

Asunto C-182/08

Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG

contra

Finanzamt München II

(Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesfinanzhof)

«Libertad de establecimiento y libre circulación de capitales — Impuesto de sociedades — Adquisición de participaciones sociales de una sociedad de capital — Requisitos para tener en cuenta, en la determinación de la base imponible del adquirente, la depreciación de las participaciones sociales como consecuencia de una distribución de dividendos»

Sumario de la sentencia

1. *Libre circulación de capitales — Disposiciones del Tratado — Ámbito de aplicación*

[Tratado CE, arts. 52 y 73 B (actualmente arts. 43 CE y 56 CE)]

2. *Libre circulación de capitales — Restricciones — Legislación tributaria — Impuesto sobre sociedades*

[Tratado CE, art. 73 B (actualmente art. 56 CE)]

1. Una normativa de un Estado miembro con arreglo a la cual la depreciación de las participaciones sociales como consecuencia de la distribución de dividendos no afecta a la base imponible de un contribuyente residente, cuando éste ha adquirido participaciones en una sociedad de capital residente, a un tenedor de participaciones no residente, mientras que, en el supuesto de adquisición a un tenedor residente, esa depreciación disminuye la base imponible del adquirente, debe examinarse exclusivamente a la luz de la libre circulación de capitales. En efecto, como el objeto de la normativa de que se trata es impedir que los tenedores no residentes se beneficien de una ventaja fiscal indebida, generada directamente por transmisiones de participaciones que pueden efectuarse principalmente sin otro objetivo que el de beneficiarse de dicha ventaja, y no con la finalidad de ejercer la libertad de establecimiento o en consecuencia del ejercicio de esta libertad, hay que considerar que el aspecto de esta normativa relativo a la libre circulación de capitales prevalece sobre el vinculado con la libertad de establecimiento. Por consiguiente, suponiendo que dicha normativa tenga efectos restrictivos sobre la libertad de establecimiento, tales efectos serían la consecuencia ineluctable de un eventual obstáculo a la libre circulación de capitales y no justifican, por ello, un examen autónomo de la misma normativa respecto del artículo 52 del Tratado CE.

(véanse los apartados 50 a 52)

2. El artículo 73 B del Tratado CE (actualmente artículo 56 CE) debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual la depreciación de participaciones sociales como consecuencia de una distribución de dividendos no afecta a la base imponible de un contribuyente residente, cuando éste adquiere participaciones en una sociedad de capital residente, de un tenedor de participaciones no residente, mientras que, cuando adquiere participaciones de un tenedor residente, tal depreciación disminuye la base

imponible del adquirente. Esta conclusión es aplicable en los casos en que dicha normativa no va más allá de lo necesario para salvaguardar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, así como para evitar los montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica y creados con el único fin de beneficiarse indebidamente de una ventaja fiscal. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional examinar si dicha normativa se limita a lo necesario para alcanzar esos objetivos.

En efecto, el conceder a un contribuyente residente la posibilidad de deducir de sus beneficios imponibles las pérdidas correspondientes a la amortización parcial mencionada, únicamente en el caso de adquisición de las participaciones a un tenedor de participaciones residente, hace ciertamente que las participaciones en poder de no residentes sean menos atractivas y, en consecuencia, puede disuadir a dicho contribuyente residente de adquirir éstas. Tal diferencia de trato puede disuadir igualmente a los inversores no residentes de adquirir participaciones en la sociedad residente y constituir de este modo para esta sociedad un obstáculo a la obtención de capital procedente de los otros Estados miembros, de modo que una normativa de ese tipo constituye una restricción a la libre circulación de capitales prohibida, en principio, por el artículo 73 B del Tratado.

La mencionada diferencia de trato no refleja una diferencia objetiva de situaciones de los tenedores de participaciones residentes, pues, respecto de las pérdidas que resultan de una amortización parcial de las participaciones sociales poseídas en una sociedad residente, estos tenedores de participaciones se encuentran en una situación comparable tanto si se trata de participaciones adquiridas a un residente como si se trata de participaciones adquiridas a un no residente. En efecto, la distribución de los beneficios disminuye el valor de una participación social, tanto si ésta se ha adquirido previamente a un residente como a un no residente, y, en ambos casos, esta disminución de valor la soporta el tenedor residente.

Por otra parte, a falta de relación directa entre la ventaja fiscal de que se trata y la compensación de esa ventaja con un gravamen fiscal determinado, la normativa controvertida no puede justificarse por la necesidad de preservar la coherencia del régimen fiscal de imputación íntegra. A este respecto, las desventajas que derivan de dicha normativa las soporta directamente el tenedor de participaciones residente que ha adquirido dichas participaciones a un no residente. Para este tenedor residente, la imposibilidad de deducir de sus beneficios imponibles las pérdidas correspondientes a la amortización parcial de las participaciones poseídas en la sociedad residente, cuando la depreciación de las participaciones resulta de la distribución del beneficio, no se compensa con ninguna ventaja fiscal.

Sin embargo, una normativa de ese tipo puede justificarse por la necesidad de preservar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, ya que las operaciones distintas de la distribución de dividendos, que permiten al tenedor de participaciones no residente beneficiarse del mismo resultado desde el punto de vista económico que si le fuera concedido el beneficio del crédito fiscal sobre el impuesto de sociedades pagado por la sociedad de la que posee participaciones, pueden comprometer la posibilidad de que el Estado del domicilio de dicha sociedad ejerza su derecho a gravar una renta generada por una actividad económica ejercida en su territorio. Al limitar el derecho del nuevo tenedor de participaciones residente a deducir de sus beneficios imponibles el importe de las pérdidas ocasionadas por la depreciación de las participaciones sociales de que se trata, en la medida en que éstas no excedan de un importe bloqueado, correspondiente a la diferencia entre el precio de adquisición pagado por el tenedor residente y el valor nominal de las participaciones, dicha normativa puede evitar prácticas cuya única finalidad es hacer que el tenedor no residente se beneficie de un crédito fiscal en concepto del impuesto de sociedades pagado por la sociedad residente. Además, el aumento de la base imponible del nuevo tenedor de participaciones residente, que deriva de dicha limitación, tiende a

evitar que las rentas que en condiciones normales tributan en el Estado miembro de que se trata se transfieran, como parte de la plusvalía realizada por el antiguo tenedor no residente correspondiente al crédito fiscal indebido, sin tributar en ese Estado miembro. Tal normativa es, en consecuencia, adecuada para alcanzar los objetivos de salvaguardia de un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros y de prevención de montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, cuya única finalidad es obtener una ventaja fiscal.

Sin embargo, debe comprobarse que tal normativa no va más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos que de este modo se persiguen. A este respecto, incumbe al órgano jurisdiccional nacional comprobar que, en la medida en que el cálculo del importe bloqueado se basa en los costes de adquisición de las participaciones en cuestión, las consecuencias de dicha normativa no exceden de las necesarias para garantizar que no se conceda indebidamente al tenedor no residente un importe equivalente al crédito fiscal. En efecto, no puede excluirse que las participaciones sociales se transmitan por un valor superior a su valor nominal por razones distintas de la de hacer que un tenedor se beneficie de un crédito fiscal en concepto del impuesto de sociedades pagado por la sociedad residente, o, en todo caso, que los beneficios no distribuidos así como la posibilidad de beneficiarse de un crédito fiscal correspondiente a dichas participaciones sólo constituyan un componente del precio de venta de éstas. Por otra parte, el cómputo del importe bloqueado y el aumento de la base imponible del tenedor de participaciones residente producen igualmente consecuencias respecto de otros tributos a los que dicho tenedor puede estar sujeto y, en particular, respecto del cálculo de la tasa profesional que debe abonar, consecuencias que van más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos por dicha normativa.

Corresponde asimismo al órgano jurisdiccional nacional comprobar que la aplicación de la limitación del cómputo de la depreciación de las participaciones sociales como consecuencia de la distribución de dividendos a partir del año de la adquisición de dichas participaciones sociales y durante los nueve años siguientes, tal como establece dicha normativa, no va más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos que ésta persigue. Por último, para ajustarse al principio de proporcionalidad, una medida orientada al objetivo de evitar montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica y creados con el único fin de beneficiarse indebidamente de una ventaja fiscal, debería permitir que el tribunal nacional procediera a un examen de cada caso tomando en consideración las particularidades de cada asunto, basándose en elementos objetivos, para apreciar el comportamiento abusivo o fraudulento de las personas de que se trate.

En la medida en que la normativa no permite limitar su aplicación a los montajes puramente artificiales, determinados con arreglo a elementos objetivos, sino que se aplica a todos los casos en que el contribuyente residente haya adquirido participaciones sociales en una sociedad residente de un tenedor de participaciones no residente por un precio que, por cualquier motivo, supere el valor nominal de esas participaciones sociales, los efectos de tal normativa van más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de evitar los montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica y creados con el único fin de beneficiarse indebidamente de una ventaja fiscal.

(véanse los apartados 56 a 59, 73, 74, 78, 80, 81, 84, 88, 91 a 94 y 96 a 102 y el fallo)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)

de 17 de septiembre de 2009 (*)

«Libertad de establecimiento y libre circulación de capitales – Impuesto de sociedades – Adquisición de participaciones sociales de una sociedad de capital – Requisitos para tener en cuenta, en la determinación de la base imponible del adquirente, la depreciación de las participaciones sociales como consecuencia de una distribución de dividendos»

En el asunto C-182/08,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Bundesfinanzhof (Alemania), mediante resolución de 23 de enero de 2008, recibida en el Tribunal de Justicia el 30 de abril de 2008, en el procedimiento entre

Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG

y

Finanzamt München II,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera),

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

Abogado General: Sr. Y. Bot;

Secretaria: Sra. R. Ferey, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 2 de abril de 2009;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG, por los Sres. H.-M. Pott y T. Englert, Rechtsanwälte;
- en nombre del Gobierno alemán, por los Sres. M. Lumma y C. Blaschke, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. R. Lyal y W. Mölls, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 9 de julio de 2009;

dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 52 del Tratado CE (actualmente artículo 43 CE, tras su modificación) y 73 B del Tratado CE (actualmente artículo 56 CE).

2 Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG, sociedad comanditaria simple alemana en la que todos los socios colectivos son sociedades de responsabilidad limitada, y el Finanzamt München II (en lo sucesivo, «Finanzamt»), en relación con la determinación de los beneficios de ésta en los años 1995 a 1998.

Marco jurídico

Normativa nacional

3 En el marco del sistema de imposición denominado de «imputación íntegra», en vigor en Alemania en la fecha en que acaecieron los hechos del litigio principal, se evitaba la doble imposición económica de los beneficios distribuidos por las sociedades establecidas en Alemania a los contribuyentes residentes en Alemania, de conformidad con los artículos 36, apartado 2, punto 3, de la Ley sobre el impuesto sobre la renta (Einkommensteuergesetz; en lo sucesivo, «EStG») y 49 de la Ley de impuesto de sociedades (Körperschaftsteuergesetz; en lo sucesivo, «KStG»), al conceder a estos contribuyentes el derecho a imputar íntegramente el impuesto de sociedades, pagado por las sociedades que distribuyen dividendos, sobre su impuesto sobre la renta o su impuesto de sociedades.

4 Con arreglo al artículo 36, apartado 4, párrafo segundo, de la EStG, el derecho a imputar el impuesto de sociedades, del que gozan los socios residentes, se convertía en un derecho al reembolso en la medida en que su propia deuda fiscal fuera inferior a la retención del impuesto de sociedades practicada sobre la cantidad distribuida. Del artículo 20, apartado 1, punto 3, de la EStG se desprende que este derecho se consideraba en sí mismo una parte de las rentas.

5 Si la participación en una persona jurídica forma parte del capital de explotación del contribuyente residente, éste podía deducir, en el momento de la percepción de los dividendos, el valor de las participaciones en su balance fiscal, con arreglo al artículo 6, apartado 1, punto 1, de la EStG. Esta depreciación, designada con la expresión «amortización sobre el valor parcial de las participaciones», se basaba en la idea de que la distribución no es más que una sustitución de activos. De este modo, el valor de una participación se reducía con valor de la distribución correspondiente a esta participación.

6 De ello deriva que la distribución bruta, que incluía el derecho, establecido en el artículo 36 de la EStG, a la imputación del impuesto de sociedades, y la amortización correspondiente sobre el valor parcial de la participación tenían el mismo importe y se neutralizaban.

7 Por ello, en definitiva, las distribuciones no generaban renta. En consecuencia, no existía deuda fiscal correspondiente al crédito fiscal, el cual constituía una parte de los ingresos generados por la distribución. Por tanto, si el contribuyente no disponía, en el año de que se trata, de otros ingresos, este crédito fiscal se transformaba en un derecho a restitución.

8 La plusvalía de la transmisión de participaciones, que consiste en un excedente del precio de compra en relación con el valor nominal de las participaciones, constituía una renta en el sentido de la legislación fiscal y estaba sujeta, para los contribuyentes residentes, al impuesto sobre la renta, con arreglo al artículo 17 de la EStG, o al impuesto de sociedades, en virtud del artículo 8, apartado 2, de la KStG.

9 Respecto de los contribuyentes no residentes, sus rentas procedentes de distribuciones de beneficios de sociedades residentes, así como los beneficios obtenidos de la transmisión de participaciones en tales sociedades no estaban sujetos al impuesto sobre la renta o al impuesto de sociedades alemanes.

10 Los contribuyentes no residentes tampoco podían solicitar que, a los beneficios que les distribuían las sociedades residentes, se les aplicara el sistema de la imputación íntegra y, de este modo, no podían beneficiarse de un crédito fiscal hasta el importe del impuesto pagado por la sociedad distribuidora residente.

11 El artículo 50c, apartados 1 y 4, de la EStG, en su versión resultante de la Ley relativa a la mejora de las condiciones fiscales con el objeto de garantizar que la República Federal de Alemania sea, en el mercado interior europeo, un lugar de implantación para las empresas [Gesetz zur Verbesserung der steuerlichen Bedingungen zur Sicherung des Wirtschaftsstandorts Deutschland im Europäischen Binnenmarkt (Standortsicherungsgesetz)], de 13 de septiembre de 1993 (BGBl. 1993 I, p. 1569), estaba redactado como sigue:

«1) El contribuyente que disfrute del derecho a la imputación del impuesto de sociedades, que adquiera una participación en una sociedad de capital [...] sujeta a una obligación fiscal ilimitada a un tenedor de participaciones que no disfrute de dicho derecho de imputación [...], al calcular los beneficios no podrá tener en cuenta las disminuciones de beneficios que resulten

1. del cómputo del valor parcial inferior o
2. de la transmisión o de la atribución de la participación,

en el año de la adquisición o durante los nueve años siguientes, en la medida en que ese cómputo del valor parcial inferior o de cualquier otra disminución de los beneficios resulte únicamente de la distribución de los beneficios o de transferencias de beneficios en ejecución de acuerdos de control, y las disminuciones de beneficios, en conjunto, no excedan del importe bloqueado con arreglo al apartado 4.

[...]

4) El importe bloqueado corresponderá a la diferencia entre el coste de adquisición y el valor nominal de la participación. [...]»

12 La Ley relativa a la modificación del régimen fiscal de las reestructuraciones de empresas (Gesetz zur Änderung des Umwandlungssteuerrechts), de 28 de octubre de 1994 (BGBl. 1994 I, p. 3267; en lo sucesivo, «UmwStG»), introdujo en Derecho alemán la posibilidad de proceder a la transformación de una sociedad de capital en sociedad personalista conservando los valores fiscales de las inmovilizaciones transmitidas, sin realización de las plusvalías latentes.

13 Con arreglo al artículo 4, apartado 4, de la UmwStG, si se transmitía el patrimonio de una sociedad a una sociedad personalista a raíz de su transformación jurídica, la ganancia o la pérdida que resultara de la asunción debía determinarse a nivel de la sociedad personalista comparando el valor al que debían asumirse las inmovilizaciones transmitidas con el valor contable de las participaciones en la sociedad absorbida. De conformidad con el artículo 14 de la UmwStG, se aplicaba la misma solución en el caso de que una sociedad se transformara en sociedad personalista.

14 Determinada de este modo («primera etapa»), la ganancia o la pérdida resultante de la asunción debía ser, con arreglo al artículo 4, apartado 5, de la UmwStG, incrementada o

disminuida con el impuesto de sociedades imputable en virtud del artículo 10, apartado 1, de la UmwStG y con un importe bloqueado con arreglo al artículo 50c de la EStG, en la medida en que las participaciones en la sociedad absorbida formaran parte, en la fecha de la transmisión a efectos del Derecho fiscal, del patrimonio de la sociedad personalista absorbente.

15 Si todavía quedara una pérdida («segunda etapa»), el valor de los bienes materiales e inmateriales transmitidos debería incrementarse hasta alcanzar su valor parcial. Si continuara existiendo una pérdida, ésta disminuiría los beneficios de la sociedad personalista absorbente, en virtud del artículo 4, apartado 6, de la UmwStG.

16 El artículo 10, apartado 1, de la UmwStG era del siguiente tenor:

«El impuesto de sociedades correspondiente a las fracciones de capital propio de la entidad absorbente, en el sentido del artículo 30, apartado 1, puntos 1 y 2, de la [KStG] que pueden ser destinadas a distribuciones debe imputarse, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, en el impuesto sobre la renta o en el impuesto de sociedades que deben abonar los socios de la sociedad personalista absorbente o en el impuesto sobre la renta de la persona física absorbente.»

El convenio entre la República Federal de Alemania y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

17 El Convenio de 26 de noviembre de 1964, entre la República Federal de Alemania y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, para la eliminación de la doble imposición y la prevención de la elusión fiscal (BGBl. 1966 II, p. 358), establece, en su artículo III, apartado 1, que «los beneficios industriales y comerciales de una empresa de uno de los territorios sólo serán imponibles en dicho territorio, salvo que la empresa ejerza, en el otro territorio, una actividad industrial o comercial a través de un establecimiento permanente situado en el mismo».

Litigio principal y cuestión prejudicial

18 La demandante en el litigio principal se constituyó en el marco de la reestructuración del grupo Glaxo Wellcome, a raíz de la transformación, por cambio de forma jurídica, el 1 de julio de 1995, de Glaxo Wellcome GmbH (en lo sucesivo, «GW GmbH»), sociedad de responsabilidad limitada de Derecho alemán.

19 Las etapas de la reestructuración del grupo Glaxo Wellcome pueden describirse del siguiente modo.

20 El 26 de junio de 1995, la sociedad alemana Glaxo Verwaltungs GmbH (en lo sucesivo, «GV GmbH»), que ya poseía el 95 % de las participaciones de GW GmbH, adquirió de Glaxo Group Limited (en lo sucesivo, «GG Ltd»), su sociedad matriz establecida en el Reino Unido, el 5 % de las participaciones de GW GmbH, convirtiéndose en la única sociedad matriz de esta última.

21 El 27 de junio y el 7 de julio de 1995, GW GmbH y posteriormente la demandante en el litigio principal adquirieron la totalidad de las participaciones de Wellcome GmbH (en lo sucesivo, «W GmbH»). Las sociedades que transmitieron las participaciones de que se trata son GG Ltd, que era titular del 99,98 % de las participaciones de W GmbH, así como Burroughs Wellcome Ltd (en lo sucesivo, «W Ltd»), sociedad matriz de GG Ltd, que era titular del 0,02 % de dichas participaciones.

22 Mediante contrato de fusión de 25 de agosto de 1995, W GmbH fue absorbida con efecto retroactivo a 29 de junio de 1995 por su socio único, GW GmbH.

23 El 30 de junio de 1995, GV GmbH vendió el 1 % de las participaciones que tenía en GW GmbH a Seftonpharm GmbH (en lo sucesivo, «S GmbH»), de la que era titular en un 100 %.

24 El 1 de julio de 1995, GW GmbH se transformó en sociedad en comandita simple de Derecho alemán y desde entonces se denomina Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG.

25 El día de esta transformación, las participaciones de GW GmbH que figuraban en el balance de GV GmbH (incluida Seftonpharm GmbH) tenían un valor de 500 millones de DEM. Con arreglo al artículo 4, apartados 4 y 5, de la UmwStG, la demandante en el litigio principal calculó una pérdida resultante de la asunción por valor de 328.096.563 DEM, teniendo en cuenta, en virtud del artículo 50c de la EStG, un importe bloqueado de 22.887.706 DEM generado por la adquisición del 5 % de las participaciones de GW GmbH a GG Ltd.

26 El Finanzamt consideró que la adquisición por GV GmbH, a GG Ltd, de las participaciones en GW GmbH no era lo único que generó una cantidad bloqueada que gravaba las participaciones adquiridas. En opinión del Finanzamt, las participaciones de W GmbH adquiridas por la demandante en el litigio principal a GG Ltd y a Burroughs Wellcome Ltd también estaban gravadas con un importe bloqueado de 322.565.500 DEM. A raíz de la absorción de W GmbH por GW GmbH, esta segunda cantidad bloqueada no desapareció, sino que fue trasladada a las participaciones de GW GmbH de las que era titular GV GmbH. Por consiguiente, en opinión del Finanzamt, la pérdida por asunción resultante del cambio de forma jurídica de GW GmbH, habida cuenta de los importes bloqueados, se reducía a 5.531.063 DEM.

27 La demandante en el litigio principal se opone al Finanzamt, en esencia, sobre la cuestión de si la pérdida registrada por GW GmbH a raíz de dicha absorción se reducía por el valor de un importe bloqueado, en el sentido del artículo 50c de la EStG, resultante de la adquisición por GW GmbH de las participaciones en W GmbH.

28 Como el Finanzgericht München dio la razón en este punto a la demandante en el litigio principal, el Finanzamt interpuso un recurso de casación ante el Bundesfinanzhof.

29 Al contrario de lo que había estimado el Finanzgericht München, el órgano jurisdiccional remitente considera que, en virtud únicamente del Derecho alemán, dicha pérdida debe ser disminuida por el valor del importe bloqueado resultante de la adquisición por GW GmbH de las participaciones en W GmbH.

30 No obstante, en opinión del Bundesfinanzhof, la legalidad del cómputo de un importe bloqueado con arreglo al artículo 50c de la EStG plantea dudas respecto de su conformidad con el Derecho comunitario, ya que el contribuyente recibe un trato distinto según que adquiera las participaciones sociales a un socio que se beneficie de un crédito fiscal o a un socio que no se beneficie de ello.

31 En estas circunstancias, el Bundesfinanzhof decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Es contraria a los artículos 52 [...] o 73 B del Tratado [...] la normativa de un Estado miembro conforme a la que, en el marco de un sistema nacional de imputación del impuesto de sociedades, la depreciación de las participaciones sociales como consecuencia de la distribución de dividendos no incide en la determinación de la base imponible del impuesto, en el caso de que

un contribuyente que disfruta de un crédito fiscal en el impuesto de sociedades haya adquirido una participación en una sociedad de capital sujeta a una obligación fiscal ilimitada a un tenedor de participaciones que no disfruta de ese crédito fiscal, en tanto que en el caso de adquisición a un tenedor de participaciones que disfruta de un crédito fiscal esa depreciación disminuye la base imponible del adquirente?»

Sobre la cuestión prejudicial

32 Con carácter preliminar, debe señalarse que, según indica el Gobierno alemán, en general, los tenedores de participaciones no residentes sólo estaban sujetos en Alemania a una obligación fiscal limitada y no tenían derecho a la imputación del impuesto de sociedades. De ello se desprende que el artículo 50c de la EStG se aplicaba principalmente a la transmisión de participaciones en una sociedad de capital residente, y, en consecuencia, sujeta a una obligación fiscal ilimitada, a un tenedor de participaciones residente, y, en consecuencia, con derecho a esta imputación, por un tenedor de participaciones no residente y, por tanto, sin derecho a dicha imputación.

33 Por ello, hay que entender que mediante la cuestión planteada, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si los artículos 52 o 73 B del Tratado se oponen a una normativa de un Estado miembro, con arreglo a la cual la depreciación de las participaciones sociales como consecuencia de la distribución de dividendos no afecta a la base imponible de un contribuyente residente, cuando éste ha adquirido participaciones en una sociedad de capital residente, a un tenedor de participaciones no residente, mientras que, en el supuesto de adquisición a un tenedor residente, tal depreciación disminuye la base imponible del adquirente.

34 Debe recordarse que, según jurisprudencia reiterada, si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, éstos deben, sin embargo, ejercer dicha competencia respetando el Derecho comunitario (véanse, en concreto, las sentencias de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer, C-446/03, Rec. p. I-10837, apartado 29; de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, Rec. p. I-7995, apartado 40; de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, C-374/04, Rec. p. I-11673, apartado 36, así como de 8 de noviembre de 2007, Amurta, C-379/05, Rec. p. I-9569, apartado 16).

35 Ya que el órgano jurisdiccional remitente plantea su cuestión tanto respecto del artículo 52 como del artículo 73 B del Tratado, procede determinar con carácter previo si, y en qué medida, una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal puede afectar a las libertades garantizadas por dichos artículos.

Sobre la libertad de que se trata en el asunto principal

36 A este respecto hay que recordar que en cuanto a la cuestión de si una normativa nacional se inscribe en el ámbito de una u otra de las libertades de circulación, de una jurisprudencia actualmente muy consolidada se desprende que procede tomar en consideración el objeto de la legislación de que se trate (véase la sentencia de 24 de mayo de 2007, Holböck, C-157/05, Rec. p. I-4051, apartado 22 y jurisprudencia citada).

37 Igualmente se desprende de la jurisprudencia que el Tribunal de Justicia examina la norma controvertida, en principio, a la luz de una sola de estas dos libertades, si se demuestra que, en las circunstancias concretas del asunto principal, una de ellas es por completo secundaria con respecto a la otra y puede subordinarse a ella (sentencia de 3 de octubre de 2006, Fidium Finanz, C-452/04, Rec. p. I-9521, apartado 34).

38 Por tanto, procede comprobar en primer lugar si la adquisición, por un residente, de participaciones en una sociedad residente a un tenedor de participaciones no residente, como la de que se trata en el asunto principal, constituye un movimiento de capitales en el sentido del artículo 73 B del Tratado.

39 A falta de definición, en el Tratado, del concepto de «movimientos de capital», el Tribunal de Justicia ha reconocido con anterioridad un valor indicativo a la nomenclatura anexa a la Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado [artículo derogado por el Tratado de Ámsterdam] (DO L 178, p. 5), aunque ésta haya sido adoptada sobre la base de los artículos 69 y 70, apartado 1, del Tratado CEE (los artículos 67 a 73 del Tratado CEE fueron sustituidos por los artículos 73 B a 73 G del Tratado CE, convertidos éstos en artículos 56 CE a 60 CE), entendiéndose que, conforme a su introducción, la lista que incluye no tiene carácter exhaustivo (véanse, en concreto, las sentencias de 23 de febrero de 2006, van Hilten-van der Heijden, C?513/03, Rec. p. I?1957, apartado 39; de 14 de septiembre de 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer, C?386/04, Rec. p. I?8203, apartado 22; de 11 de septiembre de 2008, Eckelkamp y otros, C?11/07, Rec. p. I?6845, apartado 38, así como de 27 de enero de 2009, Persche, C?318/07, Rec. p. I?0000, apartado 24).

40 Constituyen por tanto movimientos de capitales en el sentido del artículo 73 B, apartado 1, del Tratado principalmente las inversiones directas en forma de participación en una empresa por medio de la titularidad de acciones que da la posibilidad de participar de modo efectivo en su gestión y en su control (inversiones denominadas «directas»), así como la adquisición de títulos en el mercado de capitales realizada con el único objetivo de hacer una inversión de capital sin intención de influir en la gestión y en el control de la empresa (inversiones denominadas «de cartera») (véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de marzo de 1999, Trummer y Mayer, C?222/97, Rec. p. I?1661, apartado 21; de 4 de junio de 2002, Comisión/Francia, C?483/99, Rec. p. I?4781, apartados 36 y 37; de 13 de mayo de 2003, Comisión/Reino Unido, C?98/01, Rec. p. I?4641, apartados 39 y 40, y de 28 de septiembre de 2006, Comisión/Países Bajos, C?282/04 y C?283/04, Rec. p. I?9141, apartado 19).

41 Del mismo modo, el Tribunal de Justicia consideró que la reventa por un accionista no residente de las acciones a la sociedad emisora residente constituye un movimiento de capital en el sentido del artículo 1 de la Directiva 88/361 y de la nomenclatura de los movimientos de capitales que figura en el anexo I de esta Directiva (véase la sentencia de 19 de enero de 2006, Bouanich, C?265/04, Rec. p. I?923, apartado 29).

42 En efecto, de conformidad con el cuarto guión del párrafo segundo del anexo I de la Directiva 88/361, la libre circulación de capitales cubre las operaciones de liquidación o de cesión de haberes constituidos.

43 Por tanto, la transmisión de participaciones tomadas en las sociedades residentes por inversores no residentes constituye un movimiento de capitales en el sentido del artículo 1 de dicha Directiva, así como de la nomenclatura de los movimientos de capitales que figura en el anexo I de ésta.

44 En consecuencia, aunque la adquisición por un residente de participaciones en una sociedad residente a un tenedor de participaciones no residente no esté mencionada expresamente, tal como señala el Gobierno alemán, en la nomenclatura de los movimientos de capitales que figura en el anexo I de la Directiva 88/361, esta operación constituye un movimiento de capital en el sentido del artículo 1 de esta Directiva y entra en el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria relativa a la libre circulación de capitales.

45 En segundo lugar, respecto del artículo 52 del Tratado, se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la libertad de establecimiento, que este artículo reconoce a los nacionales comunitarios y que implica para ellos el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas, en las mismas condiciones que las fijadas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus propios nacionales, comprende, para las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad Europea, el derecho a ejercer su actividad en el Estado miembro de que se trate por medio de una filial, sucursal o agencia (sentencias de 23 de febrero de 2006, Keller Holding, C?471/04, Rec. p. I?2107, apartado 29; Centro di Musicologia Walter Stauffer, antes citada, apartado 17, y de 11 de octubre de 2007, ELISA, C?451/05, Rec. p. I?8251, apartado 62).

46 El concepto de establecimiento, en el sentido del Tratado, es muy amplio e implica la posibilidad de que un nacional comunitario participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado de origen, y de que se beneficie de ello, favoreciendo así la interpenetración económica y social en el interior de la Comunidad en el ámbito de las actividades por cuenta propia (véanse, en concreto, las sentencias antes citadas Centro di Musicologia Walter Stauffer, apartado 18, y ELISA, apartado 63).

47 Con arreglo a una jurisprudencia constante, entran en el ámbito de aplicación material de las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento las disposiciones nacionales aplicables a la titularidad por parte de un nacional de un Estado miembro, en el capital de una sociedad establecida en otro 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 la sociedad y le permite determinar las actividades de ésta (véanse, en concreto, las sentencias de 13 de abril de 2000, Baars, C?251/98, Rec. I?2787, apartado 22; Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, antes citada, apartado 31; de 13 de marzo de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C?524/04, Rec. p. I?2107, apartado 27, así como de 17 de julio de 2008, Comisión/España, C?207/07, apartado 60).

48 Tal como resulta de las observaciones formuladas por el Gobierno alemán, una de las hipótesis contempladas para la aplicación de la normativa de que se trata en el asunto principal es aquella en la que un tenedor de participaciones no residente controla varias filiales establecidas en Alemania y transmite las participaciones que posee en una de ellas a otra de las filiales controladas.

49 Es un hecho pacífico que la aplicación de dicha normativa no depende de la magnitud de las participaciones adquiridas al tenedor de participaciones no residente y no se limita a las situaciones en las que el tenedor puede ejercer cierta influencia sobre las decisiones de la sociedad de que se trata y de determinar las actividades de ésta.

50 Además, como el objeto de la normativa de que se trata en el litigio principal es impedir que los tenedores no residentes se beneficien de una ventaja fiscal indebida, generada directamente por transmisiones de participaciones que pueden efectuarse principalmente sin otro objetivo que el de beneficiarse de dicha ventaja, y no con la finalidad de ejercer la libertad de establecimiento o en consecuencia del ejercicio de esta libertad, hay que considerar que el aspecto de esta normativa relativo a la libre circulación de capitales prevalece sobre el vinculado con la libertad de establecimiento.

51 Por consiguiente, suponiendo que dicha normativa tenga efectos restrictivos sobre la libertad de establecimiento, tales efectos serían la consecuencia ineluctable de un eventual obstáculo a la libre circulación de capitales y no justifican, por ello, un examen autónomo de la

misma normativa respecto del artículo 52 del Tratado (véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de octubre de 2004, Omega, C-36/02, Rec. p. I-9609, apartado 27; Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, antes citada, apartado 33; Fidium Finanz, antes citada, apartado 48, así como Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, antes citada, apartado 34).

52 De ello resulta que la normativa de que se trata en el litigio principal debe examinarse exclusivamente a la luz de la libre circulación de capitales.

Sobre la existencia de una restricción a la libre circulación de capitales

53 Tal como señala el órgano jurisdiccional remitente, la normativa de que se trata en el litigio principal tiene como consecuencia que, cuando un contribuyente residente adquiere participaciones en una sociedad de capital residente a un socio no residente, la depreciación de esas participaciones sociales como consecuencia de una distribución de beneficios no afecta a la base imponible del adquirente, mientras que, en el supuesto de adquisición de esas participaciones a un socio residente, esa depreciación disminuye la base imponible del adquirente.

54 Esta limitación del cómputo de la depreciación de las participaciones sociales como consecuencia de una distribución de dividendos se aplica a partir del año de adquisición de dichas participaciones sociales y durante los nueve años siguientes, y sólo afecta a las disminuciones de dividendos que resultan de una operación de distribución o de transferencia de beneficios en ejecución de un acuerdo de control y en la medida en que las disminuciones de beneficios no excedan de cierta cantidad, denominada «importe bloqueado».

55 Este importe bloqueado, que corresponde a la diferencia entre el precio de adquisición pagado por el tenedor residente y el valor nominal de las participaciones, grava de este modo las participaciones sociales adquiridas a un no residente, anulando en esencia los efectos de la amortización parcial de las participaciones resultante de la distribución del beneficio.

56 La posibilidad de que un contribuyente deduzca de sus beneficios imponibles las pérdidas correspondientes a la amortización parcial de las participaciones que posee en la sociedad, cuando la depreciación de las participaciones resulta de la distribución del beneficio, constituye sin lugar a dudas una ventaja fiscal.

57 Pues bien, el conceder dicha ventaja a un contribuyente residente únicamente en el caso de adquisición de participaciones de una sociedad residente a un tenedor de participaciones residente hace que las participaciones en poder de no residentes sean menos atractivas y, en consecuencia, puede disuadir a dicho contribuyente residente de adquirir éstas.

58 Además, tal diferencia de trato puede disuadir igualmente a los inversores no residentes de adquirir participaciones en la sociedad residente y constituir de este modo para esta sociedad un obstáculo a la obtención de capital procedente de los otros Estados miembros.

59 De ello resulta que una normativa como la de que se trata en el litigio principal, constituye una restricción a la libre circulación de capitales prohibida, en principio, por el artículo 73 B del Tratado.

Sobre la justificación de la restricción a la libre circulación de capitales

60 Procede, no obstante, examinar si tal restricción de la libre circulación de capitales puede justificarse sobre la base de las disposiciones del Tratado.

61 En opinión del Gobierno alemán y de la Comisión de las Comunidades Europeas, la

normativa de que se trata en el litigio principal tiene como objetivo evitar que un tenedor de participaciones no residente obtenga, gracias a ciertas prácticas, en particular, las que describe el Abogado General en el punto 100 de sus conclusiones, el mismo resultado desde un punto de vista económico que si se le concediera un crédito fiscal.

62 La normativa de que se trata en el litigio principal pretende de este modo preservar la coherencia del procedimiento alemán de imputación íntegra y está justificada, en la medida en que de las sentencias *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, antes citada, y de 26 de junio de 2008, *Burda*, C-284/06, Rec. p. I-4571, resulte que la circunstancia de que un crédito fiscal, que tenga como objetivo evitar la doble imposición económica no se conceda a los accionistas no residentes que perciban dividendos de sociedades residentes, no pueda considerarse contraria al Derecho comunitario.

63 Tanto el Gobierno alemán como la Comisión alegan además que el hecho de conceder un crédito fiscal, sin que exista una deuda fiscal como contrapartida, a un tenedor de participaciones no residente que no está sujeto al impuesto en el Estado miembro de residencia de la sociedad que distribuye beneficios equivale a obligar a este Estado miembro a renunciar a la imposición de una parte de los beneficios obtenidos en su territorio. La Comisión añade, al respecto, que el pago de un crédito fiscal a un tenedor de participaciones no residente no puede cumplir la función de dicho crédito fiscal, que es adaptar el impuesto percibido con anterioridad de la sociedad al tipo impositivo individual al que esté sujeto dicho contribuyente, sino que tiene como efecto únicamente desplazar la materia imponible nacional hacia otro Estado miembro.

64 La demandante en el litigio principal considera, por el contrario, que ni la necesidad de garantizar el funcionamiento del procedimiento de imputación, ni la de salvaguardar la coherencia fiscal o de garantizar la imposición única en Alemania no pueden justificar la normativa de que se trata en el litigio principal.

65 Esta normativa no establece ningún vínculo técnico entre el procedimiento de imputación y la desventaja resultante de dicha normativa, y además produce el efecto de aumentar la tasa profesional del adquirente residente, en la medida en que el cálculo de los beneficios es determinante igualmente para esta tasa, que tampoco presenta ningún vínculo con la imputación del impuesto de sociedades.

66 Tomando en consideración los argumentos así expuestos por la demandante en el litigio principal, el Gobierno alemán y la Comisión, procede recordar que, con arreglo al artículo 73 D, apartado 1, letra a), del Tratado CE [actualmente artículo 58 CE, apartado 1, letra a)], el artículo 73 B del Tratado se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a aplicar las disposiciones pertinentes de su legislación fiscal que establezcan una distinción entre los contribuyentes que no se encuentran en la misma situación respecto de su residencia o del lugar donde han invertido su capital.

67 Sin embargo, el artículo 73 D, apartado 1, letra a), del Tratado, que, en cuanto excepción al principio fundamental de la libre circulación de capitales, debe interpretarse de modo estricto, no puede interpretarse en el sentido de que cualquier legislación fiscal que implique una distinción entre los contribuyentes en función de su lugar de residencia o del Estado miembro en el que invierten su capital sea automáticamente compatible con el Tratado. En efecto, la propia excepción que establece el artículo 73 D, apartado 1, letra a), del Tratado está limitada por este artículo 73 D, apartado 3, que dispone que las disposiciones nacionales contempladas en el apartado 1 de dicho artículo «no deberán constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos tal y como la define el artículo 73 B» (véanse las sentencias de 7 de septiembre de 2004, Manninen, C-319/02, Rec. p. I-7477, apartado 28, y Centro di Musicologia Walter Stauffer, antes citada, apartado 31).

68 Sin embargo, procede distinguir el trato diferenciado permitido por el artículo 73 D, apartado 1, letra a), del Tratado de las discriminaciones prohibidas por el apartado 3 de este mismo artículo. Según la jurisprudencia, para que una normativa fiscal nacional como la controvertida en el litigio principal pueda considerarse compatible con las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales, es preciso que la diferencia de trato afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o resulte justificada por razones imperiosas de interés general (véanse las sentencias de 6 de junio de 2000, Verkooijen, C-35/98, Rec. p. I-4071, apartado 43; Manninen, antes citada, apartado 29, y de 8 de septiembre de 2005, Blanckaert, C-512/03, Rec. p. I-7685, apartado 42).

69 El Tribunal de Justicia ya ha declarado que, respecto de la aplicación de la legislación fiscal del Estado miembro de residencia de la sociedad distribuidora de beneficios que contenga un sistema de prevención o de atenuación de la imposición en cadena o de la doble imposición económica en el supuesto de dividendos que los residentes perciben de sociedades residentes, las situaciones en las que se encuentran los accionistas beneficiarios residentes de ese Estado miembro y los accionistas beneficiarios residentes de otro Estado miembro no son necesariamente comparables (véase, en este sentido, la sentencia *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, antes citada, apartados 55 y 57).

70 En efecto, cuando la sociedad que distribuye beneficios y el accionista beneficiario no residen en el mismo Estado miembro, el Estado miembro de residencia de aquélla, es decir, el Estado miembro del origen de los beneficios, en lo relativo a evitar o atenuar la imposición en cadena o la doble imposición económica, no se encuentra en la misma posición que el Estado miembro de residencia del accionista beneficiario (sentencia *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, antes citada, apartado 58).

71 Sin embargo, procede señalar que la diferencia de trato de que se trata en el litigio principal no se refiere a la situación de un tenedor de participaciones según que sea o no residente y, en consecuencia, a la posibilidad de que se beneficie del crédito fiscal por el impuesto pagado por la sociedad que distribuye los dividendos.

72 Dicha diferencia de trato afecta únicamente a los tenedores de participaciones residentes según que hayan adquirido sus participaciones en una sociedad residente a un tenedor de participaciones residente o a un no residente.

73 Pues bien, tal como señala el Abogado General en el punto 139 de sus conclusiones, respecto de las pérdidas que resultan de una amortización parcial de las participaciones sociales poseídas en una sociedad residente, estos tenedores de participaciones se encuentran en una situación comparable tanto si se trata de participaciones adquiridas a un residente como si se trata de participaciones adquiridas a un no residente. En efecto, la distribución de los beneficios

disminuye el valor de una participación social, tanto si ésta se ha adquirido previamente a un residente como a un no residente, y, en ambos casos, esta disminución de valor la soporta el tenedor residente.

74 Por tanto, tal diferencia de trato no refleja una diferencia objetiva de situaciones de dichos tenedores.

75 Igualmente hay que comprobar si una restricción como la de que se trata en el litigio principal puede justificarse por las razones imperiosas de interés general que invocan el Gobierno alemán y la Comisión.

76 Los argumentos formulados por el Gobierno alemán así como por la Comisión, expuestos en los apartados 61 a 63 de esta sentencia, pueden vincularse con la necesidad de preservar la coherencia del régimen fiscal alemán, de garantizar la imposición de las rentas generadas en territorio alemán y de evitar los montajes artificiales que persiguen eludir la legislación alemana.

77 En primer lugar, respecto del argumento relativo a la necesidad de preservar la coherencia del régimen fiscal alemán, hay que recordar que el Tribunal de Justicia ya admitió que la necesidad de mantener la coherencia de un régimen fiscal puede justificar una restricción al ejercicio de las libertades de circulación que garantiza el Tratado (sentencias de 28 de enero de 1992, Bachmann, C-204/90, Rec. p. I-249, apartado 28; Manninen, antes citada, apartado 42, y de 27 de noviembre de 2008, Papillon, C-418/07, Rec. p. I-0000, apartado 43).

78 No obstante, para que una argumentación basada en tal justificación pueda prosperar, el Tribunal de Justicia exige una relación directa entre la ventaja fiscal de que se trate y la compensación de esa ventaja con un gravamen fiscal determinado, debiendo apreciarse el carácter directo de ese vínculo en relación con el objetivo de la normativa controvertida (véase la sentencia Papillon, antes citada, apartado 44 y jurisprudencia citada).

79 Tal como han señalado el Gobierno alemán y la Comisión, la normativa de que se trata en el litigio principal tiene como objetivo evitar que, mediante una operación distinta de la distribución de dividendos, el tenedor de participaciones no residente pueda, sin embargo, beneficiarse del mismo resultado desde el punto de vista económico que el beneficio del crédito fiscal sobre el impuesto de sociedades pagado por la sociedad de la que posee participaciones.

80 Pues bien, es un hecho pacífico que las desventajas que derivan de la normativa de que se trata en el litigio principal las soporta directamente el tenedor de participaciones residente que ha adquirido dichas participaciones a un no residente. Para este tenedor residente, la imposibilidad de deducir de sus beneficios imponibles las pérdidas correspondientes a la amortización parcial de las participaciones poseídas en la sociedad residente, cuando la depreciación de las participaciones resulta de la distribución del beneficio, no se compensa con ninguna ventaja fiscal. En efecto, la consideración según la cual la plusvalía del no residente que transmite las participaciones al tenedor residente no está sujeta a tributación en Alemania carece de pertinencia respecto del tenedor residente que sufre la desventaja.

81 En consecuencia, en este asunto falta un vínculo directo, tal como exige la jurisprudencia citada en el apartado 78 de la presente sentencia, y la normativa de que se trata en el litigio principal no puede justificarse por la necesidad de preservar la coherencia del régimen fiscal de imputación íntegra.

82 A continuación, respecto del argumento relativo a la necesidad de preservar la posibilidad que la República Federal de Alemania pueda ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades realizadas en su territorio, hay que señalar que, si bien, según reiterada

jurisprudencia, la reducción de ingresos fiscales no puede considerarse una razón imperiosa de interés general susceptible de ser invocada para justificar una medida contraria, en principio, a una libertad fundamental (véase, en particular, la sentencia Manninen, antes citada, apartado 49 y jurisprudencia citada), el Tribunal de Justicia ha admitido igualmente que pueden existir comportamientos que comprometan el derecho de los Estados miembros a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades realizadas en su territorio y vulneren de este modo el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros (véase sentencia Marks & Spencer, antes citada, apartado 46) que pueden justificar una restricción a las libertades garantizadas por el Tratado (véanse, en este sentido, las sentencias Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, antes citada, apartados 55 y 56, así como de 29 de marzo de 2007, Rewe Zentralfinanz, C-347/04, Rec. p. I-2647, apartado 42).

83 El Tribunal de Justicia ha declarado igualmente que exigir al Estado de residencia de la sociedad que distribuye beneficios que garantice que los beneficios distribuidos a un accionista no residente no estén gravados con una imposición en cadena o una doble imposición económica, ya sea declarando dichos beneficios exentos en sede de la sociedad que los distribuye o concediendo al referido accionista una ventaja fiscal correspondiente al impuesto pagado sobre tales beneficios por la sociedad que los distribuye, significaría, de hecho, que el mencionado Estado debe renunciar a su derecho a gravar una renta generada por una actividad económica ejercida en su territorio (sentencia Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, antes citada, apartado 59).

84 Pues bien, las operaciones distintas de la distribución de dividendos, que permiten al tenedor de participaciones no residente beneficiarse del mismo resultado desde el punto de vista económico que si le fuera concedido el beneficio del crédito fiscal sobre el impuesto de sociedades pagado por la sociedad de la que posee participaciones, pueden comprometer la posibilidad de que el Estado del domicilio de dicha sociedad ejerza su derecho a gravar una renta generada por una actividad económica ejercida en su territorio.

85 En efecto, la inclusión de un importe correspondiente al crédito fiscal del que podrá beneficiarse el adquirente de las participaciones residente en el precio de venta de esas participaciones, y la imputación de la depreciación de dichas participaciones, subsiguiente a la distribución de los dividendos, al importe de los dividendos percibidos por el adquirente de esas mismas participaciones, lleva, para este adquirente residente, bien al derecho a imputar el crédito fiscal a otros impuestos debidos por éste, bien, cuando no disponga de otras rentas imponibles, a la restitución de un importe correspondiente al crédito fiscal en concepto de impuesto sobre los beneficios pagado por la sociedad.

86 Pues bien, el precio de las participaciones que engloba el importe equivalente al crédito fiscal, la concesión de un crédito fiscal o la restitución de un importe equivalente a dicho crédito fiscal al nuevo tenedor de participaciones residente tiene como consecuencia que el tenedor no residente se beneficie indirectamente de un crédito fiscal en concepto del impuesto pagado por la sociedad.

87 Tales consecuencias no se limitan a la reducción de los ingresos fiscales de la República Federal de Alemania, sino que implican que, al conceder indirectamente al no residente una ventaja financiera equivalente al crédito fiscal en concepto del impuesto percibido sobre los beneficios de una sociedad residente, los ingresos que en condiciones normales serían imponibles en el Estado miembro del domicilio de esta sociedad se desplazarían hacia el Estado miembro competente para gravar la plusvalía realizada por el no residente, vulnerando de este modo el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros.

88 De ello resulta que una normativa como la de que se trata en el litigio principal puede

justificarse por la necesidad de preservar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros.

89 Por último, respecto de los argumentos relativos a la necesidad de evitar la evasión fiscal y de luchar contra los dispositivos artificiales destinados a eludir el régimen fiscal alemán, procede señalar que una medida nacional que restrinja la libre circulación de capitales puede estar justificada cuando tenga por objeto específico los montajes puramente artificiales, desprovistos de realidad económica, cuyo único objetivo sea obtener una ventaja fiscal (véanse, en este sentido, las sentencias Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, antes citada, apartados 51 y 55; Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, antes citada, apartados 72 y 74, así como de 4 de diciembre de 2008, Jobra, C-330/07, Rec. p. I-0000, apartado 35).

90 En el litigio principal, tal como resulta de las observaciones formuladas por el Gobierno alemán, confirmadas por los motivos de la ley que introdujo en el ordenamiento jurídico alemán la normativa de que se trata en el litigio principal, ésta tiene como objetivo contrarrestar los montajes con los que los tenedores de participaciones no residentes obtienen, en la transmisión de las participaciones, el beneficio de un importe correspondiente al crédito fiscal en concepto del impuesto de sociedades pagado por la sociedad residente, procediendo a prácticas como las descritas en el punto 100 de las conclusiones del Abogado General, llevadas a cabo con el único fin de beneficiarse de dicha ventaja fiscal.

91 Al limitar el derecho del nuevo tenedor de participaciones a deducir de sus beneficios imponibles el importe de las pérdidas ocasionadas por la depreciación de las participaciones sociales de que se trata, en la medida en que éstas no excedan del «importe bloqueado», la normativa de que se trata en el litigio principal puede evitar prácticas cuya única finalidad es hacer que el tenedor no residente se beneficie de un crédito fiscal en concepto del impuesto de sociedades pagado por la sociedad residente. Además, el aumento de la base imponible del nuevo tenedor de participaciones residente, que deriva de dicha limitación, tiende a evitar que las rentas que en condiciones normales tributan en Alemania se transfieran, como parte de la plusvalía realizada por el antiguo tenedor no residente correspondiente al crédito fiscal indebido, sin tributar en Alemania.

92 Tal normativa es, en consecuencia, adecuada para alcanzar los objetivos de salvaguardia de un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros y de prevención de montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, cuya única finalidad es obtener una ventaja fiscal.

93 Sin embargo, debe comprobarse que tal normativa no va más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos que de este modo se persiguen.

94 Incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar que, en la medida en que el cálculo del importe bloqueado se basa en los costes de adquisición de las participaciones en cuestión, las consecuencias de la normativa de que se trata en el litigio principal no exceden de las necesarias para garantizar que no se conceda indebidamente al tenedor no residente un importe equivalente al crédito fiscal.

95 Efectivamente, dicha normativa se aplica, tal como señala igualmente el Abogado General en el punto 170 de sus conclusiones, desde el momento en que un contribuyente residente adquiere sus participaciones en una sociedad residente a un tenedor de participaciones no residente por un precio que, por cualquier motivo, exceda del valor nominal de dichas participaciones.

96 En consecuencia, tal normativa se basa en la presunción de que todo aumento del precio

de venta contiene necesariamente el cómputo del crédito fiscal y se efectúa únicamente con este fin. Pues bien, tal como señala el Abogado General en el punto 172 de sus conclusiones, no puede excluirse que las participaciones sociales se transmitan por un valor superior a su valor nominal por razones distintas de la de hacer que un tenedor se beneficie de un crédito fiscal en concepto del impuesto de sociedades pagado por la sociedad residente, o, en todo caso, que los beneficios no distribuidos así como la posibilidad de beneficiarse de un crédito fiscal correspondiente a dichas participaciones sólo constituyan un componente del precio de venta de éstas.

97 Además, la demandante en el litigio principal alegó ante el Tribunal de Justicia que el cómputo del importe bloqueado y el aumento de la base imponible del tenedor de participaciones residente producen igualmente consecuencias respecto de otros tributos a los que dicho tenedor puede estar sujeto y, en particular, respecto del cálculo de la tasa profesional que debe abonar. Pues bien, tales consecuencias van más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos por la normativa de que se trata en el litigio principal.

98 Corresponde asimismo al órgano jurisdiccional remitente comprobar que la aplicación de la limitación del cómputo de la depreciación de las participaciones sociales como consecuencia de la distribución de dividendos a partir del año de la adquisición de dichas participaciones sociales y durante los nueve años siguientes no va más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos que persigue la normativa de que se trata en el litigio principal.

99 Por último, respecto del objetivo de evitar montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica y creados con el único fin de beneficiarse indebidamente de una ventaja fiscal, hay que señalar, como hace el Abogado General en el punto 174 de sus conclusiones, que, para ajustarse al principio de proporcionalidad, una medida que pretenda tal objetivo debería permitir que el tribunal nacional procediera a un examen de cada caso tomando en consideración las particularidades de cada asunto, basándose en elementos objetivos, para apreciar el comportamiento abusivo o fraudulento de las personas de que se trate.

100 En la medida en que una normativa como la controvertida en el litigio principal no permite limitar su aplicación a los montajes puramente artificiales, determinados con arreglo a elementos objetivos, sino que se aplica a todos los casos en que el contribuyente residente haya adquirido participaciones sociales en una sociedad residente de un tenedor de participaciones no residente por un precio que, por cualquier motivo, supere el valor nominal de esas participaciones sociales, los efectos de tal normativa van más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de evitar los montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica y creados con el único fin de beneficiarse indebidamente de una ventaja fiscal.

101 Procede, por tanto, responder a la cuestión planteada que el artículo 73 B del Tratado debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro, en virtud de la cual la depreciación de participaciones sociales como consecuencia de una distribución de dividendos no afecta a la base imponible de un contribuyente residente, cuando éste adquiere participaciones en una sociedad de capital residente, de un tenedor de participaciones no residente, mientras que, cuando adquiere participaciones de un tenedor residente, tal depreciación disminuye la base imponible del adquirente.

102 Esta conclusión es aplicable en los casos en que dicha normativa no va más allá de lo necesario para salvaguardar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, así como para evitar los montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica y creados con el único fin de beneficiarse indebidamente de una ventaja fiscal. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si la normativa de que se trata en el litigio principal se limita a lo necesario para alcanzar esos objetivos.

Costas

103 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:

El artículo 73 B del Tratado CE (actualmente artículo 56 CE) debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro, en virtud de la cual la depreciación de participaciones sociales como consecuencia de una distribución de dividendos no afecta a la base imponible de un contribuyente residente, cuando éste adquiere participaciones en una sociedad de capital residente, de un tenedor de participaciones no residente, mientras que, cuando adquiere participaciones de un tenedor residente, tal depreciación disminuye la base imponible del adquirente.

Esta conclusión es aplicable en los casos en que dicha normativa no va más allá de lo necesario para salvaguardar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, así como para evitar los montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica y creados con el único fin de beneficiarse indebidamente de una ventaja fiscal. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si la normativa de que se trata en el litigio principal se limita a lo necesario para alcanzar esos objetivos.

Firmas

* Lengua de procedimiento: alemán.