del Tratado [...] el hecho de que, en el marco de la valoración de participaciones no cotizadas en sociedades de capital, se atribuya a la participación en una sociedad personalista nacional un valor inferior al de la participación en una sociedad personalista establecida en otro Estado miembro?»

2. Comentario

El Tribunal de Justicia aplica a este caso su consolidada doctrina acerca de la incidencia de las libertades fundamentales –en este caso, de la libertad de establecimiento– sobre el diferente trato tributario asignado a los componentes externos del hecho imponible frente a los correspondientes a los componentes internos del hecho imponible.

El Tribunal sigue su planteamiento tradicional en el descubrimiento de la existencia de una vulneración del ordenamiento comunitario, si bien, como analizaremos a lo largo del comentario, incorpora una serie de matices de interés.

En primer lugar, el Tribunal delimita temporalmente la aplicación de las libertades fundamentales al supuesto de hecho, para confirmar la consideración del Tribunal nacional:

-La libertad fundamental de establecimiento no puede ser alegadas en relación con la participación de la empresa alemana en la empresa austríaca en 1988, puesto que Austria no era miembro de la Comunidad Europea (incorporación el 1 de enero de 1995), no se había firmado el Acuerdo del EEE (entrada en vigor el 1 de enero de 1994),

-La libre circulación de capitales no genera situaciones jurídicas particulares a favor de la empresa afectada puesto que la supresión de las restricciones a los movimientos de capitales tuvo lugar en virtud de la Directiva 88/361/CEE del Consejo de 24 de junio de 1988, debiéndose adaptarse el Derecho nacional a la misma a más tardar el 1 de julio de 1990, por lo que no resultaba operativo en el asunto en el año 1988.

De este modo, la delimitación de los efectos del ordenamiento comunitario al caso de autos se circunscribe a la participación de la empresa alemana en la sociedad comanditaria española.

Al efecto el Tribunal de Luxemburgo considera que la libertad de establecimiento despliega sus efectos a partir del siguiente planteamiento.

La libertad de establecimiento comprende el derecho a ejercer una actividad por cuenta propia en el Estado miembro de que se trate por medio de una sucursal o agencia, ejerciéndose en las mismas condiciones que las definidas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus propios nacionales. En relación con las sociedades, su domicilio sirve para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado.

La libertad de establecimiento tiene como misión asegurar el trato nacional en el Estado miembro de acogida. Sin embargo, también se opone a que el Estado de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación y que responda a la definición del artículo 58 del Tratado.

La libertad de establecimiento afecta aquellas disposiciones nacionales que se aplican a la posesión por un nacional o por una sociedad del Estado miembro de una participación tal en el capital de una sociedad establecida en otro Estado miembro que le confiere una influencia real en las decisiones de dicha sociedad y le permita determinar las actividades de ésta. Así sucede cuando una sociedad residente es titular de una participación del 100% en el capital de una sociedad establecida en otro Estado miembro o cuando todas las participaciones de una sociedad que tiene su domicilio en un Estado miembro se encuentran, directa o indirectamente, en poder de los miembros de una misma familia, residentes en otro Estado miembro, quienes tienen los mismos intereses, adoptan las decisiones relativas a la sociedad de común acuerdo, a través de un mismo representante en la junta general de la sociedad, y determinan sus actividades.

En todo caso, sin embargo, el Tribunal refuerza el contenido económico del derecho derivado del ejercicio de la libertad de establecimiento – confiriéndole una influencia real en las decisiones de la sociedad personalista establecida en otro Estado miembro y le permita determinar las actividades de ésta-, y siempre que el ejercicio efectivo de dicha libertad sea verificado por parte del Tribunal nacional –corresponde al tribunal remitente verificar si ésta es la situación en el asunto principal-. El Tribunal de Luxemburgo se aparta con este enfoque de anteriores planteamientos genéricos, automáticos y maximalistas con los que proclamaba la primacía maximalista del ordenamiento comunitario, en pos de una verificación del ejercicio efectivo de los derechos de contenido económico que otorga el ordenamiento comunitario reforzando con ello la colaboración entre los tribunales nacionales y el TJCE a los efectos de garantizar la eficacia del ordenamiento comunitario.

Verificada la protección de la libertad de establecimiento por el ejercicio efectivo de sus derechos, el Tribunal considera que la libertad de establecimiento queda restringida por la normativa fiscal aplicada por Alemania, a partir del siguiente razonamiento lógico.

La situación fiscal de una sociedad alemana que tiene una participación en el capital de una sociedad personalista establecida en otro Estado miembro es menos favorable en relación con el impuesto sobre el patrimonio exigible que cuando dicha sociedad tiene una participación en una sociedad personalista establecida en Alemania.

A estos efectos, el Tribunal de Luxemburgo analiza la incidencia de la normativa comunitaria, sin verificar el contexto fáctico y normativo interno en el que se inserta la cuestión prejudicial, que corresponde en todo caso al Tribunal remitente, por lo que el error en dicha apreciación debe ser verificado por el Tribunal nacional.

La diferencia de trato entre las participaciones en una sociedad personalista alemana y una

sociedad personalista extranjera genera una desventaja fiscal para la sociedad matriz alemana. Dicha desventaja fiscal la disuade de participar en el capital de una sociedad personalista establecida en otro Estado miembro por lo que constituye una restricción a la libertad de establecimiento.

La restricción a la libertad de establecimiento sólo puede justificarse si:

- persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado;
- se encuentra justificada por razones imperiosas de interés general.

En este caso, la medida restrictiva:

- debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue;
- no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

Ninguna de las razones de interés general alegadas por el gobierno alemán son aceptadas por parte del TJCE en el caso enjuiciado.

No se aprecia coherencia fiscal en la diferente regla de valoración de las participaciones en sociedades personalistas domésticas y domiciliadas en otros Estados miembros, puesto que no se demuestra la existencia de vínculo directo entre la ventaja fiscal atribuida a las participaciones en el capital de una sociedad personalista establecida en Alemania y un gravamen fiscal correlativo.

Tampoco se acepta en este caso la alegación de la eficacia de los controles fiscales puesto que, aunque no fuera aplicable la Directiva 77/799/CEE, dicha circunstancia no podría justificar que el método de cálculo del valor de las participaciones en sociedades establecidas en otros Estados miembros se realice de forma desventajosa. No puede alegarse dificultades administrativas puesto que en todo caso, a juicio del TJCE, las autoridades fiscales podrían solicitar a los propios contribuyentes que aporten los elementos de prueba que esas autoridades estimen necesarios para calcular el valor de las participaciones de dichos contribuyentes en sociedades establecidas en otros Estados miembros.

De ahí que el TJCE concluya que dicha norma tributaria resulta contraria al ejercicio de la libertad de establecimiento por parte de las sociedades alemanas mediante la adquisición de una participación en una sociedad personalista extranjera que pueda conferirle una influencia real en las decisiones de la sociedad personalista establecida en otro Estado miembro y le permita determinar las actividades de ésta.

3. Fallo

A falta de justificación válida, los artículos 52 del Tratado CEE (posteriormente artículo 52 del Tratado CE, actualmente artículo 43 CE, tras su modificación) y 58 del Tratado CEE (posteriormente artículo 58 del Tratado CE, actualmente artículo 48 CE), se oponen a la aplicación de una legislación fiscal de un Estado miembro en cuanto, en el marco de la valo-

ración de participaciones no cotizadas de una sociedad de capital en circunstancias como las del litigio principal, dicha legislación tiene por efecto atribuir a la participación de esa sociedad en el capital de una sociedad personalista establecida en otro Estado miembro un valor más elevado que a su participación en una sociedad personalista establecida en el Estado miembro de que se trata, siempre que, no obstante, tal participación pueda conferirle una influencia real en las decisiones de la sociedad personalista establecida en otro Estado miembro y le permita determinar las actividades de ésta. ■