

Comentario a la Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2019

José Manuel Almudí Cid

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Complutense de Madrid
Miembro de AEDAF

Asunto: C-135/17.

Partes: X GmbH.

Síntesis: «Procedimiento prejudicial — Libre circulación de capitales — Movimientos de capitales entre los Estados miembros y terceros países — Cláusula de *standstill* — Normativa nacional de un Estado miembro sobre las sociedades intermedias domiciliadas en terceros países — Modificación de esta normativa, seguida por el restablecimiento de la normativa anterior — Rendimientos de una sociedad domiciliada en un tercer país procedentes de la posesión de créditos frente a una sociedad domiciliada en un Estado miembro — Integración de tales rendimientos en la base imponible de un sujeto pasivo cuya residencia fiscal se encuentra en un Estado miembro — Restricción de la libertad de circulación de capitales — Justificación»

1. Antecedentes y cuestiones planteadas

«X GmbH» es una sociedad de responsabilidad limitada de Derecho alemán que poseía una participación del 30 % en «Y», sociedad de capital cuya sede y cuyo domicilio se encuentran en Suiza. «Y», a su vez, celebró, en junio de 2005, un «contrato de readquisición y de cesión de créditos» con «Z GmbH», sociedad de gestión de derechos deportivos domiciliada en Alemania.

Los créditos cedidos a «Y» se basaban en contratos en virtud de los cuales «Z» abonaba subvenciones no reembolsables a clubes deportivos, poniendo de esta manera los importes líquidos a disposición de esos clubes, y obtenía como contraprestación «participaciones en los beneficios» cuyo importe mínimo correspondía al abonado por «Z» en concepto de las subvenciones, importe que, sin embargo, podía ser mayor dependiendo del rendimiento deportivo del club en cuestión y de sus ingresos procedentes, en particular, de los derechos de difusión.

Y pagó a «Z», en concepto de precio de adquisición por la cesión de los créditos en cuestión, un importe de 11.940.461 euros, para cuya obtención íntegra había recurrido a financiación exterior. En noviembre de 2005, «X» autorizó a «Y» para obtener un préstamo que ascendía a 2,8 millones de euros.

Por resolución de 1 de enero de 2007, la Delegación de Hacienda de Stuttgart declaró que «X» había percibido rendimientos de carácter pasivo de una sociedad domiciliada en un tercer país. Según dicha Delegación, «Y» debía ser calificada como sociedad intermedia respecto a los «rendimientos intermedios que tienen la naturaleza de inversiones», a efectos del artículo 7, apartados 6 y 6a, de la norma reguladora del impuesto sociedades alemán de 2006, parte de los rendimientos obtenidos por «Y» en virtud de los créditos adquiridos de «Z» se integró en la base imponible de «X», a la que se atribuyeron, en el año 2006, unos beneficios de 546.651 euros, de los que podían deducirse pérdidas por importe de 95.223 euros, imputadas al año anterior.

Tras plantearse diversos recursos por «X» en sede administrativa y judicial, el *Bundesfinanzhof* decidió plantear las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 57 CE, apartado 1 (actualmente artículo 64 TFUE, apartado 1), en el sentido de que una restricción a la libre circulación de capitales con terceros países establecida por un Estado miembro y existente el 31 de diciembre de 1993, relativa a las inversiones directas, no está sujeta al artículo 56 CE (actualmente artículo 63 TFUE), aunque la disposición que en la fecha de referencia restringía la circulación de capitales con terceros países afectase esencialmente solo a inversiones directas, pero, en la fecha de referencia, se amplió de manera que desde entonces comprende también las participaciones de cartera en sociedades extranjeras por debajo del límite de participación del 10 %?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión: ¿Debe interpretarse el artículo 57 CE, apartado 1, en el sentido de que se ha de considerar como aplicación en la fecha de referencia, el 31 de diciembre de 1993, de una disposición nacional vigente sobre una restricción a la libre circulación de capitales con terceros países que supongan inversiones directas el hecho de que sea aplicable una disposición posterior, esencialmente idéntica a la restricción existente en la fecha de referencia, cuando esta última fue sustancialmente modificada poco tiempo después de la fecha de referencia en virtud de una ley que, pese a haber entrado en vigor, en la práctica nunca llegó a aplicarse porque en el momento de ser aplicable por primera vez a un caso concreto ya había sido sustituida por la disposición actualmente aplicable?

3) En caso de respuesta negativa a alguna de las dos primeras cuestiones: ¿Se opone el artículo 56 CE a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual la base imponible de un sujeto pasivo domiciliado en dicho Estado miembro y que posee participaciones de al menos el 1 % en una sociedad domiciliada en otro Estado (en este caso, en Suiza) se ve incrementada en una proporción de los rendimientos positivos de naturaleza inversora obtenidos por la segunda sociedad, en el importe de la cuota de participación correspondiente, siempre que dichos rendimientos estén sujetos a una tributación menor que en el primer Estado mencionado?»

2. Fundamentos de Derecho y comentario

Mediante su primera cuestión prejudicial, el Tribunal Supremo alemán plantea al Tribunal de Luxemburgo si la cláusula de *standstill* establecida en el artículo 64 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que el artículo 63 TFUE, apartado 1, no impide aplicar una restricción a los movimientos de capitales destinados a terceros países o procedentes de ellos que supongan inversiones directas que ya existía, en lo fundamental, el 31 de diciembre de 1993, en virtud de la normativa de un Estado miembro, aun cuando el alcance de dicha restricción se haya ampliado, después de esa fecha, a las participaciones que no suponen una inversión directa.

Según se ha señalado previamente «X» poseía una participación del 30 % en «Y», calificada por el tribunal remitente como inversión directa. La normativa de imputación de rentas que le resulta aplicable (similar al régimen de transparencia fiscal internacional español) se amplió con posterioridad al 31 de diciembre de 1993, de tal modo que esa normativa no solo se aplica a las participaciones superiores al 10 % en el capital de una sociedad domiciliada en un tercer país, sino también a las participaciones de menos del 10 % en el capital de ese tipo de sociedades, participaciones que el tribunal remitente considera inversiones de cartera.

Pese a dicha modificación, que establecía un porcentaje de participación inferior al fijado inicialmente por el régimen de imputación de rentas de entidades extranjeras, el artículo 63 TFUE, apartado 1, no impide aplicar una restricción que ya existía el 31 de diciembre de 1993 en virtud del Derecho nacional y que afecta a los movimientos de capitales mencionados en el artículo 64 TFUE, apartado 1, como, entre otras, las inversiones directas con destino a terceros países o procedentes de ellos, sin perjuicio de que, después de esa fecha, pueda ampliarse el alcance de la normativa que establece dicha restricción a otros tipos de movimientos de capitales, como las inversiones de cartera.

En estas circunstancias, según había señalado el Abogado General en sus conclusiones, la modificación introducida en la normativa alemana, por la que se establece la reducción del límite de participación del 10 % al 1 % en el capital de las sociedades de que se trate —aun cuando haya llevado a que inversiones distintas de las directas queden incluidas en el ámbito de aplicación de la normativa nacional controvertida en el litigio principal—, no afecta a la posibilidad de que el Estado miembro interesado siga aplicando a terceros países las restricciones que ya existían el 31 de diciembre de 1993 en virtud del Derecho nacional, siempre que estas se refieran a los movimientos de capitales mencionados en el artículo 64 TFUE, apartado 1.

Una vez despejada por el Tribunal la duda relativa a la posibilidad de considerar aplicable el régimen de imputación, pese a la existencia de la referida cláusula de *standstill*, este se adentra en la adecuación de la norma de imputación a las libertades fundamentales. A estos efectos, el Tribunal de Justicia trae a colación su jurisprudencia previa en el caso *Cadbury*, si bien matiza que el concepto de «montaje puramente artificial» no puede reducirse necesariamente a los elementos referentes a la falta de realidad económica de la domiciliación de una sociedad ya que puede concurrir en diversas formas la creación artificial de las condiciones requeridas para eludir indebidamente la tributación en un Estado miembro o para acogerse indebidamente a un beneficio fiscal en este, por lo que se refiere a los movimientos de capitales transfronterizos. Ciertamente, dichos datos pueden ser indicios de que existe un montaje puramente artificial también para aplicar las normas sobre libre circulación de capitales, en particular, cuando resulta necesario valorar la justificación comercial de una adquisición de participaciones en una sociedad que no ejerce actividades económicas propias.

No obstante, dicho concepto también puede incluir, en el ámbito de la libertad de circulación de capitales, cualquier estructura cuyo objetivo principal o uno de cuyos objetivos principales sean la transferencia artificial de los beneficios obtenidos gracias a actividades realizadas en el territorio de un Estado miembro y destinadas a terceros países con baja tributación.

Ahora bien, el Tribunal de justicia considera que la normativa de que se trata en el litigio principal no tiene por objeto únicamente obstaculizar las conductas que consistan en crear tales estructuras artificiales. En efecto, cuando se comprueba que un sujeto pasivo residente posee al menos el 1 % del capital social de otra sociedad, domiciliada en un tercer país con baja tributación, a efectos de dicha normativa, que a su vez obtiene «rendimientos intermedios con la naturaleza de inversiones», a efectos de esta normativa, dichos rendimientos se integran automáticamente en la base imponible de dicho sujeto pasivo, sin que se conceda a este la posibilidad de proporcionar datos que demuestren que su participación no procede de una estructura artificial como, por ejemplo, las razones comerciales de su participación en esa sociedad o la realidad de la actividad económica ejercida por tal sociedad.

Este automatismo de la normativa en cuestión en el litigio principal, comparable en lo esencial a una presunción *iuris et de iure* de fraude o evasión fiscal, no puede justificarse basándose únicamente en los criterios establecidos por dicha normativa. En efecto, la tributación baja aplicable a los rendimientos de una sociedad domiciliada en un tercer país o la naturaleza «pasiva» de las actividades que los producen, tal como los define esa normativa, aun cuando sean indicios de una conducta que pueda desembocar en el fraude o la evasión fiscales, no resultan suficientes, por sí solos, para declarar que la adquisición de participaciones en esa sociedad por parte de un sujeto pasivo residente en un Estado miembro implica necesariamente una estructura artificial en todos los casos.

Por último, el Tribunal de Justicia reitera su criterio de que, pese a que la entidad participada no está radicada en un Estado miembro, la libre circulación de capitales impide la aplicación de la norma de imputación alemana si existen, en particular, obligaciones de carácter convencional entre la República Federal de Alemania y la Confederación Suiza por las que se establezca un marco normativo de cooperación y de mecanismos de intercambio de información entre las autoridades nacionales interesadas, que faculthen efectivamente a las autoridades tributarias alemanas para comprobar, en su caso, la realidad de la información referente a la sociedad domiciliada en Suiza, aportada para demostrar que la participación del citado sujeto pasivo en dicha sociedad no procede de una estructura artificiosa.

3. Fallo

1) La cláusula de *standstill* establecida en el artículo 64 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que el artículo 63 TFUE, apartado 1, no impide aplicar una restricción a los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos que supongan inversiones directas, que en lo fundamental ya existía el 31 de diciembre de 1993 en virtud de la normativa de un Estado miembro, aun cuando, después de esa fecha, el alcance de dicha restricción se haya ampliado a las participaciones que no suponen una inversión directa.

2) La cláusula de *standstill* establecida en el artículo 64 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que la prohibición que figura en el artículo 63 TFUE, apartado 1, se aplica a una restricción de los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos que supongan inversiones directas, cuando la normativa tributaria nacional que creó dicha restricción ha sido objeto, después del 31 de diciembre de 1993, de una modificación fundamental debido a la aprobación de una ley que entró en vigor, pero que fue sustituida, aun antes de ser aplicada en la práctica, por una normativa esencialmente idéntica a la aplicable el 31 de diciembre de 1993, salvo que la aplicación de esta ley se haya diferido en virtud del Derecho nacional, de tal modo que, pese a su entrada en vigor, no haya llegado a aplicarse a los movimientos de capitales transfronterizos mencionados en el artículo 64 TFUE, apartado 1, extremo que debe comprobar el tribunal remitente.

3) El artículo 63 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual los rendimientos obtenidos por una sociedad domiciliada en un tercer país que no procedan de una actividad propia de esta sociedad, como los calificados de «rendimientos intermedios que tengan la naturaleza de inversiones», a efectos de dicha normativa, se integran, a prorrata de la participación poseída, en la base imponible de un sujeto pasivo residente en ese Estado miembro, cuando este posea una participación de al menos el 1 % en dicha sociedad y cuando esos rendimientos estén sometidos, en ese tercer país, a una tributación menor que la existente en el Estado miembro de que se trate, salvo que exista un marco normativo que establezca, en particular, obligaciones convencionales que faculden a las autoridades tributarias de dicho Estado miembro para comprobar, en caso necesario, la realidad de la información sobre esa misma sociedad aportada para demostrar que la participación de dicho sujeto pasivo en esta última no procede de una estructura artificial.