

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda)

de 10 de junio de 2015 (*)

«Procedimiento prejudicial — Artículo 49 TFUE — Libertad de establecimiento — Legislación tributaria — Impuesto sobre sociedades — Participaciones en el capital — Normativa de un Estado miembro que exime las plusvalías y, correlativamente, excluye la deducibilidad de las minusvalías — Cesión por una sociedad residente de títulos de una filial no residente — Minusvalía debida a una pérdida derivada del tipo de cambio»

En el asunto C-686/13,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Högsta förvaltningsdomstolen (tribunal supremo de lo contencioso-administrativo, Suecia), mediante resolución de 18 de diciembre de 2013, recibida en el Tribunal de Justicia el 27 de diciembre de 2013, en el procedimiento entre

X AB

y

Skatteverket,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda),

integrado por la Sra. R. Silva de Lapuerta, Presidenta de Sala, y los Sres. J.-C. Bonichot (Ponente), A. Arabadjiev, J.L. da Cruz Vilaça y C. Lycourgos, Jueces;

Abogado General: Sra. J. Kokott;

Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de X AB, por la Sra. R. Persson Österman, Advokat;
- en nombre del Skatteverket, por la Sra. A. Berg, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno sueco, por las Sras. A. Falk, C. Meyer-Seitz, U. Persson y K. Sparrman y por los Sres. E. Karlsson, L. Swedenborg y C. Hagerman, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno danés, por el Sr. C. Thorning y la Sra. M. Wolff, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno alemán, por los Sres. T. Henze y J. Möller, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno español, por el Sr. L. Banciella Rodríguez-Miñón, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno francés, por los Sres. D. Colas y J.-S. Pilczer, en calidad de

agentes;

- en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por el Sr. P. Gentili, Avvocato dello Stato;
- en nombre del Gobierno neerlandés, por las Sras. M.K. Bulterman y M. Gijzen, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno portugués, por los Sres. L. Inez Fernandes y J. Martins da Silva y por la Sra. M. Rebelo, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno finlandés, por el Sr. J. Heliskoski, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno del Reino Unido, por el Sr. L. Christie, en calidad de agente, asistido por el Sr. R. Hill, Barrister;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. W. Roels y J. Enegren, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones de la Abogado General, presentadas en audiencia pública el 22 de enero de 2015;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 49 TFUE y 63 TFUE.
- 2 Dicha petición se ha planteado en el marco de un litigio entre X AB, sociedad constituida conforme al Derecho sueco, y el Skatterverket (administración tributaria) relativo a la negativa por parte de ésta de conceder a X AB una deducción por una pérdida derivada del tipo de cambio sufrida en el momento de la venta de unas participaciones en una filial situada en el Reino Unido.

Derecho sueco

- 3 El artículo 13 del capítulo 24 de la Ley nº 1229 de 1999 del impuesto sobre la renta [inkomstskattelagen (1999:1229), en lo sucesivo, «IL»] define el concepto de «participación» de la siguiente manera:

«Se entiende por participación la tenencia de una participación en el capital social de una sociedad anónima o en una cooperativa cuando dicha participación cumpla los requisitos previstos en el artículo 14 y pertenezca a una persona jurídica (empresa propietaria) que sea:

1. una sociedad anónima sueca o una cooperativa sueca que no sea un fondo de inversión,
2. una fundación sueca o una asociación sin ánimo de lucro sueca a la que no se apliquen las disposiciones sobre exenciones fiscales previstas en el capítulo 7,
3. una caja de ahorros sueca,
4. una mutua de seguros sueca, o

5. una sociedad extranjera residente en un Estado del Espacio Económico Europeo y que sea similar a alguna de las entidades suecas indicadas en los puntos 1 a 4.»

4 El artículo 14 de dicho capítulo de la IL establece que:

«La participación tiene que ser un activo individualmente considerado y cumplir alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la participación no cotice en bolsa.

2. Que el total de los derechos de voto correspondientes a todas las participaciones de la sociedad propietaria en la sociedad participada asciendan por lo menos al 10 % de los derechos de voto correspondientes a todas las participaciones de la sociedad participada.

3. Que la tenencia de la participación guarde relación con la actividad económica desarrollada por la empresa propietaria o por una empresa que, habida cuenta de las relaciones de propiedad o por motivos de organización, se considere vinculada a la anterior.»

[...]»

5 El capítulo 25a de la IL, relativo, en particular, a las acciones que constituyen participaciones, establece en su artículo 5 que:

«Las plusvalías sólo estarán sujetas a gravamen de acuerdo con el artículo 9. [...]

Sólo podrá deducirse una minusvalía si se hubiera gravado una plusvalía similar. [...]»

6 En virtud de las disposiciones del artículo 9 en relación con el artículo 18 del capítulo 25a, que derogan la regla general establecida en el artículo 5 de dicho capítulo, las plusvalías obtenidas sobre participaciones estarán sujetas al impuesto sobre sociedades cuando la cesión se refiera a una sociedad pantalla o cuando se trata de determinados tipos de compras.

Litigio principal y cuestión prejudicial

7 En el año 2003, X AB, que tiene su domicilio social en Suecia, creó una filial en Reino Unido, Y, Ltd., cuyas participaciones en el capital social fueron emitidas en dólares estadounidenses.

8 Entre los años 2003 y 2009, Y Ltd recibió aportaciones de capital mediante emisiones reservadas a X AB. A continuación, ésta vendió participaciones de Y Ltd a su propia matriz en dos ocasiones. Tras dichas ventas, X AB poseía alrededor de un 45 % de las participaciones de Y Ltd, tanto por lo que se refiere al capital como a los derechos de voto.

9 No se cuestiona que estas participaciones en el capital constituyen participaciones, en el sentido del artículo 13 del capítulo 24 de la IL.

10 X AB deseaba poner fin a las actividades de Y Ltd y se planteó vender dichas participaciones. Sin embargo, esta operación presentaba el riesgo de generar una pérdida derivada del tipo de cambio debido a que, entre los años 2003 y 2009, X AB aportó capital a Y Ltd en efectivo a un tipo de cambio más ventajoso que el aplicable en la fecha del proyecto de cesión. Por ello, previamente, X AB investigó la deducibilidad fiscal de esta pérdida potencial, pero chocó con la legislación fiscal sueca de la que resulta que las minusvalías generadas sobre participaciones no son, en principio, deducibles de la base imponible del impuesto sobre

sociedades.

11 X AB solicitó entonces al Skatterättsnämnden (Comisión de Derecho Tributario) una resolución fiscal sobre si dicha exclusión era compatible con el Derecho de la Unión cuando se aplica a una minusvalía debida a una pérdida derivada del tipo de cambio sobre una participación en una sociedad residente en otro Estado miembro de la Unión Europea.

12 En una resolución de 18 de marzo de 2013, el Skatterättsnämnden respondió en sentido negativo, sobre la base de que, en el Derecho tributario sueco, ni las plusvalías ni las minusvalías generadas sobre las participaciones en el capital social consideradas como participaciones son, en principio, tomadas en consideración para el cálculo de la base imponible del impuesto sobre sociedades.

13 X AB recurrió esta decisión ante el Högsta förvaltningsdomstolen (tribunal supremo de lo contencioso-administrativo).

14 En apoyo de su recurso ante el órgano jurisdiccional remitente, X AB alegó esencialmente que, como consecuencia de la normativa sueca, las inversiones que hizo en Y Ltd eran más arriesgadas que inversiones nacionales comparables. Su argumentación se basa principalmente en la idea de que una inversión realizada en coronas suecas en una sociedad anónima sueca no implicaba ningún factor aleatorio equivalente al riesgo de cambio al que puede quedar sometido una inversión en otro Estado miembro. Según la recurrente, el sistema fiscal sueco constituye, por ello, un obstáculo a la libre circulación de capitales y a la libertad de establecimiento, como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129), cuya resolución es extrapolable al litigio principal.

15 En estas circunstancias, el Högsta förvaltningsdomstolen decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Se oponen los artículos 49 TFUE y 63 TFUE a una normativa nacional con arreglo a la cual el Estado de residencia de una empresa no concede la deducción de las pérdidas derivadas del tipo de cambio que están integradas en una minusvalía generada por una participación en una sociedad residente en otro Estado miembro cuando el primer Estado mencionado aplica un sistema en el que las plusvalías y las minusvalías derivadas de dichas participaciones no se computan al calcular la base imponible del impuesto?»

Sobre la cuestión prejudicial

Observaciones preliminares

16 Dado que la cuestión prejudicial se refiere a la vez a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de capitales, recogidas, respectivamente, en los artículos 49 TFUE y 63 TFUE, es preciso, con carácter previo, establecer cuál de estas dos libertades puede resultar afectada por una normativa nacional como la que es objeto del litigio principal.

17 A este respecto, se desprende de una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia que procede tomar en consideración el objeto de la legislación de que se trate (sentencias Test Claimants in the FII Group Litigation, C-35/11, EU:C:2012:707, apartado 90 y jurisprudencia citada, y Hervis Sport- és Divatkereskedelmi, C-385/12, EU:C:2014:47, apartado 21).

18 Está comprendida por tanto en el ámbito de aplicación del artículo 49 TFUE, relativo a la libertad de establecimiento, una legislación nacional destinada a aplicarse únicamente a las participaciones que permitan ejercer una influencia real en las decisiones de una sociedad y

determinar las actividades de ésta (sentencias *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, apartado 91 y jurisprudencia citada, y *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi*, C-385/12, EU:C:2014:47, apartado 22).

19 En cambio, las disposiciones nacionales aplicables a participaciones adquiridas con el único objetivo de realizar una inversión de capital sin intención de influir en la gestión y en el control de la empresa deben examinarse exclusivamente en relación con la libre circulación de capitales (sentencia *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, apartado 92 y jurisprudencia citada).

20 En lo que respecta a la legislación sueca de que se trata en el litigio principal, parece que la categoría «participaciones» incluye no sólo las participaciones en el capital en las que el total de los derechos de voto asciendan por lo menos al 10 % de los derechos de voto correspondientes a todas las participaciones en el capital de la sociedad participada, sino también las participaciones no cotizadas en bolsa, éstas sin requisito de porcentaje mínimo.

21 Por otra parte, se ha declarado ya que una participación de, como mínimo, el 10 % del capital o de los derechos de voto en una sociedad no implica necesariamente que el titular de esa participación ejerza una influencia efectiva en las decisiones de la sociedad de la que es accionista (véanse, en este sentido, las sentencias *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, EU:C:2006:774, apartado 58, e *Itelcar*, C-282/12, EU:C:2013:629, apartado 22).

22 Por ello, el objeto de la normativa nacional de que se trata en el litigio principal no permite determinar por sí mismo si está comprendida de modo preponderante en el artículo 49 TFUE o en el artículo 63 TFUE.

23 Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en tales casos, éste debe tomar en consideración los elementos fácticos del caso concreto para determinar si la situación contemplada en el litigio principal está comprendida en el ámbito de aplicación de una u otra de dichas disposiciones (véase, en este sentido, la sentencia *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, apartados 93 y 94 y jurisprudencia citada).

24 A este respecto, resulta de los autos remitidos al Tribunal de Justicia que X AB posee el 45 % tanto del capital como de los derechos de voto de Y Ltd. Ya se ha declarado que tales participaciones pueden conferir a su titular, en principio, una influencia real en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 18 de la presente sentencia, sobre las decisiones y las actividades de la sociedad en cuestión (véase, por analogía, la sentencia SGI, C-311/08, EU:C:2010:26, apartado 35).

25 En estas circunstancias, debe considerarse que la cuestión prejudicial se refiere a la interpretación de las disposiciones del Tratado FUE relativas a la libertad de establecimiento.

Sobre la existencia de una restricción a la libertad de establecimiento

26 Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, esencialmente, si el artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación fiscal de un Estado miembro que exime del impuesto sobre sociedades las plusvalías obtenidas de participaciones, y excluye de forma correlativa la deducción de las minusvalías generadas por dichos títulos, incluso si dichas minusvalías se deben a una pérdida derivada del tipo de cambio.

27 Procede recordar que el artículo 49 TFUE obliga a suprimir las restricciones a la libertad de establecimiento. Si bien las disposiciones del Tratado FUE relativas a la libertad de establecimiento, según su tenor literal, se proponen asegurar el disfrute del trato nacional en el

Estado miembro de acogida, se oponen, asimismo, a que el Estado miembro de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación (sentencias Marks & Spencer, C-446/03, EU:C:2005:763, apartado 31; National Grid Indus, C-371/10, EU:C:2011:785, apartado 35, y Bouanich, C-375/12, EU:C:2014:138, apartado 57).

28 Asimismo, es jurisprudencia reiterada que deben considerarse restricciones de esa libertad todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos atractivo el ejercicio de dicha libertad (véanse las sentencias National Grid Indus, C-371/10, EU:C:2011:785, apartado 36; DI. VI. Finanziaria di Diego della Valle & C., C-380/11, EU:C:2012:552, apartado 33, y Bouanich, C-375/12, EU:C:2014:138, apartado 58).

29 El Tribunal de Justicia ha declarado que tales efectos restrictivos pueden producirse, en especial, cuando una normativa fiscal pueda disuadir a una empresa de crear entidades subordinadas a ella, como un establecimiento permanente, en otros Estado miembros y de ejercer su actividad por medio de esas entidades (sentencias Marks & Spencer, C-446/03, EU:C:2005:763, apartados 32 y 33, Keller Holding, C-471/04, EU:C:2006:143, apartado 35, y Deutsche Shell, C-293/06, EU:C:2008:129, apartado 29).

30 A este respecto, es preciso señalar que la legislación fiscal sueca de que se trata en el litigio principal excluye en principio de la base imponible del impuesto sobre sociedades las plusvalías obtenidas por la cesión de participaciones, en el sentido de la IL. Simétricamente, esta legislación no prevé ninguna deducción de las minusvalías generadas en dichas operaciones, y ello con independencia de si las sociedades cuyas participaciones se transmiten están establecidas en Suecia o no.

31 Así, las minusvalías generadas por la venta de participaciones que tengan su origen en una pérdida derivada del tipo de cambio no pueden deducirse ni cuando, como es el caso en el asunto principal, se poseen participaciones de una sociedad establecida en otro Estado miembro, ni cuando se poseen en una sociedad establecida en Suecia —ya esté su capital denominado en coronas suecas o en cualquier otra divisa admitida por la legislación nacional—.

32 Por ello, contrariamente a lo que sostiene la demandante en el litigio principal, las inversiones en participaciones realizadas en un Estado miembro distinto del Reino de Suecia no son tratadas de forma más desfavorable que las inversiones similares efectuadas en Suecia en lo que respecta a la falta de deducibilidad de las pérdidas derivadas del tipo de cambio.

33 A este respecto, procede añadir que, incluso suponiendo que tal falta de deducibilidad pudiera perjudicar a una sociedad que invirtió en participaciones de una sociedad establecida en el territorio de otro Estado miembro —por su exposición a las pérdidas derivadas del tipo de cambio cuando, como ocurre en el litigio principal, esta inversión se realizó en acciones denominadas en una divisa distinta que la del Estado miembro de acogida—, se deriva de la potestad tributaria de los Estados miembros que la libertad de las empresas para elegir entre los diferentes Estados miembros no implica en absoluto que estos últimos estén obligados a adaptar su propio sistema fiscal a los diferentes sistemas impositivos de los otros Estados miembros para garantizar que una sociedad que haya optado por establecerse en un Estado miembro sea gravada, a nivel nacional, de la misma forma que una sociedad que haya optado por establecerse en otro Estado miembro, dado que dicha opción puede, según el caso, tener mayores o menores ventajas o inconvenientes para esta última sociedad (véanse, en este sentido, las sentencias Deutsche Shell, C-293/06, EU:C:2008:129, apartado 43, y Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee/Seniorenheimstatt, C-157/07, EU:C:2008:588, apartado 50).

34 Del mismo modo, en el estado actual del Derecho de la Unión en materia de fiscalidad

directa, las disposiciones del Tratado FUE relativas a la libertad de establecimiento no pueden interpretarse en el sentido de que obligan a los Estados miembros a adaptar su propio sistema fiscal con el fin de tomar en consideración los eventuales riesgos de tipo de cambio a los que se enfrentan las sociedades como consecuencia de la existencia, en el territorio de la Unión, de una pluralidad de divisas entre las que no existe un tipo de cambio fijo, o de legislaciones nacionales que permiten, como es el caso en el litigio principal, denominar el capital de las sociedades en divisas de terceros Estados.

35 De ello resulta que una legislación nacional como la que es objeto del litigio principal no limita la libertad de establecimiento.

36 Esta conclusión no puede quedar desvirtuada por las declaraciones recogidas en la sentencia *Deutsche Shell* (C-293/06, EU:C:2008:129), en las que se apoya X AB.

37 En esa sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que las disposiciones del Tratado FUE relativas a la libertad de establecimiento se oponen a que un Estado miembro excluya, al determinar la base imponible nacional, una pérdida en el cambio de divisas sufrida por una empresa con domicilio social en el territorio de ese Estado con motivo de la repatriación del capital de dotación que había concedido a un establecimiento permanente de su propiedad situado en otro Estado miembro.

38 Sin embargo, el Tribunal de Justicia llegó a esta conclusión en un contexto jurídico diferente del que resulta de la aplicación de la legislación nacional de que se trata en el litigio principal. En efecto, como ha señalado el órgano jurisdiccional remitente, la legislación nacional en cuestión en el asunto que dio lugar a la sentencia *Deutsche Shell* (C-293/06, EU:C:2008:129) establecía que, como regla general, las ganancias por diferencia de tipo de cambio tributaban y, correlativamente, las pérdidas derivadas del tipo de cambio eran deducibles, salvo disposición contraria en un convenio para evitar la doble imposición.

39 Ahora bien, ese no es el caso en lo que respecta al litigio principal, dado que, como se ha indicado en el apartado 30 de la presente sentencia, la legislación fiscal sueca de que se trata en el litigio principal es en principio indiferente a los resultados de las operaciones en capital sobre las participaciones, respecto a las cuales el Reino de Suecia ha optado, en general, por no ejercitar su potestad tributaria.

40 En estas circunstancias, no se puede deducir de las disposiciones del Tratado FUE relativas a la libertad de establecimiento que este Estado miembro esté obligado a ejercer —por otra parte, de forma asimétrica— su potestad tributaria para permitir la deducibilidad de las pérdidas ocasionadas por operaciones cuyos resultados de todos modos, de haber sido positivos, no habrían sido gravados.

41 Habida cuenta de todo lo anterior, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una legislación fiscal de un Estado miembro que, en principio, exime del impuesto sobre sociedades las plusvalías obtenidas de participaciones, y excluye de forma correlativa la deducción de las minusvalías generadas por dichos títulos, incluso si dichas minusvalías se deben a una pérdida derivada del tipo de cambio.

Costas

42 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 al presentar observaciones ante el Tribunal de Justicia, distintos de aquellos en que hayan incurrido dichas partes, no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

El artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una legislación fiscal de un Estado miembro que, en principio, exime del impuesto sobre sociedades las plusvalías obtenidas de participaciones, y excluye de forma correlativa la deducción de las minusvalías generadas por dichos títulos, incluso si dichas minusvalías se deben a una pérdida derivada del tipo de cambio.

Firmas

* Lengua de procedimiento: sueco.