



## Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)

de 23 de enero de 2014\*

«Fiscalidad — Impuesto sobre sociedades — Transmisión de las participaciones en una sociedad personalista a una sociedad de capital — Valor contable — Valor estimado — Convenio para evitar la doble imposición — Tributación inmediata de plusvalías latentes — Diferencia de trato — Restricción a la libre circulación de capitales — Preservación del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros — Proporcionalidad»

En el asunto C-164/12,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Finanzgericht Hamburg (Alemania), mediante resolución de 26 de enero de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 3 de abril de 2012, en el procedimiento entre

**DMC Beteiligungsgesellschaft mbH**

y

**Finanzamt Hamburg-Mitte,**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera),

integrado por el Sr. A. Tizzano, Presidente de Sala, y los Sres. A. Borg Barthet y E. Levits (Ponente), la Sra. M. Berger y el Sr. S. Rodin, Jueces;

Abogado General: Sr. N. Wahl;

Secretario: Sr. K. Malacek, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 19 de septiembre de 2013;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de DMC Beteiligungsgesellschaft mbH, por el Sr. O.-F. Graf Kerssenbrock y la Sra. H. Bley, Rechtsanwälte;
- en nombre del Finanzamt Hamburg-Mitte, por la Sra. M. Grote, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno alemán, por el Sr. T. Henze, la Sra. A. Wiedmann y el Sr. J. Möller, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. W. Mölls y W. Roels, en calidad de agentes;

\* Lengua de procedimiento: alemán.

vista la decisión adoptada, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;  
dicta la siguiente

### **Sentencia**

- 1 La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación del artículo 49 TFUE.
- 2 Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre DMC Beteiligungsgesellschaft mbH, sociedad austriaca con domicilio social en Viena (Austria) y sucesora de Schillhuber Beteiligungsgesellschaft mbH (en lo sucesivo, «S-GmbH») y de Klausnitzer Ges.mbH (en lo sucesivo, «K-GmbH»), por un lado, y el Finanzamt Hamburg-Mitte (en lo sucesivo, «Finanzamt»), por otro, en relación con la determinación de una ganancia imputable a una transmisión en el marco de la liquidación del impuesto sobre los beneficios de una sociedad alemana en comandita simple correspondiente al ejercicio fiscal de 2000.

### **Marco jurídico**

#### *Derecho alemán*

- 3 El artículo 6, apartado 1, número 1, tercera frase, de la Ley del Impuesto sobre la Renta (Einkommensteuergesetz) define el concepto de valor estimado de un bien económico como la cantidad que el comprador de la empresa atribuiría en su totalidad a ese bien económico, individualmente considerado, en el marco del valor global de la citada empresa. El valor estimado debe diferenciarse del valor contable que es el valor de un activo tal como figura en el balance de una empresa, a saber, una vez reducido, en particular, el importe de las amortizaciones. El valor contable nunca podrá ser superior al valor estimado.
- 4 El artículo 20 de la Ley del impuesto sobre las reestructuraciones de sociedades de capital (Umwandlungssteuergesetz), de 11 de octubre de 1995 (BGBl. 1995 I, p. 1250), en su versión aplicable a los hechos del litigio principal (en lo sucesivo, «UmwStG 1995»), tenía la siguiente redacción:  
  
«(1) Cuando una empresa, una parte de empresa o una participación de una empresa se aporta a una sociedad de capital sujeta por obligación personal al impuesto sobre sociedades [artículo 1, apartado 1, número 1, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (Körperschaftsteuergesetz)] y quien las aporta recibe a cambio nuevas participaciones de la sociedad (aportación en especie), el patrimonio social aportado y las nuevas participaciones sociales se valorarán de conformidad con los apartados siguientes [...]  
  
(2) La sociedad de capital podrá valorar el patrimonio social aportado por su valor contable o por un valor mayor [...]  
  
(3) La sociedad de capital deberá valorar el patrimonio social aportado por su valor estimado cuando, en el momento de la aportación en especie, la República Federal de Alemania no tenga derecho a gravar la ganancia obtenida por la transmisión de las participaciones sociales concedidas al transmitente.  
  
(4) El valor que la sociedad de capital atribuya a los activos sociales aportados se considerará, respecto a su transmitente, como el precio de enajenación y el coste de adquisición de las participaciones.

[...]

(6) En los supuestos a que se refiere el apartado 3, se aplicará por analogía el artículo 21, apartado 2, frases tercera a sexta, para el aplazamiento del pago del impuesto sobre la renta o del impuesto sobre sociedades adeudados.»

5 El artículo 21, apartado 2, frases tercera a sexta, de la UmwStG 1995 establecía:

«En los supuestos a que se refiere la primera frase, números 1, 2 y 4, el pago del impuesto sobre la renta o del impuesto sobre sociedades, adeudados por la ganancia derivada de la transmisión, se podrá satisfacer en varias cuotas anuales equivalentes a al menos una quinta parte del importe total, a condición de que se garantice el pago de éstas. No se percibirá ningún interés en caso de que se aplaze el pago. Cualquier transmisión de participaciones durante el aplazamiento pondrá fin a éste con efecto inmediato. La quinta frase se aplicará por analogía cuando, durante el aplazamiento, la sociedad de capital de la que se tienen participaciones se haya disuelto y haya sido declarada en liquidación o cuando se reduzca el capital de dicha sociedad y se reembolse a los accionistas o cuando sea objeto de una reestructuración en el sentido de la segunda o de la cuarta parte de la Ley.»

#### *Convenio para evitar la doble imposición*

6 El artículo 1, apartados 2 y 3, del Convenio entre la República Federal de Alemania y la República de Austria para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio así como de impuestos sobre actividades económicas y del impuesto sobre bienes inmuebles, de 4 de octubre de 1954 (BGBl. 1955 II, p. 750; en lo sucesivo, «DBA 1954»), tenía el siguiente tenor:

«(2) A los efectos del presente Convenio, la persona física tendrá su domicilio en el Estado signatario en el que ocupe una vivienda en condiciones que permitan suponer que conservará y utilizará dicha vivienda. Cuando no tenga su domicilio en ninguno de los Estados signatarios, se considerará como domicilio el lugar de su residencia habitual.

(3) En el caso de las personas jurídicas, se considerará domicilio, a los efectos del presente Convenio, el lugar desde el que se dirigen sus actividades. Cuando ese lugar no esté situado en ninguno de los Estados signatarios, se considerará como domicilio el lugar donde radique su sede.»

7 El artículo 4 de la DBA 1954 establecía:

«(1) Cuando una persona domiciliada en uno de los Estados signatarios perciba, en su condición de empresario o socio de un empresario, rendimientos procedentes de una empresa comercial o industrial cuyas actividades se extiendan al territorio del otro Estado, este otro Estado tendrá derecho a gravar dichos rendimientos únicamente en la medida en que procedan de un establecimiento de la empresa situado en su territorio.

(2) En tal supuesto, se imputarán a ese establecimiento los rendimientos que habría obtenido como empresa autónoma por medio de una actividad idéntica o similar en las mismas condiciones o en condiciones similares y sin ninguna relación de dependencia respecto a la empresa a la que pertenece el establecimiento.

(3) A los efectos del presente Convenio, se considerará establecimiento cualquier instalación fija de la empresa comercial o industrial en la que ésta ejerza en todo o en parte sus actividades.

(4) El apartado 1 se aplicará a los rendimientos obtenidos mediante la gestión y la utilización directa de la empresa comercial o industrial, a los rendimientos obtenidos en virtud del alquiler, arrendamiento o cualquier otra forma de utilización de ésta y a los rendimientos procedentes de la venta de la empresa en su totalidad, de una participación en la empresa, de una parte de la empresa o de un bien utilizado en ésta.»

8 El artículo 7 de la DBA 1954 disponía:

«(1) Cuando una persona domiciliada en uno de los Estados signatarios obtenga rendimientos procedentes de la transmisión de una participación importante en una sociedad de capital cuya sede de dirección se encuentre en el otro Estado, corresponderá al Estado donde radique la sede el derecho a gravar tales rendimientos.

(2) El apartado 1 no será aplicable cuando una persona domiciliada en uno de los Estados signatarios posea un establecimiento en el otro Estado y obtenga los rendimientos a través de éste. En ese caso, corresponderá al otro Estado el derecho a gravar tales rendimientos (artículo 4).»

### **Litigio principal y cuestiones prejudiciales**

- 9 Hasta el 28 de agosto de 2001, DMC Design for Media and Communication GmbH & Co. KG (en lo sucesivo, «DMC KG») era una sociedad en comandita simple que tenía su domicilio social en Hamburgo (Alemania). Como sociedad personalista, sus socios comanditarios eran entonces K-GmbH y S-GmbH, anteriormente Hubert Schillhuber (en lo sucesivo, «HS»). Su socio colectivo era DMC Design for Media and Communication GmbH (en lo sucesivo, «DMC GmbH»), sociedad alemana. Las participaciones de esta última sociedad de capital eran hasta el 28 de noviembre de 2000 propiedad a partes iguales de K-GmbH y de HS, por un importe de 50.000 marcos alemanes (DEM).
- 10 El 28 de noviembre de 2000, HS aportó a S-GmbH las participaciones que tenía en DMC GmbH y en DMC KG.
- 11 Mediante escritura pública de 28 de agosto de 2001, se aumentó el capital social de DMC GmbH en 100.000 DEM, pasando así a 200.000 DEM.
- 12 Este aumento se hizo mediante la aportación en especie de las participaciones que poseían K-GmbH y S-GmbH en DMC KG. A cambio de la transmisión de dichas participaciones, K-GmbH y S-GmbH obtuvieron participaciones en el capital de DMC GmbH, como sociedad adquirente. El valor contable de las participaciones de cada una de estas sociedades que aportaron activos se fijó, respectivamente, en 50.000 DEM. La transmisión de participaciones a DMC GmbH se hizo retroactivamente a 1 de enero de 2001, es decir, en la fecha de la transmisión fiscal de 31 de diciembre de 2000.
- 13 Al haberse transmitido a DMC GmbH todas las participaciones de DMC KG, se disolvió la sociedad en comandita simple. El patrimonio de explotación aportado por K-GmbH y S-GmbH se contabilizó en el balance de adquisición de DMC GmbH por su valor contable.
- 14 Durante una inspección tributaria, el Finanzamt hubo de determinar la base imponible de DMC KG para el año fiscal 2000.
- 15 Al observar que los socios comanditarios de DMC KG, en su condición de socios de un empresario sujetos al impuesto sobre los beneficios, ya no disponían de un establecimiento en territorio alemán a raíz de la disolución de DMC KG, el Finanzamt concluyó que, con arreglo al artículo 7 de la DBA 1954, la República Federal de Alemania ya no tenía derecho a gravar los beneficios que obtuviesen K-GmbH y S-GmbH de la transmisión de las participaciones en DMC GmbH concedidas a cambio de la aportación de las participaciones que dichas sociedades tenían en DMC KG.
- 16 Por ello, de conformidad con el artículo 20, apartado 3, de la UmwStG 1995, el Finanzamt valoró las participaciones aportadas por K-GmbH y S-GmbH a DMC GmbH por su valor estimado y no por su valor contable, lo que dio lugar a la tributación de las plusvalías latentes correspondientes a las participaciones en DMC KG.

- 17 De ello resultó un beneficio de transmisión de 194 172,70 DEM por lo que respecta a la aportación de K-GmbH y de 9 051,77 DEM por lo que respecta a la aportación de S-GmbH. Estos beneficios derivados de la transmisión tributaron por el impuesto sobre sociedades correspondiente al ejercicio de 2000.
- 18 La demandante en el litigio principal, como sucesora de K-GmbH y de S-GmbH, interpuso un recurso ante el órgano jurisdiccional remitente contra la liquidación que se le había girado correspondiente al año 2000, invocando la incompatibilidad del artículo 20, apartado 3, de la UmwStG 1995 con el Derecho de la Unión.
- 19 El órgano jurisdiccional remitente indica que el Finanzamt procedió a una aplicación correcta del Derecho nacional en el presente caso. Así, DMC GmbH debía valorar el patrimonio de explotación aportado por K-GmbH y S-GmbH por su valor estimado. En efecto, en virtud de la DBA 1954, la República de Austria, como Estado de establecimiento de las sociedades que realizaron la aportación, dispone del derecho a gravar los beneficios obtenidos por una transmisión de las participaciones sociales concedidas a K-GmbH y a S-GmbH a cambio de las participaciones que tenían en DMC KG.
- 20 No obstante, ese mismo órgano jurisdiccional expresa sus dudas sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión del mecanismo previsto en el artículo 20, apartado 3, de la UmwStG 1995, que lleva a la tributación inmediata de las plusvalías latentes generadas en el territorio alemán, dado que el poseedor de los activos ya no está sujeto en Alemania al impuesto sobre los beneficios que obtendrá de la transmisión posterior de éstos. Por un lado, tal desigualdad de trato puede disuadir a las sociedades establecidas en Austria de adquirir participaciones en sociedades establecidas en Alemania. Por otro lado, tal restricción no puede justificarse por el objetivo de un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros afectados, ya que, en ningún momento, la República Federal de Alemania tuvo competencia fiscal sobre las participaciones de DMC GmbH propiedad de K-GmbH y S-GmbH.
- 21 En estas circunstancias, el Finanzgericht Hamburg decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:
- «1) ¿Es compatible con el artículo 43 CE ([actualmente] artículo 49 TFUE) una normativa nacional que establece, con ocasión de la aportación a una sociedad de capital de participaciones en una sociedad personalista, que los elementos patrimoniales aportados deben contabilizarse obligatoriamente por su valor estimado (lo cual pone de manifiesto una ganancia imputable a la transmisión eventual de dichas participaciones, que el aportante debe integrar en su base imponible), en la medida en que en el momento de la aportación no dineraria la República Federal de Alemania carezca de la potestad de gravar la ganancia que obtendría el aportante de la transmisión de las nuevas participaciones sociales que recibe a cambio de la aportación?
- 2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿es compatible con el artículo 43 CE [...] esa normativa nacional si al aportante se le confiere el derecho a solicitar el aplazamiento sin intereses de la deuda tributaria correspondiente a las rentas imputables a la realización eventual de la plusvalía, de manera que el impuesto que recae sobre la ganancia derivada de la transmisión se pueda satisfacer en cuotas anuales equivalentes a al menos una quinta parte del importe total, a condición de que garantice el pago de éstas?»

## **Sobre las cuestiones prejudiciales**

### *Sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales*

- 22 Con carácter preliminar, el Finanzamt alegó, en sus observaciones escritas, la inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales planteadas.
- 23 Así, afirmó que, con arreglo al Derecho procesal alemán, el recurso ante el órgano jurisdiccional remitente es inadmisibile, de modo que las cuestiones planteadas son de naturaleza hipotética.
- 24 A este respecto, es preciso recordar que, según jurisprudencia reiterada, las cuestiones sobre la interpretación del Derecho de la Unión planteadas por el juez nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad y cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia disfrutan de una presunción de pertinencia. La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo está justificada cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (sentencia de 8 de septiembre de 2011, Paint Graphos y otros, C-78/08 a C-80/08, Rec. p. I-7611, apartado 31 y jurisprudencia citada).
- 25 En lo que atañe a la presente remisión prejudicial, contrariamente a lo que alega el Finanzamt, no consta que el problema planteado en el asunto principal sea de naturaleza hipotética por la supuesta inadmisibilidad del recurso interpuesto en el litigio principal. En efecto, el Finanzgericht Hamburg ha mencionado específicamente en su resolución de remisión que, en caso de que el artículo 20, apartados 3 y 4, de la UmwStG 1995 fuera incompatible con el Derecho de la Unión, el citado recurso sería automáticamente admisible.
- 26 De cuanto antecede se desprende que procede admitir las cuestiones prejudiciales.

### *Sobre la primera cuestión prejudicial*

- 27 Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que obliga a valorar los activos aportados por una sociedad personalista al capital de una sociedad de capital que tenga su domicilio social en el territorio de dicho Estado miembro por su valor estimado, con la consecuencia de que puedan gravarse, antes de su realización efectiva, las plusvalías latentes correspondientes a tales activos generadas en ese territorio, siempre que el citado Estado se encuentre en la imposibilidad de ejercer su potestad tributaria sobre dichas plusvalías en el momento de su realización efectiva.

### *Sobre la libertad en cuestión en el asunto principal*

- 28 Pese a que todas las otras partes interesadas que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia están de acuerdo, al igual que el órgano jurisdiccional remitente, en que los hechos del litigio principal pueden relacionarse con la libertad de establecimiento, la Comisión Europea estima que el artículo 20, apartados 3 y 4, de la UmwStG 1995 está comprendido en el ámbito de la libre circulación de capitales.

- 29 Para determinar si una normativa nacional se inscribe en el ámbito de una u otra de las libertades de circulación, procede tomar en consideración, según jurisprudencia ya consolidada, el objeto de la legislación de que se trate (véanse las sentencias de 24 de mayo de 2007, *Holböck*, C-157/05, Rec. p. I-4051, apartado 22, y de 17 de septiembre de 2009, *Glaxo Wellcome*, C-182/08, Rec. p. I-8591, apartado 36).
- 30 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 (sentencias de 3 de octubre de 2006, *Fidium Finanz*, C-452/04, Rec. p. I-9521, apartado 34, y *Glaxo Wellcome*, antes citada, apartado 37).
- 31 A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que una normativa nacional que no está destinada a aplicarse únicamente a las participaciones que permitan ejercer una influencia efectiva en los acuerdos de una sociedad y determinar las actividades de ésta, sino que se aplica independientemente de la magnitud de la participación que posea el accionista en una sociedad, puede estar comprendida en el ámbito de aplicación tanto del artículo 49 TFUE como del artículo 63 TFUE (sentencia de 11 de noviembre de 2010, *Comisión/Portugal*, C-543/08, Rec. p. I-11241, apartado 43 y jurisprudencia citada).
- 32 En cuanto al objeto de las disposiciones de la *UmwStG* 1995 controvertidas en el litigio principal, de la resolución de remisión resulta que pretenden preservar los intereses fiscales de la República Federal de Alemania en los casos de plusvalías generadas en territorio alemán, cuando el reparto internacional de la potestad tributaria pudiera perjudicar a esos intereses.
- 33 En particular, tales disposiciones se refieren a las plusvalías correspondientes a activos aportados por inversores que ya no están sujetos en territorio alemán al impuesto sobre los beneficios a raíz de la transmisión de dichos activos de una sociedad en comandita simple a una sociedad de capitales.
- 34 De ello se desprende, en primer lugar, que la aplicación de la normativa en cuestión en el litigio principal al caso específico no depende de la cuantía de la participación de un inversor en la sociedad en comandita simple cuyas participaciones se aportan a una sociedad de capital en contrapartida a participaciones sociales. Así, con arreglo a esta normativa, no se exige que el inversor tenga una participación que le garantice el ejercicio de una influencia efectiva en las decisiones de la sociedad en comandita simple y menos aún en las de la sociedad de capital.
- 35 De hecho, restringir la aplicación de la normativa en cuestión en el litigio principal a los casos en los que las participaciones en la sociedad en comandita simple transmitidas sean propiedad de un inversor que disponga de una influencia efectiva en las decisiones de dicha sociedad sería incoherente a la luz del objetivo de preservar los intereses fiscales de la República Federal de Alemania.
- 36 En segundo lugar, debe señalarse que, en el asunto principal, la obligación de la sociedad de capital de valorar las participaciones aportadas en contrapartida a las participaciones sociales por su valor estimado se justifica por el hecho de que las sociedades que realizan la aportación ya no están sujetas por obligación personal al impuesto en el territorio alemán por los beneficios que obtienen de ésta, ya que la sociedad de la que eran socios comanditarios se ha disuelto.
- 37 Por tanto, la normativa en cuestión en el litigio principal afecta menos al proceso de establecimiento que al de transmisión de los activos entre una sociedad en comandita simple y una sociedad de capital.
- 38 De todas estas consideraciones resulta que la normativa en cuestión en el litigio principal debe examinarse únicamente a la luz de la libre circulación de capitales, tal como se consagra en el artículo 63 TFUE.

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

- 39 Según la normativa en cuestión en el litigio principal, debido a que, por el canje de participaciones de una sociedad en comandita simple, propiedad de una sociedad que no tiene su domicilio fiscal en Alemania, por participaciones de una sociedad de capital que tiene su domicilio en Alemania, las plusvalías latentes relativas a estas participaciones, generadas en el territorio de dicho Estado miembro, ya no pueden ser gravadas por éste, tales plusvalías deben declararse y la cuota del impuesto que corresponda pagar por los beneficios en caso de transmisión de las participaciones sociales canjeadas se determinará en el momento de la aportación de las participaciones de la sociedad en comandita simple y se recaudará según el procedimiento previsto en los artículos 20, apartado 6, y 21, apartado 2, frases tercera a sexta, de la UmwStG 1995. No obstante, si la sociedad transmitente sigue tributando en el territorio alemán, tanto la determinación de la cuota del impuesto por las plusvalías latentes correspondientes a los activos de la sociedad en comandita simple y que se reflejan en las participaciones concedidas, como la recaudación de dicho impuesto, tendrán lugar cuando se hagan efectivas dichas plusvalías, a saber, principalmente, en el momento de la transmisión de las participaciones de que se trata.
- 40 El hecho de que las plusvalías latentes correspondan a participaciones propiedad de un inversor que ya no tributa en territorio alemán por los rendimientos que obtiene de esos activos conlleva por ello para éste una desventaja de tesorería en relación con los inversores que continúen tributando en dicho territorio, en la medida en que el canje de las participaciones en una sociedad en comandita simple por participaciones de una sociedad de capital dará lugar, en el primer caso, a la tributación inmediata por las plusvalías correspondientes a las participaciones de que se trata, mientras que, en el segundo caso, tales plusvalías sólo tributarán en el momento de su realización efectiva. Esta diferencia de trato por lo que respecta a la tributación de las plusvalías puede disuadir a los inversores que no tengan su domicilio fiscal en Alemania de aportar capitales a una sociedad en comandita simple alemana, en la medida en que el canje de las participaciones de dicha sociedad por participaciones de una sociedad de capital conllevará la desventaja fiscal antes mencionada (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de noviembre de 2011, National Grid Indus, C-371/10, Rec. p. I-12273, apartado 37).
- 41 Por tanto, la normativa en cuestión en el litigio principal puede disuadir a los citados inversores de poseer una participación en una sociedad en comandita simple alemana, ya que éstos, en caso de canje posterior de sus participaciones por participaciones de una sociedad de capital, deberán pagar inmediatamente el impuesto sobre los beneficios correspondiente a las plusvalías latentes generadas en el territorio alemán, cuando dichos inversores ya no estén, por el canje de su participación, sujetos a tal impuesto en el futuro en el citado territorio.
- 42 Contrariamente a lo que alegan el Finanzamt Hamburg y el Gobierno alemán, la diferencia de trato así observada no se explica por una diferencia objetiva de situación. Efectivamente, respecto a una normativa de un Estado miembro que tenga por objeto gravar las plusvalías generadas en su territorio, la situación de un inversor que transmite sus participaciones en una sociedad en comandita simple que tiene su domicilio social en ese territorio a cambio de participaciones de una sociedad de capital que también tiene su domicilio social en el citado territorio y que, por realizar dicha transmisión, ya no puede ser objeto de gravamen sobre los beneficios que puede obtener de la venta de estas participaciones, es similar a la de un inversor que realice la misma operación, pero que siga sujeto al impuesto sobre los beneficios que obtiene, en lo que se refiere a la tributación de las plusvalías correspondientes a las participaciones en la sociedad en comandita simple y generadas en el territorio de dicho Estado miembro con anterioridad a su canje (véase, en este sentido, la sentencia National Grid Indus, antes citada, apartado 38).
- 43 De ello se deduce que la diferencia de trato que afecta, en la normativa en cuestión en el litigio principal, a los inversores que tienen participaciones de una sociedad en comandita simple canjeadas por participaciones de una sociedad de capital que debido a dicho canje ya no están sujetos en Alemania al impuesto sobre los rendimientos que obtienen en ese Estado miembro, en contraste con

los inversores que, en las mismas circunstancias, siguen estando sujetos a tal impuesto, constituye una restricción en principio prohibida por las disposiciones del Tratado FUE relativas a la libre circulación de capitales.

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

- 44 De reiterada jurisprudencia resulta que sólo puede admitirse una restricción a la libre circulación de capitales si está justificada por razones imperiosas de interés general (sentencias de 13 de diciembre de 2005, *Marks & Spencer*, C-446/03, Rec. p. I-10837, apartado 35; de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, Rec. p. I-7995, apartado 47; de 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, Rec. p. I-2107, apartado 64, y de 18 de junio de 2009, *Aberdeen Property Fininvest Alpha*, C-303/07, Rec. p. I-5145, apartado 57).
- 45 Según el órgano jurisdiccional remitente, la normativa en cuestión en el litigio principal tiene por objetivo garantizar el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, de conformidad con el principio de territorialidad. La República Federal de Alemania ejerce así su potestad tributaria sobre plusvalías generadas en su territorio que, por el efecto combinado de la transformación de los activos correspondientes y de la aplicación de un Convenio bilateral para evitar la doble imposición, dicho Estado no podría gravar en el momento de su realización efectiva.
- 46 A este respecto, procede recordar, por una parte, que preservar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros es un objetivo legítimo reconocido por el Tribunal de Justicia (véanse, en este sentido, las sentencias *Marks & Spencer*, antes citada, apartado 45; de 7 de septiembre de 2006, *N*, C-470/04, Rec. p. I-7409, apartado 42; de 18 de julio de 2007, *Oy AA*, C-231/05, Rec. p. I-6373, apartado 51, y de 15 de mayo de 2008, *Lidl Belgium*, C-414/06, Rec. p. I-3601, apartado 31).
- 47 Por otra parte, de reiterada jurisprudencia se desprende que, a falta de medidas de unificación o de armonización adoptadas por la Unión Europea, los Estados miembros siguen siendo competentes para fijar, mediante convenio o de forma unilateral, los criterios de reparto de su potestad tributaria con el fin, en particular, de suprimir la doble imposición (sentencia de 19 de noviembre de 2009, *Comisión/Italia*, C-540/07, Rec. p. I-10983, apartado 29 y jurisprudencia citada, y sentencia *National Grid Indus*, antes citada, apartado 45).
- 48 En este contexto, el canje de las participaciones en una sociedad en comandita simple por participaciones de una sociedad de capital no puede suponer que el Estado miembro en el que se encuentra el domicilio social de dichas sociedades deba renunciar a su derecho a gravar una plusvalía generada en su territorio y comprendida en el ámbito de su competencia en materia tributaria con anterioridad al citado canje, por el hecho de que dicha plusvalía no se haya realizado efectivamente.
- 49 Así, el Tribunal de Justicia ha declarado, en el marco del traslado de la sede de dirección efectiva de una sociedad de un Estado miembro a otro Estado miembro, que el primero está facultado, de conformidad con el principio de territorialidad fiscal, asociado a un componente temporal, a saber, la residencia fiscal del contribuyente en el territorio nacional durante el período en el que se han generado las plusvalías latentes, para gravar tales plusvalías en el momento de la emigración de dicho contribuyente (véase la sentencia *N*, antes citada, apartado 46). En efecto, tal medida tiene por objeto evitar situaciones que puedan comprometer el derecho del Estado miembro de origen a ejercer su competencia en materia tributaria respecto a las actividades realizadas en su territorio y puede, por tanto, estar justificada por motivos relacionados con el mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros (véanse las sentencias *Marks & Spencer*, antes citada, apartado 46; *Oy AA*, antes citada, apartado 54; de 21 de enero de 2010, *SGL*, C-311/08, Rec. p. I-487, apartado 60, y *National Grid Indus*, antes citada, apartado 46).

- 50 De la resolución de remisión resulta que K-GmbH y S-GmbH ya no disponían, a raíz de la aportación de todas sus participaciones en DMC KG a DMC GmbH, de un establecimiento permanente en el territorio alemán en el sentido de los artículos 4, apartado 3, y 7, apartado 2, de la DBA 1954. Dado que, en virtud del artículo 7, apartado 1, de la DBA 1954, K-GmbH y S-GmbH ya no tributarían, en Alemania, por los beneficios que obtendrían de la futura transmisión de las participaciones en el capital de DMC GmbH concedidas a cambio de su aportación, las participaciones aportadas fueron valoradas, de conformidad con el artículo 20, apartados 3 y 4, de la UmwStG 1995, por su valor estimado y las plusvalías correspondientes fueron objeto de tributación. Así pues, a fin de preservar la potestad tributaria de la República Federal de Alemania sobre los rendimientos generados en el territorio de dicho Estado miembro, la normativa en cuestión en el litigio principal obliga a informar acerca de las plusvalías latentes correspondientes a las participaciones en una sociedad en comandita simple cuando estas participaciones se canjean por participaciones en una sociedad de capital.
- 51 En este contexto, en primer lugar, el hecho de que la normativa en cuestión en el litigio principal dé lugar a la tributación de plusvalías no realizadas no cuestiona en sí la legitimidad del objetivo de preservar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros interesados.
- 52 En efecto, por una parte, el Tribunal de Justicia ha declarado que un Estado miembro está facultado para gravar el valor económico generado por una plusvalía latente en su territorio aun cuando la plusvalía en cuestión todavía no se haya realizado efectivamente (sentencia National Grid Indus, antes citada, apartado 49).
- 53 Por otra parte, los Estados miembros que están facultados para gravar las plusvalías que se han generado cuando los activos de que se trata se encontraban en su territorio tienen la potestad de establecer, al regular el correspondiente tributo, un hecho imponible distinto de la realización efectiva de tales plusvalías, a fin de garantizar la tributación de los mencionados activos (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de julio de 2013, Comisión/Dinamarca, C-261/11, apartado 37).
- 54 En segundo lugar, desde el punto de vista de la preservación del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, no es determinante que las plusvalías gravadas en virtud del artículo 20, apartados 3 y 4, de la UmwStG 1995 se refieran, a raíz del canje de las participaciones de que se trata, a activos de naturaleza diferente, a saber, inicialmente a una participación en una sociedad en comandita simple y posteriormente a una participación en una sociedad de capital. En efecto, las plusvalías correspondientes a las participaciones en la sociedad en comandita simple se reflejarán necesariamente en las participaciones de la sociedad de capital atribuidas a cambio de la aportación de las primeras.
- 55 Por tanto, el mero hecho de que el canje de las participaciones en una sociedad en comandita simple por participaciones de una sociedad de capital tenga como efecto sustraer determinados rendimientos al ejercicio de la potestad tributaria del Estado miembro en cuyo territorio se generaron basta para justificar una disposición como la controvertida en el litigio principal, en la medida en que prevé que la cuota del impuesto correspondiente a dichos rendimientos se determinará en el momento del canje.
- 56 No obstante, el objetivo de preservar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros sólo puede justificar una normativa como la controvertida en el litigio principal en la medida en que el Estado miembro en cuyo territorio se generaron los rendimientos se vea efectivamente en la imposibilidad de ejercer su potestad tributaria sobre los citados rendimientos.
- 57 Pues bien, en el caso de autos, de los hechos del litigio principal no se desprende con nitidez que la República Federal de Alemania pierda efectivamente el derecho a gravar las plusvalías latentes correspondientes a las participaciones en una sociedad personalista cuando éstas se canjean por participaciones de una sociedad de capital. En efecto, no parece que pueda excluirse que las citadas plusvalías latentes correspondientes a las participaciones aportadas al patrimonio de explotación de la

sociedad de capital puedan ser tenidas en cuenta para la liquidación del impuesto sobre sociedades que debería pagar en Alemania la sociedad de capital adquirente, en el presente caso DMC GmbH, extremo que corresponde determinar al tribunal nacional.

- 58 Habida cuenta de estos elementos, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 63 TFUE debe interpretarse en el sentido de que el objetivo de preservar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros puede justificar una normativa de un Estado miembro que obliga a valorar los activos de una sociedad en comandita simple aportados al capital de una sociedad de capital que tenga su domicilio social en el territorio de dicho Estado miembro por su valor estimado, con la consecuencia de que puedan gravarse, antes de su realización efectiva, las plusvalías latentes correspondientes a esos activos generadas en dicho territorio, siempre que el citado Estado miembro se encuentre en la imposibilidad de ejercer su potestad tributaria sobre tales plusvalías en el momento de su realización efectiva, extremo que corresponde determinar al tribunal nacional.

*Sobre la segunda cuestión prejudicial*

- 59 Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la normativa en cuestión en el litigio principal y la restricción que implica van más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de preservar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, habida cuenta, en particular, del procedimiento de recaudación del impuesto sobre la renta, tal como se prevé en los artículos 20, apartado 6, y 21, apartado 2, frases tercera a sexta, de la UmwStG 1995.
- 60 Procede recordar de inmediato que resulta proporcionado que un Estado miembro, con el fin de preservar el ejercicio de su competencia en materia tributaria, liquide el impuesto que se adeuda por las plusvalías latentes generadas en su territorio en el momento en que se extingue su potestad tributaria respecto al inversor de que se trata –en el presente asunto en el momento en que el citado inversor canjea las participaciones que tiene en una sociedad en comandita simple por participaciones de una sociedad de capital (véase, en este sentido, la sentencia National Grid Indus, antes citada, apartado 52).
- 61 Por lo que respecta a la recaudación del impuesto adeudado por las plusvalías latentes, el Tribunal de Justicia ha declarado que debe permitirse que el sujeto pasivo pueda optar entre, por una parte, pagar inmediatamente el importe del impuesto sobre las plusvalías latentes correspondientes a los activos que posea y, por otra parte, pagar con carácter diferido el importe del citado impuesto, acompañado, en su caso, de intereses con arreglo a la normativa nacional aplicable (véanse, en este sentido, las sentencias National Grid Indus, antes citada, apartado 73, y de 6 de septiembre de 2012, Comisión/Portugal, C-38/10, apartados 31 y 32).
- 62 En este contexto, habida cuenta de que el riesgo de que no se recauden los tributos aumenta en función del transcurso del tiempo, el escalonamiento del pago del impuesto antes de la realización efectiva de las plusvalías latentes en cinco anualidades es una medida adecuada y proporcionada para lograr el objetivo de preservar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros.
- 63 En el presente caso, las disposiciones del artículo 20, apartado 6, en relación con el artículo 21, apartado 2, frases tercera a sexta, de la UmwStG 1995, permiten al contribuyente repartir en cinco anualidades el pago del impuesto adeudado en concepto de ganancias obtenidas por la transmisión de participaciones de su propiedad, sin que ello dé lugar al pago de intereses.
- 64 De este modo, al permitir que el contribuyente pueda optar entre el pago inmediato o un pago escalonado en cinco anualidades, la normativa en cuestión en el litigio principal no va más allá de lo que resulta necesario para alcanzar el objetivo de preservar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros.

- 65 Por último, por lo que respecta a la obligación de constituir garantías bancarias, el Tribunal de Justicia ha declarado que un Estado miembro puede tener en cuenta el riesgo de que no se recauden los tributos en su normativa nacional aplicable al pago diferido de las deudas tributarias (véase, en este sentido, la sentencia *National Grid Indus*, antes citada, apartado 74).
- 66 Sin embargo, tales garantías producen por sí solas un efecto restrictivo en la medida en que privan al contribuyente del disfrute del patrimonio objeto de la garantía (sentencia de 11 de marzo de 2004, de *Lasteurie du Saillant*, C-9/02, Rec. p. I-2409, apartado 47, y sentencia N, antes citada, apartado 36).
- 67 Por tanto, tal exigencia no puede exigirse por principio, sin una evaluación previa del riesgo de que no se recaude el impuesto.
- 68 En particular, en el asunto del litigio principal, procede apreciar este riesgo especialmente a la luz del hecho de que, por un lado, las plusvalías latentes, objeto de la tributación controvertida, se refieren únicamente a una forma de activos, a saber, participaciones sociales, que son propiedad sólo de dos sociedades, con domicilio social en Austria, y, por otro lado, que dichas participaciones sociales se poseen en una sociedad de capital cuyo domicilio social se encuentra en territorio alemán.
- 69 Por consiguiente, procede responder a la segunda cuestión prejudicial en el sentido de que una normativa de un Estado miembro que establece la tributación inmediata de las plusvalías latentes generadas en su territorio no va más allá de lo que es necesario para alcanzar el objetivo de preservar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, siempre que, cuando el contribuyente opte por un aplazamiento del pago, la obligación de constituir una garantía bancaria se imponga en función del riesgo real de que no se recaude el impuesto.

### Costas

- 70 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 Primera) declara:

- 1) **El artículo 63 TFUE debe interpretarse en el sentido de que el objetivo de preservar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros puede justificar una normativa de un Estado miembro que obliga a valorar los activos de una sociedad en comandita simple aportados al capital de una sociedad de capital que tenga su domicilio social en el territorio de dicho Estado miembro por su valor estimado, con la consecuencia de que puedan gravarse, antes de su realización efectiva, las plusvalías latentes correspondientes a esos activos generadas en dicho territorio, siempre que el citado Estado miembro se encuentre en la imposibilidad de ejercer su potestad tributaria sobre tales plusvalías en el momento de su realización efectiva, extremo que corresponde determinar al tribunal nacional.**
- 2) **Una normativa de un Estado miembro que establece la tributación inmediata de las plusvalías latentes generadas en su territorio no va más allá de lo que es necesario para alcanzar el objetivo de preservar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, siempre que, cuando el contribuyente opte por un aplazamiento del pago, la obligación de constituir una garantía bancaria se imponga en función del riesgo real de que no se recaude el impuesto.**

Firmas