



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. PRIIT PIKAMÄE
presentadas el 5 de junio de 2019¹

Asunto C-641/17

**College Pension Plan of British Columbia
contra
Finanzamt München III**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Finanzgericht München (Tribunal de lo Tributario de Múnich, Alemania)]

«Remisión prejudicial — Fiscalidad directa — Libre circulación de capitales — Movimientos de capitales entre los Estados miembros y terceros países — Impuesto sobre sociedades — Fondos de pensiones residentes y no residentes — Tributación de los dividendos derivados de paquetes de acciones — Retención en origen — Deducción íntegra, del impuesto sobre sociedades, de dicha retención en origen — Reducción del beneficio imponible mediante provisiones matemáticas destinadas al pago de pensiones — Restricción — Comparabilidad — Toma en consideración de las provisiones matemáticas — Relación entre, por un lado, las provisiones matemáticas y otras provisiones técnicas y, por otro lado, la percepción de dividendos — Justificación — Convenios para evitar la doble imposición — Cláusula de “standstill” — Criterios temporal y material»

1. Mediante la presente petición de decisión prejudicial, el Finanzgericht München (Tribunal de lo Tributario de Múnich, Alemania) plantea al Tribunal de Justicia dos cuestiones acerca de la interpretación de disposiciones del Derecho primario relativas a la libre circulación de capitales, a saber, los artículos 63 TFUE a 65 TFUE.² La presente petición tiene por objeto la articulación entre dicha libertad y el tenor de determinadas disposiciones nacionales relativas a la fiscalidad directa en materia de dividendos.

2. Esta petición ha sido presentada en el marco de un litigio entre College Pension Plan of British Columbia (en lo sucesivo, «CPP»), un fondo de pensiones con forma de «trust» de Derecho canadiense, y el Finanzamt München (Abteilung III) (Oficina Tributaria de Múnich, sección III, Alemania). Más concretamente, durante los años 2007 a 2010, dicho «trust» percibió, a través de un fiduciario canadiense, dividendos de varias sociedades anónimas alemanas respecto de los cuales la Administración tributaria alemana denegó toda desgravación en el impuesto alemán sobre los rendimientos del capital.

3. En particular, se insta al Tribunal de Justicia a que determine si las disposiciones relativas a la libre circulación de capitales previstas en el Tratado FUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la normativa alemana en virtud de la cual las retenciones en origen practicadas sobre los dividendos pueden deducirse del impuesto sobre sociedades que deben abonar los fondos de

¹ Lengua original: francés.

² Dado que las cuestiones prejudiciales versan sobre los artículos 63 TFUE a 65 TFUE y que el contenido de estos es idéntico al de los artículos 56 a 58 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado CE) que los precedieron, se hará referencia a aquellos, aun cuando una parte de los hechos se remonta a un período anterior al 1 de diciembre de 2009.

pensiones residentes y que en este contexto permite tomar en consideración provisiones para disminuir el beneficio imponible, mientras que los fondos de pensiones no residentes no pueden practicar tal deducción. Además, se plantea asimismo la cuestión de la aplicabilidad de la llamada cláusula de «standstill» del artículo 64 TFUE, apartado 1.

4. El Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de examinar en varios asuntos el régimen fiscal aplicable a los dividendos distribuidos a fondos de pensiones sujetos pasivos por obligación real, a la luz de la circulación de capitales.³ Si bien ya existe abundante jurisprudencia en la materia, las cuestiones sobre la existencia de una posible restricción y sobre la comparabilidad de las situaciones de contribuyentes residentes y no residentes pueden, en ocasiones, resultar complejas. El presente asunto es un buen ejemplo de ello.

I. Marco jurídico

A. Ley sobre el control de las entidades aseguradoras

5. De los autos remitidos al Tribunal de Justicia se deduce que, durante los años 2007 a 2010, los fondos de pensiones y sus actividades estaban sujetos a la *Versicherungsaufsichtsgesetz* (Ley sobre el control de las entidades aseguradoras), en su versión publicada el 17 de diciembre de 1992 (en lo sucesivo, «VAG 1992»)⁴. El artículo 112 de la VAG 1992 contenía una definición de los «fondos de pensiones». Según la documentación presentada ante el Tribunal de Justicia, el apartado 1 de dicho artículo tenía el siguiente tenor:

«Un fondo de pensiones es un organismo de previsión con capacidad jurídica que:

1. proporciona en nombre de una o varias empresas, mediante un sistema de capitalización, prestaciones de jubilación profesional a los trabajadores de aquellas,
2. no puede proporcionar, respecto de todas las prestaciones previstas, garantías de seguros por el importe de las prestaciones o por el importe de las cotizaciones futuras que deban pagarse con arreglo a tales prestaciones,
3. confiere a los trabajadores un derecho propio a las prestaciones frente al fondo de pensiones, y
4. está obligado a proporcionar la prestación de jubilación mediante un pago vitalicio.»

6. La VAG 1992 fue derogada por la Ley de modernización del control financiero de los seguros, de 1 de abril de 2015,⁵ y sustituida por la VAG 2015. El artículo 236, apartado 1, de la VAG 2015 contiene una definición del concepto de fondo de pensiones que se corresponde con la que figura en el artículo 112 de la VAG 1992.

³ Véanse, en particular, las sentencias de 8 de noviembre de 2012, Comisión/Finlandia (C-342/10, EU:C:2012:688); de 22 de noviembre de 2012, Comisión/Alemania (C-600/10, no publicada, EU:C:2012:737), y de 2 de junio de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402).

⁴ BGBl 1993 I, p. 2.

⁵ BGBl. 2015 I, p. 434.

B. Normativa tributaria relativa a los fondos de pensiones

7. De los autos remitidos al Tribunal de Justicia se desprende que el régimen alemán de imposición de los rendimientos del capital se deriva de las disposiciones establecidas en la Einkommensteuergesetz (Ley del impuesto sobre la renta; en lo sucesivo, «EStG») en su versión publicada el 19 de octubre de 2002,⁶ en relación, por lo que respecta a la tributación de las personas jurídicas, con lo dispuesto en la Körperschaftssteuergesetz (Ley del impuesto sobre sociedades; en lo sucesivo, «KStG»), en su versión publicada el 15 de octubre de 2002.⁷

1. Régimen fiscal de los fondos de pensiones con sede en Alemania

8. Como sociedades de capital con sede en Alemania, los fondos de pensiones alemanes están sujetos por obligación personal al impuesto sobre sociedades, de conformidad con el artículo 1, apartado 1, punto 1, de la KStG. Con arreglo al artículo 7, apartado 1, de la KStG, sus rendimientos imposables están sujetos al impuesto sobre sociedades. De conformidad con el artículo 23 de la KStG, el tipo impositivo del impuesto sobre sociedades que grava el beneficio de los fondos de pensiones alemanes es del 15 %.

9. En virtud del artículo 8, apartado 1, primera frase, de la KStG, los rendimientos imposables se calculan con arreglo a lo dispuesto en la EStG. A tenor del artículo 8, apartado 2, de la KStG, en relación con el artículo 2, apartado 1, punto 2, de la EStG, todos los rendimientos de un fondo de pensiones sujetos al impuesto por obligación personal deben considerarse rendimientos procedentes de una actividad industrial o comercial. El artículo 2, apartado 2, punto 1, de la EStG dispone que los rendimientos procedentes de una actividad industrial o comercial son los resultados obtenidos durante el ejercicio fiscal de que se trate.

10. Las exenciones fiscales de los dividendos y las plusvalías a que se refiere el artículo 8b, apartados 1 y 2, de la KStG no son aplicables a los fondos de pensiones, en virtud del artículo 8b, apartado 8, frases primera y quinta, de la KStG.

11. De acuerdo con el artículo 20, apartado 1, de la EStG, los dividendos distribuidos a partir de los beneficios se consideran rendimientos del capital.

12. Los artículos 43 y 44 de la EStG establecen que el impuesto sobre los rendimientos del capital grava los rendimientos del capital y debe ser abonado, mediante retenciones en origen, por la sociedad que distribuye los dividendos. La cuota de este gravamen asciende al 25 % de los dividendos brutos.

13. El artículo 4, apartado 1, primera frase, de la EStG dispone que «el resultado es igual a la diferencia entre el patrimonio de la sociedad al término del ejercicio y el patrimonio de la sociedad al término del ejercicio anterior, incrementado por el valor de las deducciones y aminorado por el valor de las aportaciones».

14. De conformidad con el artículo 5 de la EStG, el patrimonio se valora con arreglo a los principios contables de Derecho mercantil. De este modo, dicha diferencia se determina teniendo en cuenta un balance fiscal que, por su parte, está basado en un balance contable.

⁶ BGBl. 2002 I, p. 4210, y BGBl. 2003 I, p. 179.

⁷ BGBl. 2002 I, p. 4144.

15. En virtud del artículo 31, apartado 1, primera frase, de la KStG, en relación con el artículo 36, apartado 2, punto 2, de la EStG, el impuesto sobre los rendimientos del capital al que están sometidos los dividendos que haya sido satisfecho mediante retención en origen durante el ejercicio fiscal podrá deducirse íntegramente del impuesto sobre sociedades.

16. El artículo 36, apartado 4, segunda frase, de la EStG es del siguiente tenor: «si, tras proceder a la regularización correspondiente, hubiere un excedente a favor del sujeto pasivo, dicho excedente se le abonará, tras la notificación de la liquidación tributaria».

17. De acuerdo con la información contenida en la resolución de remisión, a efectos del régimen fiscal, la normativa alemana distingue entre los beneficios obtenidos a cargo de fondos propios («rendimiento de las inversiones contables») y los obtenidos a cargo de un «conjunto de cobertura»⁸ («rendimiento de las inversiones extracontables»).

18. Por un lado, por lo que respecta al rendimiento de las inversiones contables, cuando los beneficios económicos son superiores al tipo de interés técnico empleado para calcular las cotizaciones de los afiliados al fondo de pensiones, tales beneficios se trasladan directamente al crédito de los distintos contratos del fondo de pensiones. No solo incrementan el activo del balance fiscal del fondo de pensiones, sino también el valor de las partidas del pasivo de dicho balance y, en particular, las provisiones matemáticas.⁹ En este supuesto, los beneficios obtenidos de la percepción de los dividendos se neutralizan en su totalidad y no dan lugar a un beneficio imponible.

19. Por otro lado, en lo tocante al rendimiento de las inversiones extracontables, cuando los beneficios financieros son superiores al tipo de interés técnico empleado para calcular las cotizaciones de los afiliados al fondo de pensiones, al menos el 90 % de tales beneficios se destina a los contratos de los afiliados. Este 90 % de los beneficios refleja un incremento del valor tanto del activo como de las partidas del pasivo del balance fiscal y, en particular, un incremento del valor de las provisiones matemáticas de dicho balance. Esta parte de los beneficios obtenidos de la percepción de los dividendos se neutraliza en su totalidad y no da lugar a un beneficio imponible. En cambio, la parte restante del 10 % como máximo de los beneficios no se traslada al crédito de los diversos contratos del fondo de pensiones y el incremento del activo a este respecto no se acompaña del consiguiente aumento del pasivo del balance. Dichos beneficios se traducen, pues, en un resultado que debe ser tomado en consideración a efectos tributarios.

2. Régimen fiscal de los fondos de pensiones extranjeros

20. En virtud del artículo 2, apartado 1, de la KStG, un fondo de pensiones extranjero que no tiene su dirección o sede en Alemania es sujeto pasivo por obligación real del impuesto sobre sociedades respecto de la parte de sus rendimientos obtenida en el territorio nacional.

21. De lo dispuesto en el artículo 8, apartado 1, de la KStG, en relación con los artículos 49, apartado 1, punto 5a, y 20, apartado 1, punto 1, de la EStG, resulta que los dividendos que perciben los fondos de pensiones extranjeros son rendimientos del capital sujetos a tributación por obligación real. Dichos dividendos están plenamente sujetos a tributación en virtud del artículo 8b, apartado 8, frase quinta, de la KStG.

⁸ El término alemán empleado en la petición de decisión prejudicial es «Deckungsstock».

⁹ Las provisiones matemáticas constituyen una categoría de provisiones correspondientes a reservas constituidas por los fondos de pensiones al objeto de garantizar el pago de las prestaciones de jubilación. Estas provisiones deben calcularse con arreglo al artículo 341f del Handelsgesetzbuch (Código de Comercio).

22. En el caso de los fondos de pensiones sujetos por obligación real, el impuesto se abona mediante una retención en origen, de suerte que el deudor de los dividendos debe practicar la retención del impuesto sobre los rendimientos del capital, cuya cuota, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 43, apartado 1, punto 1, y el artículo 43a, apartado 1, punto 1, de la EStG, asciende en principio al 25 % de los dividendos brutos.

23. En virtud del artículo 50d, apartado 1, tercera frase, de la EStG, cuando la tributación de los dividendos esté limitada al 15 % con arreglo a convenios fiscales y el fondo de pensiones presente una solicitud de devolución al Bundeszentralamt für Steuern (Oficina Tributaria Federal Central, Alemania), se devolverá a dicho fondo la diferencia entre la retención practicada sobre el rendimiento de capital y el tipo de imposición autorizado por el convenio fiscal aplicable.

24. De conformidad con el artículo 32, apartado 1, punto 2, de la KStG, cuando el titular de los rendimientos esté sujeto por obligación real en Alemania, el impuesto sobre los rendimientos del capital del 15 % es definitivo.

25. En consecuencia, según el órgano jurisdiccional remitente, los fondos de pensiones extranjeros tienen excluida la posibilidad de deducir el impuesto sobre los rendimientos del capital del impuesto sobre sociedades, así como la posibilidad de deducir posibles gastos profesionales de la base de su rendimiento imponible. No concurren los requisitos de devolución del impuesto sobre los rendimientos del capital a las sociedades sujetas por obligación real previstos en el artículo 32, apartado 5, de la KStG.

C. Convenio bilateral de doble imposición celebrado entre la República Federal de Alemania y Canadá

26. El Convenio entre la República Federal de Alemania y Canadá para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y otros impuestos, evitar la evasión fiscal y prestar asistencia en materia tributaria, hecho en Berlín el 19 de abril de 2001 (en lo sucesivo, «Convenio bilateral de doble imposición»),¹⁰ establece, en su artículo 10, apartado 2, letra b), que el Estado del que proceden los dividendos podrá practicar una retención del 15 % de su importe bruto.

27. En virtud del artículo 23, apartado 1, letra a), del Convenio bilateral de doble imposición, Canadá, en su calidad de Estado de residencia del sujeto pasivo, evitará la doble imposición de los dividendos por la vía de la deducción.

II. Litigio principal y cuestiones prejudiciales

28. El objeto social de CPP es la gestión de capitales con la finalidad de garantizar el pago de una pensión a los antiguos funcionarios de la provincia de Colombia Británica. Para ello, constituye en sus balances las correspondientes provisiones técnicas destinadas a cubrir las obligaciones de pago de las pensiones de jubilación. Mediante una sociedad de gestión de cartera, CPP es titular de acciones de sociedades anónimas alemanas. CPP y dicha sociedad fiduciaria celebraron un contrato de fiducia en virtud del cual la segunda está obligada a acatar las directrices e instrucciones de CPP, la sociedad fideicomitente, por lo que respecta a las decisiones de inversión. En Canadá, CPP está exenta de toda tributación sobre los beneficios.

¹⁰ BGBl. 2002 II, p. 670.

29. CPP poseía acciones de distintas sociedades anónimas alemanas, representativas de menos del 1 % de su capital. Entre 2007 y 2010, percibió dividendos por estas acciones conforme a las modalidades descritas en los puntos 17 a 19 de las presentes conclusiones. Con arreglo al artículo 10, apartado 2, letra b), del Convenio bilateral de doble imposición, sobre estos dividendos se practicó, en el marco del impuesto sobre los rendimientos del capital, una retención en origen del 15 %, por un importe total de 156 280,10 euros.

30. El 23 de diciembre de 2011, CPP solicitó a la Oficina Tributaria de Múnich que adoptase una decisión por la que le autorizase la exención del impuesto sobre los rendimientos del capital y la devolución de dicho importe de 156 280,10 euros, más los intereses, por haber recibido un trato menos favorable que los fondos de pensiones alemanes, habida cuenta de que estos últimos obtenían la devolución íntegra del impuesto sobre los rendimientos del capital que grava los dividendos. Mediante decisión de 26 de mayo de 2014, la Administración tributaria alemana desestimó esta solicitud.

31. Al haber sido desestimada asimismo la reclamación interpuesta contra dicha decisión, CPP interpuso recurso ante el órgano jurisdiccional remitente, el Finanzgericht München (Tribunal de lo Tributario de Múnich).

32. Con carácter preliminar, este órgano jurisdiccional señala que CPP es comparable a un fondo de pensiones alemán en el sentido del artículo 236 de la VAG 2015, cuestión esta sobre la que las partes están de acuerdo. Además, afirma que las partes en el litigio principal tampoco discuten que las acciones de sociedades anónimas alemanas y los rendimientos que estas acciones generan no deben vincularse a la sociedad fiduciaria, sino a CPP, su beneficiario efectivo.

33. En primer lugar, el órgano jurisdiccional remitente explica que, por lo que respecta a un fondo de pensiones residente, el impuesto sobre sociedades al que este está sujeto se basa en el resultado consignado en su balance. Añade que este resultado depende en particular de la percepción de dividendos y de la constitución de provisiones, dado que los fondos de pensiones residentes pueden deducir de su beneficio imponible las provisiones para obligaciones de pago de pensiones. En este sentido, afirma, el reparto de dividendos no siempre genera el incremento efectivo del impuesto sobre sociedades que se adeuda, sino solo un incremento mínimo de la cuota del impuesto sobre sociedades.

34. En cambio, en cuanto atañe a los fondos de pensiones no residentes, el órgano jurisdiccional remitente señala que, cuando reciben dividendos, están sujetos al impuesto sobre sociedades alemán por obligación real. Especifica que este impuesto se abona mediante una retención en origen, de modo que la sociedad que emite los dividendos debe practicar la retención del impuesto sobre los rendimientos del capital, cuya cuota, en principio, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 43, apartado 1, punto 1, y 43a, apartado 1, punto 1, de la EStG, asciende al 25 % de los dividendos brutos. Añade que, en virtud del artículo 10, apartado 2, letra b), del Convenio bilateral de doble imposición, la tributación de los dividendos debe limitarse al 15 %. La Oficina Tributaria Federal Central devuelve, previa solicitud, la diferencia entre la retención practicada en relación con el impuesto sobre los rendimientos del capital y este tipo del 15 %.

35. En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si la diferencia de trato fiscal entre los fondos de pensiones no residentes, los cuales perciben dividendos que son objeto de retención en origen, y los fondos de pensiones residentes, cuyos dividendos también son objeto de retención en origen, pero que pueden deducir tales retenciones del impuesto sobre sociedades, constituye una restricción de la libre circulación de capitales.

36. En el supuesto de que el Tribunal de Justicia considere que dicha diferencia de trato fiscal constituye una restricción a la libre circulación de capitales, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta sobre la posible justificación de tal restricción.

37. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta sobre la aplicabilidad de la cláusula de «standstill» del artículo 64 TFUE, apartado 1. A este respecto, señala, en primer lugar, que el artículo 32, apartado 1, punto 2, de la KStG, en virtud del cual el impuesto sobre los rendimientos del capital del 15 % es definitivo para el titular de los rendimientos sujeto por obligación real al impuesto en Alemania y del que, según afirma, se deriva la diferencia de trato entre los fondos de pensiones residentes y no residentes, ya existía el 31 de diciembre de 1993, pues la redacción y el funcionamiento del artículo 50, apartado 1, punto 2, de la KStG de 1991 eran idénticos. En segundo lugar, añade que resulta irrelevante que el tipo del 25 % del impuesto sobre los rendimientos del capital, que ya se aplicaba el 31 de diciembre de 1993 en virtud de lo dispuesto en el artículo 43, apartado 1, punto 1, de la EStG, en relación con el artículo 43a, apartado 1, punto 1, de esta misma Ley, se redujese al 20 % el 1 de enero de 2001 y volviese a incrementarse hasta el 25 % el 1 de enero de 2009. Afirma que la reforma legislativa del 1 de enero de 2009 sustituyó los distintos tipos impositivos previamente aplicables a los rendimientos del capital, a saber, del 20 %, 25 % y 30 %, por un tipo único del 25 %, si bien no alteró el principio de la norma que regulaba la retención del impuesto sobre los rendimientos del capital. En tercer lugar, se plantea la cuestión de saber si se cumple el criterio material relativo a la prestación de servicios financieros. A este respecto, entiende que es preciso determinar si, en un caso como el de autos, existe una relación de causalidad entre la prestación de servicios financieros y los movimientos de capitales, en el sentido de la sentencia Wagner-Raith.¹¹

38. En estas circunstancias, el Finanzgericht München (Tribunal de lo Tributario de Múnich, Alemania) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Se opone la libre circulación de capitales consagrada en el artículo 63 TFUE, apartado 1, en relación con el artículo 65 TFUE, a la normativa de un Estado miembro por la cual un fondo de pensiones de empleo no residente —que, en su estructura esencial, es comparable a un fondo de pensiones alemán— no goza de desgravación alguna en el impuesto sobre los rendimientos del capital por los dividendos percibidos, mientras que los correspondientes repartos de dividendos en favor de fondos de pensiones residentes no generan incremento alguno, o solo un incremento mínimo, de la cuota del impuesto sobre sociedades porque [los fondos de pensiones residentes] tienen la posibilidad, en el procedimiento tributario, de minorar su beneficio imponible deduciendo las provisiones para obligaciones de pago de pensiones y de neutralizar el impuesto abonado sobre los rendimientos del capital por la vía de la deducción o, en la medida en que la cuota del impuesto sobre sociedades que deba satisfacerse sea menor que la deducción, por la vía de la devolución?
- 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión: ¿Es lícita con arreglo al artículo 63 TFUE, en relación con el artículo 64 TFUE, apartado 1, la restricción de la libre circulación de capitales que constituye el artículo 32, apartado 1, punto 2, de la KStG frente a terceros países, por estar relacionada con la prestación de servicios financieros?»

III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

39. Han presentado observaciones escritas CPP, la Oficina Tributaria de Múnich, el Gobierno alemán y la Comisión Europea. En la vista celebrada el 20 de marzo de 2019, se oyeron los informes orales de todas las partes, con la excepción de la Oficina Tributaria de Múnich.

¹¹ Sentencia de 21 de mayo de 2015 (C-560/13, EU:C:2015:347), apartados 39 y 44.

IV. Análisis

40. Para comenzar, en primer lugar, es indudable que la libertad fundamental aplicable al presente litigio es la libertad de circulación de capitales. Por un lado, el Tribunal de Justicia ha recordado recientemente que constituyen movimientos de capitales en el sentido del artículo 63 TFUE, en particular, las inversiones directas en forma de participación en una empresa mediante la posesión de acciones que confiera la posibilidad de participar de manera efectiva en su gestión y control (inversiones denominadas «directas»), así como la adquisición de títulos en el mercado de capitales efectuada con la única intención de realizar una inversión, pero sin intención de influir en la gestión y el control de la empresa (inversiones denominadas «de cartera»)¹². Por otro lado, según reiterada jurisprudencia, las disposiciones nacionales aplicables a participaciones adquiridas con el único objetivo de realizar una inversión de capital sin intención de influir en la gestión y en el control de la empresa deben examinarse exclusivamente en relación con la libre circulación de capitales.^{13 14} En el caso de autos, no se discute que se trata de inversiones sin intención de influir en la gestión y en el control de la empresa, dado que el fondo de pensiones canadiense posee acciones, representativas de menos del 1 %, en diferentes sociedades anónimas alemanas. Por tanto, en una situación como la que es objeto del litigio principal deben aplicarse las disposiciones relativas a la libre circulación de capitales, en particular, los artículos 63 TFUE a 65 TFUE.

41. En segundo lugar, considero que la cuestión relativa a la aplicabilidad de la cláusula de «standstill» del artículo 64 TFUE, apartado 1, debe analizarse una vez se haya determinado si la normativa controvertida constituye una restricción a la libre circulación de capitales en el sentido del artículo 63 TFUE, apartado 1. En efecto, el tenor del artículo 64 TFUE, apartado 1, se remite a las «restricciones», lo que implica que, para aplicar esta disposición, es preciso antes de nada calificar la normativa nacional y establecer si el régimen previsto por dicha normativa constituye una restricción.¹⁵ Por tanto, propongo examinar las cuestiones prejudiciales en el orden en el que han sido planteadas.

A. Sobre la primera cuestión prejudicial

42. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 63 TFUE y 65 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que exige aplicar una retención en origen sobre los dividendos distribuidos por una sociedad residente a los fondos de pensiones residentes y no residentes, al prever un sistema de deducción íntegra en el impuesto sobre sociedades únicamente respecto de los fondos de pensiones residentes, mientras que en lo que respecta a los fondos de pensiones no residentes dicha deducción del 25 % constituye, en tres quintas partes (un 15 %), un impuesto definitivo, dado que, previa solicitud, puede concederse la devolución de dos quintas partes de dicha retención (el 10 %).

43. Para responder a esta cuestión, propongo examinar, en primer lugar, si existe una restricción a la libre circulación de capitales en el sentido del artículo 63 TFUE y, en segundo lugar, en su caso, la admisibilidad de tal restricción.

¹² Véase, en este sentido, la sentencia de 26 de febrero de 2019, X (Sociedades intermedias domiciliadas en terceros países) (C-135/17, EU:C:2019:136), apartado 26 y jurisprudencia citada.

¹³ Véase, en particular, la sentencia de 24 de noviembre de 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896), apartado 33 y jurisprudencia citada.

¹⁴ En una situación análoga a la del litigio principal, en la sentencia de 10 de abril de 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249), apartado 34, el Tribunal de Justicia precisó, en efecto, que para determinar si dicha normativa controvertida está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 63 TFUE lo que procede examinar no es la naturaleza de la exención prevista por tal normativa ni el carácter de la actividad desarrollada por el fondo de inversión, sino la forma de participación de los fondos de inversión en las sociedades residentes.

¹⁵ A este respecto, ha de observarse que, en la reciente sentencia de 26 de febrero de 2019, X (Sociedades intermedias domiciliadas en terceros países) (C-135/17, EU:C:2019:136), el Tribunal de Justicia optó por examinar las cuestiones en orden inverso, es decir, examinar primeramente la normativa controvertida a la luz del artículo 64 TFUE, apartado 1, y, a continuación, con arreglo al artículo 63 TFUE, apartado 1.

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

44. Según reiterada jurisprudencia, constituyen restricciones a los movimientos de capitales todas las medidas que pueden disuadir a los contribuyentes no residentes de realizar inversiones en un Estado miembro o a los contribuyentes residentes de dicho Estado miembro de hacerlo en otros Estados.¹⁶ Más en concreto, un trato desfavorable por un Estado miembro de los dividendos pagados a sociedades no residentes, en comparación con el trato que se dispensa a los dividendos pagados a las sociedades residentes, puede disuadir a las sociedades establecidas en un Estado distinto de ese primer Estado miembro de invertir en él y, por consiguiente, constituye una restricción a la libre circulación de capitales prohibida, en principio, por el artículo 63 TFUE.¹⁷

45. En el caso de autos, la normativa nacional controvertida en el litigio principal prevé un tratamiento fiscal en dos etapas. En una primera fase, tanto los dividendos distribuidos a fondos de pensiones residentes como los repartidos a fondos de pensiones no residentes están sujetos a una retención en origen. A estos efectos, en lo que concierne a los dividendos abonados a los fondos de pensiones no residentes, según las indicaciones contenidas en la resolución de remisión, tres quintas partes (el 15 %) de la retención en origen se recaudan de forma definitiva, en virtud del artículo 32, apartado 1, punto 2, de la KStG, mientras que dos quintas partes (el 10 %) de esta retención se devuelven conforme a las modalidades descritas en el punto 23 de las presentes conclusiones. En este sentido, en el procedimiento principal, los dividendos controvertidos fueron objeto de una retención en origen del 15 %. En cambio, de las explicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente se desprende que la retención en origen aplicable a los dividendos que perciben los fondos de pensiones residentes asciende al 25 %.

46. En una segunda fase, los fondos de pensiones están sujetos, por lo que respecta a los dividendos que perciben, a dos regímenes de tributación diferentes. En efecto, el impuesto sobre los rendimientos del capital que grava los dividendos que perciben los fondos de pensiones no residentes adquiere carácter definitivo. En cambio, los dividendos abonados a los fondos de pensiones residentes se incluyen en su balance contable, el cual servirá de referencia para calcular el beneficio imponible al que se aplicará el impuesto sobre sociedades del 15 %.¹⁸ Cuando se devenga este impuesto, el impuesto sobre los rendimientos de capital puede deducirse íntegramente del importe adeudado. En efecto, el órgano jurisdiccional remitente señala que, en virtud del artículo 31 de la KStG, en relación con el artículo 36, apartado 2, punto 2, de la EStG, «la retención del impuesto sobre los rendimientos del capital practicada sobre los dividendos distribuidos a los fondos de pensiones se deducirá íntegramente del impuesto sobre sociedades adeudado»¹⁹ y, de conformidad con el artículo 36, apartado 4, segunda frase, de la EStG, «se devolverá a los fondos de pensiones residentes la retención practicada a efectos del impuesto sobre los rendimientos del capital cuando su importe sea superior a la cuota adeudada por el impuesto sobre sociedades».²⁰

16 Sentencias de 10 de mayo de 2012, Santander Asset Management SGIIC y otros (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286), apartado 15; de 17 de septiembre de 2015, Miljoen y otros (C-10/14, C-14/14 y C-17/14, EU:C:2015:608), apartado 44, y de 2 de junio de 2016 (Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14, EU:C:2016:402), apartado 27.

17 Véase, en particular, la sentencia de 2 de junio de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402), apartado 28 y jurisprudencia citada.

18 En sus observaciones escritas, CPP alega que un complemento de solidaridad del 5,5 % se añade al impuesto sobre sociedades, de modo que de su aplicación resulta una carga fiscal total del 15,825 %. No obstante, ha de señalarse que, en la petición de decisión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente tiene en cuenta en su razonamiento un impuesto sobre sociedades del 15 %. A efectos de las presentes conclusiones, se hará referencia a un tipo impositivo del 15 %.

19 El órgano jurisdiccional remitente observa asimismo que «el impuesto sobre los rendimientos del capital se deduce en su totalidad del impuesto sobre sociedades adeudado por los fondos de pensiones alemanes sujetos por obligación personal».

20 En sus observaciones escritas, CPP pone de relieve que tanto el impuesto sobre los rendimientos del capital como el complemento de solidaridad aplicados a los dividendos pueden deducirse de la cuota del impuesto sobre sociedades que el fondo de pensiones está obligado a pagar. Ahora bien, esta precisión no figura en la petición de decisión prejudicial. A efectos de las presentes conclusiones, se hará referencia al impuesto sobre los rendimientos del capital deducible correspondiente al 25 % de los dividendos brutos.

47. Como expone el órgano jurisdiccional remitente, los fondos de pensiones alemanes tienen la posibilidad, por un lado, de minorar su beneficio imponible del impuesto sobre sociedades teniendo en cuenta las provisiones para obligaciones de pago de pensiones y, por otro lado, de deducir la retención practicada a efectos del impuesto sobre los rendimientos del capital del impuesto sobre sociedades. Por consiguiente, considero que en el presente asunto la restricción a la libre circulación de capitales alegada puede derivarse de estos dos sistemas de tributación bien diferenciados previstos en la normativa nacional. En efecto, por un lado, podría resultar del hecho de que el beneficio imponible a efectos del impuesto sobre sociedades depende, en parte, de las provisiones constituidas por los fondos de pensiones, que minoran el beneficio imponible de estos. Por otro lado, la restricción podría resultar de que los fondos de pensiones residentes pueden deducir del impuesto sobre sociedades el impuesto sobre los rendimientos del capital satisfecho y obtener la devolución del excedente de este último. Propongo examinar estos sistemas para determinar de cuál de ellos trae causa la restricción alegada, o incluso si esta se deriva de ambos.

48. Por lo que respecta a las provisiones constituidas por los fondos de pensiones, el órgano jurisdiccional remitente explica que las provisiones matemáticas constituyen una forma específica de provisiones para deudas inciertas, que prevén las prestaciones de las pensiones de empleo que deben abonar los fondos de pensiones en el futuro a sus afiliados. Señala que, de resultas de las provisiones, constituidas por los fondos de pensiones y consignadas en el pasivo del balance contable, y, más concretamente, de las provisiones matemáticas constituidas con miras a hacer frente a las obligaciones de pago de pensiones, el beneficio imponible, a efectos de calcular la cuota del impuesto sobre sociedades adeudado, puede ser «mínimo».

49. En este contexto, según las explicaciones contenidas en la petición de decisión prejudicial, el reparto de dividendos no se traduce por lo general en un aumento del beneficio imponible calculado a partir del balance contable, dado que el pasivo de dicho balance y, en particular, las provisiones matemáticas en él consignadas, aumentan en la misma medida que el activo.²¹ El beneficio imponible únicamente aumenta en el supuesto de que los beneficios no se destinen al crédito de los contratos de los afiliados, en cuyo caso dichos beneficios conllevarán un aumento del activo de los fondos de pensiones, pero no un incremento correlativo del pasivo de dichos fondos. Se trata del supuesto del 10 % del beneficio no trasladado al crédito de los contratos de los afiliados que se describe en el punto 19 de las presentes conclusiones. En tal caso, este 10 % residual de los beneficios no revierte en los afiliados, de modo que no se produce un incremento en las provisiones matemáticas. Por tanto, esta parte residual de los beneficios no afectada a los contratos de los afiliados tampoco aumentará el importe de las prestaciones de jubilación que se abonarán a los afiliados en la fecha de vencimiento (esto es, en el momento de su jubilación).

50. De ello resulta que los dividendos percibidos por un fondo de pensiones residente, salvo en lo que respecta a la parte residual del 10 % de los beneficios no trasladados al crédito de los contratos de los afiliados, suelen destinarse a dichos créditos, de modo que el beneficio imponible a efectos del impuesto sobre sociedades no experimenta incremento alguno, o solo un incremento mínimo.

51. Para responder a la cuestión de saber en qué medida el aumento de las provisiones puede afectar a la carga fiscal efectiva asociada a los dividendos pagados, ha de observarse, de entrada, que, en los asuntos relativos a dividendos «salientes» y a retenciones en origen, el Tribunal de Justicia ha examinado el trato dispensado a los dividendos, y no el dispensado al beneficio imponible.²²

²¹ El órgano jurisdiccional remitente observa que «los rendimientos procedentes de los dividendos percibidos por los fondos de pensiones alemanes por lo general no se traducen en un beneficio imponible, debido al incremento simultáneo de las provisiones para obligaciones de pago de pensiones», y que, dado que estos fondos «tributan en función de sus resultados (es decir, una vez deducidos los gastos profesionales), debido al paralelismo general entre los dividendos percibidos y el incremento de las provisiones, normalmente abonan un impuesto de sociedades mínimo».

²² Véanse las sentencias de 22 de noviembre de 2012, Comisión/Alemania (C-600/10, no publicada, EU:C:2012:737), apartado 15, y de 8 de noviembre de 2012 (Comisión/Finlandia, C-342/10, EU:C:2012:688), apartado 33.

52. En relación con este trato, es preciso determinar la carga fiscal efectiva asociada a los dividendos cuando estos han sido gravados a la vez por un impuesto sobre los rendimientos del capital del 25 % que se retiene en origen y por un impuesto sobre sociedades del 15 %. En mi opinión, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia respalda el enfoque relativo a la determinación de una restricción a la libre circulación de capitales mediante el análisis de la carga fiscal efectiva. En efecto, antes de nada, procede señalar que, en varios asuntos relativos a la tributación de dividendos, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que incumbe al órgano jurisdiccional nacional determinar si los contribuyentes no residentes soportaban, en definitiva, una carga fiscal efectiva mayor en el Estado que aplicó la retención en origen que la que soportaban los contribuyentes residentes en relación con los dividendos de la misma naturaleza.²³ Además, en la sentencia Hirvonen,²⁴ el Tribunal de Justicia afirmó, en esencia, que la tributación de los ingresos brutos de un sujeto pasivo por obligación real era compatible con el Derecho de la Unión si en última instancia no era superior a la que resultara de aplicar a los ingresos netos el tipo aplicable a los sujetos pasivos por obligación personal.²⁵ Por último, en la reciente sentencia Sofina, el Tribunal de Justicia ha declarado que debe «tenerse en cuenta el ejercicio fiscal de distribución de los dividendos para comparar la carga fiscal que grava tales dividendos y la que grava los dividendos distribuidos a una sociedad residente».²⁶

53. En el caso de autos, ha de observarse que la resolución de remisión no contiene ninguna cifra que permita determinar la carga fiscal efectiva asociada a los dividendos en la medida en que están gravados simultáneamente por el impuesto sobre los rendimientos del capital y por el impuesto sobre sociedades.

54. En estas circunstancias, he tratado de calcular dicha carga a partir de la información obrante en autos. Según mis cálculos, parece que la carga fiscal efectiva asociada a los dividendos percibidos por un fondo de pensiones residente asciende, como máximo, al 11,25 % de los dividendos brutos.²⁷ Por tanto, con independencia del importe de las provisiones, este tipo efectivo es en todo caso inferior al 15 % aplicable a los dividendos percibidos por un fondo de pensiones no residente. Ello implica que la carga fiscal efectiva que grava los dividendos abonados a los fondos de pensiones residentes y no residentes es siempre desigual.²⁸ En consecuencia, considero que, en las circunstancias del litigio principal, la magnitud de las provisiones no es pertinente para constatar la restricción a la libre circulación de capitales.

55. En otras palabras, considero que, efectivamente, el hecho de poder reducir el beneficio imponible mediante las provisiones permite minorar la cuota del impuesto sobre sociedades adeudada. No obstante, esta reducción no parece ser la causa de la restricción a la libre circulación de capitales, la cual existe con independencia de la magnitud de las provisiones constituidas por los fondos de pensiones residentes. Ahora bien, corresponde al órgano jurisdiccional nacional llevar a cabo tal comprobación, pues es el único que está en condiciones de determinar la carga fiscal efectiva que grava los dividendos pagados a los fondos de pensiones residentes y a los fondos de pensiones no residentes.

23 Véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de junio de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402), apartado 34; de 17 de septiembre de 2015, Miljoen y otros (C-10/14, C-14/14 y C-17/14, EU:C:2015:608), apartado 48, y de 19 de enero de 2006, Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51), apartado 33.

24 Sentencia de 19 de noviembre de 2015, Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765), apartados 44 y 48.

25 Además, el concepto de mayor carga fiscal ha sido empleado igualmente en el marco del impuesto de sucesiones. En su sentencia de 31 de marzo de 2011, Schröder (C-450/09, EU:C:2011:198), apartado 40, relativo al impuesto de sucesiones, el Tribunal de Justicia declaró que aplicar una reducción a la base imponible de un bien inmueble dependiendo del lugar de residencia del difunto y del beneficiario en el momento del fallecimiento conduciría a una mayor carga fiscal efectiva que la que soporta un residente y tendría, por tanto, el efecto de minorar el valor de la herencia.

26 Sentencia de 22 de noviembre de 2018, Sofina y otros (C-575/17, EU:C:2018:943), apartado 31.

27 Suponiendo que X es el valor de los dividendos brutos distribuidos, el valor de los dividendos netos percibidos por el fondo de pensiones residente es de $X - (0,25X)$. La aplicación de un tipo del 15 % en concepto del impuesto sobre sociedades tiene como resultado $[X - (0,25X)] \times 0,15$, lo que supone un tipo efectivo del 11,25 %.

28 Durante la vista, el Gobierno alemán confirmó, al responder a una pregunta del Tribunal de Justicia, que, en cuanto atañe a la carga fiscal definitiva, existe una diferencia de trato entre los fondos de pensiones residentes y no residentes.

56. Por otro lado, me pregunto si la alegación formulada por CPP, según la cual la reducción del beneficio imponible tiene por objeto evitar la doble imposición económica de los dividendos, no refuerza este enfoque. En efecto, según CPP, el legislador adoptó el artículo 8, apartado 8, de la KStG con miras a neutralizar y, en la práctica, eximir de gravamen los dividendos, mediante la toma en consideración de las provisiones técnicas en el ámbito tributario. Pues bien, ha de señalarse que la «neutralización» o la «exención» de los dividendos pagados al fondo de pensiones solo afecta a la tributación en concepto del impuesto sobre sociedades. En este sentido, este sistema no parece afectar al impuesto sobre los rendimientos del capital ya liquidado, el cual es íntegramente deducible.²⁹

57. A este respecto, considero que el presente asunto se distingue de las circunstancias que dieron lugar a la sentencia Comisión/Finlandia³⁰ a la que hace referencia el órgano jurisdiccional remitente. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que constituía una restricción al artículo 63 TFUE una normativa nacional según la cual los dividendos percibidos por los fondos de pensiones residentes resultaban, en la práctica, exentos o prácticamente exentos del impuesto sobre la renta por el efecto de las disposiciones expresas de la normativa nacional que contemplaba la posibilidad de deducir las provisiones, mientras que los dividendos percibidos por los fondos de pensiones no residentes estaban sujetos a un tipo impositivo del 19,5 % en virtud de la normativa nacional, o del 15 % o inferior en virtud de los convenios para evitar la doble imposición celebrados por la República de Finlandia.³¹ No obstante, en el asunto principal, tanto los dividendos distribuidos a los fondos de pensiones residentes como los repartidos a los fondos de pensiones no residentes son objeto de una retención en origen en concepto de impuesto sobre los rendimientos del capital. La propia existencia y el importe de esta retención en origen no se ven alterados por la constitución de provisiones. En efecto, si bien existe una reducción del beneficio imponible y, de hecho, la práctica exención del impuesto adeudado sobre los dividendos distribuidos a los fondos de pensiones residentes, estas únicamente afectan a la tributación del resultado de los fondos de pensiones en concepto de impuesto sobre sociedades, y no a la tributación en concepto de impuesto sobre los rendimientos del capital, que puede recuperarse íntegramente.

58. Por tanto, propongo al Tribunal de Justicia que declare que, en el caso de autos, el segundo sistema que da lugar a la restricción alegada, es decir, la deducción íntegra del impuesto sobre los rendimientos del capital del impuesto sobre sociedades y la eventual devolución del excedente tras la regularización correspondiente, constituye una restricción a la libre circulación de capitales.

59. Como ya he señalado, considero que incumbe al órgano jurisdiccional remitente determinar si, y en qué medida, la carga fiscal efectiva es inferior a la que soportan los dividendos distribuidos a los fondos de pensiones no residentes, a los que se aplica una retención en origen del 15 % en virtud del Convenio bilateral de doble imposición.

60. Si el órgano jurisdiccional remitente considera que los dividendos percibidos por los fondos de pensiones residentes están prácticamente exentos del impuesto sobre los rendimientos del capital por la vía de la deducción íntegra, parece acreditada la existencia de una mayor carga fiscal efectiva respecto de los dividendos pagados a los fondos de pensiones no residentes. De ello resulta que dichos dividendos reciben un trato más favorable que los repartidos a los fondos de pensiones no residentes. Esta diferencia en el trato fiscal dispensado a los fondos de pensiones en función de su lugar de residencia puede disuadir a los fondos de pensiones no residentes de realizar inversiones en

²⁹ En virtud de lo dispuesto en el artículo 31 de la KStG, en relación con el artículo 36, apartado 2, punto 2, de la EStG.

³⁰ Sentencia de 8 de noviembre de 2012 (C-342/10, EU:C:2012:688).

³¹ En efecto, en el asunto que dio lugar a dicha sentencia, el 75 % de los dividendos distribuidos por sociedades residentes a fondos de pensiones residentes estaban sujetos a tributación en un 75 % y a un tipo impositivo del 26 %. Por tanto, estos dividendos estaban de hecho sujetos en su totalidad a un tipo del 19,5 %. El Tribunal de Justicia consideró que esta misma normativa constituía una restricción en el sentido del artículo 63 TFUE.

sociedades establecidas en Alemania. En efecto, en ese supuesto, los fondos de pensiones no residentes no tienen la posibilidad de recuperar el impuesto recaudado mediante la retención en origen, lo que constituye, por consiguiente, una restricción a la libre circulación de capitales, la cual, en principio, está prohibida con arreglo al artículo 63 TFUE, apartado 1.

2. Sobre la admisibilidad de la restricción

61. A tenor del artículo 65 TFUE, apartado 1, letra a), «lo dispuesto en el artículo 63 [TFUE] se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a [...] aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital».

62. Esta disposición debe interpretarse en sentido estricto, ya que constituye una excepción al principio fundamental de la libre circulación de capitales. Por tanto, no puede interpretarse en el sentido de que toda normativa fiscal que distinga entre los contribuyentes en función del lugar en que residen o del Estado miembro en el que invierten sus capitales es automáticamente compatible con el Tratado FUE. En efecto, la excepción prevista en el artículo 65 TFUE, apartado 1, letra a), está en sí misma limitada por el apartado 3 de este mismo artículo, el cual establece que las disposiciones nacionales a las que se refiere el mencionado apartado 1 «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 63 [TFUE]». ³²

63. Por consiguiente, es necesario distinguir las diferencias de trato permitidas en virtud del artículo 65 TFUE, apartado 1, letra a), de las discriminaciones prohibidas por el apartado 3 de este mismo artículo. ³³ Según reiterada jurisprudencia, para que una normativa fiscal nacional como la controvertida en el caso de autos 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 esté justificada por razones imperiosas de interés general. ³⁴

a) Sobre la comparabilidad de las situaciones controvertidas en el litigio principal

64. Según reiterada jurisprudencia, el carácter comparable o no de una situación transfronteriza y una situación interna debe examinarse teniendo en cuenta el objetivo de la normativa nacional controvertida, así como el objeto y el contenido de esta. ³⁵ Además, únicamente deben tenerse en cuenta los criterios de distinción pertinentes establecidos por la normativa en cuestión para apreciar si la diferencia de trato que resulta de dicha normativa refleja una diferencia de situaciones objetiva. ³⁶

³² Véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de octubre de 2013, Welte (C-181/12, EU:C:2013:662), apartados 42 y 43 y jurisprudencia citada; de 17 de septiembre de 2015, Miljoen y otros (C-10/14, C-14/14 y C-17/14, EU:C:2015:608), apartado 63, y de 22 de noviembre de 2018, Sofina y otros (C-575/17, EU:C:2018:943), apartado 45.

³³ Véanse, en particular, las sentencias de 22 de noviembre de 2018, Sofina y otros (C-575/17, EU:C:2018:943), apartado 46; de 20 de septiembre de 2018, EV (C-685/16, EU:C:2018:743), apartado 87; de 21 de junio de 2018, Fidelity Funds y otros (C-480/16, EU:C:2018:480), apartado 48, y de 17 de septiembre de 2015, Miljoen y otros (C-10/14, C-14/14 y C-17/14, EU:C:2015:608), apartado 64.

³⁴ Véanse, en particular, las sentencias de 10 de mayo de 2012, Santander Asset Management SGIIC y otros (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286), apartado 23 y jurisprudencia citada, y de 17 de septiembre de 2015, Miljoen y otros (C-10/14, C-14/14 y C-17/14, EU:C:2015:608), apartado 64.

³⁵ Véanse, en particular, las sentencias de 20 de septiembre de 2018, EV (C-685/16, EU:C:2018:743), apartado 88; de 21 de junio de 2018, Fidelity Funds y otros (C-480/16, EU:C:2018:480), apartado 50, y de 2 de junio de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402), apartado 48 y jurisprudencia citada.

³⁶ Sentencias de 10 de mayo de 2012, Santander Asset Management SGIIC y otros (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286), apartado 28, y de 2 de junio de 2016 (Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14, EU:C:2016:402), apartado 49.

65. Pues bien, ha de observarse que la petición de decisión prejudicial no contiene ninguna explicación sobre el objetivo de la normativa controvertida en el litigio principal. En estas circunstancias, propongo examinar las alegaciones formuladas por las partes del presente asunto. Habida cuenta de tales alegaciones, este análisis de la comparabilidad de la situación de los fondos de pensiones residentes y no residentes abordará tres aspectos, a saber, el objetivo de la normativa alemana por lo que respecta a las obligaciones frente a los afiliados (1), la supuesta aplicación de técnicas de imposición diferentes a las dos categorías de fondos de pensiones (2) y la toma en consideración de los gastos vinculados directamente a la percepción de dividendos (3).

1) Obligaciones frente a los afiliados

66. CPP señala que todos los fondos de pensiones, residentes y no residentes, están obligados a invertir las primas de seguro en el mercado de capitales para generar dividendos que los fondos de pensiones destinan a cumplir sus obligaciones frente a los asegurados. Afirma que, por este motivo, Alemania los exime de gravamen, en la medida en que los dividendos abonados sirven para cumplir las obligaciones frente a los asegurados. Añade que, mientras la normativa nacional aplicable a los fondos de pensiones residentes toma en cuenta el hecho de que los dividendos percibidos se entregan finalmente a los asegurados y, por estos motivos, exime de gravamen los dividendos percibidos por tales fondos de pensiones, obvia el hecho de que los fondos de pensiones de terceros Estados están, en principio, sujetos a la misma obligación.

67. La Comisión considera que la exención de los fondos de pensiones alemanes del impuesto sobre los rendimientos del capital que grava los dividendos que les son distribuidos tiene el objetivo de permitirles disponer de capital suficiente para afrontar el pago de las pensiones futuras y que los dividendos pagados están, por tanto, exentos del impuesto sobre los rendimientos del capital, siempre que se utilicen para constituir provisiones técnicas. Razona que, en cambio, por lo que respecta a los fondos de pensiones no residentes, aun suponiendo que pueda probarse que emplean los dividendos percibidos para constituir provisiones, deben liquidar de forma definitiva en Alemania el impuesto sobre los rendimientos del capital al nivel establecido en el Convenio bilateral de doble imposición controvertido.

68. A este respecto, sin perjuicio de las comprobaciones que incumbe efectuar al órgano jurisdiccional remitente, considero que de los autos facilitados al Tribunal de Justicia se desprende que la normativa alemana controvertida en el litigio principal, que tiene por efecto la práctica exención del impuesto aplicable a los dividendos distribuidos a los fondos de pensiones residentes, responde al objetivo de garantizar la actividad aseguradora de los fondos de pensiones mediante la constitución de un capital social suficiente para hacer frente a las obligaciones de pago de las pensiones futuras. En cambio, en cuanto a los dividendos distribuidos a fondos de pensiones no residentes, aun cuando se empleen en aras de este mismo objetivo, la retención efectuada a cuenta del impuesto sobre los rendimientos del capital adquiere carácter definitivo, sin que se produzca tal cuasiexención.³⁷ Desde este punto de vista, considero que los fondos de pensiones residentes y no residentes tienen objetivos en común, de modo que debe considerarse que se hallan en situaciones similares.

69. Además, en caso de que el órgano jurisdiccional remitente considere que la normativa nacional controvertida en el litigio principal tiene por objeto garantizar un trato igualitario respecto de la carga fiscal efectiva que pesa sobre los fondos de pensiones residentes y los fondos de pensiones no residentes que invierten en sociedades establecidas en Alemania, habida cuenta, en particular, del hecho de que los dividendos distribuidos a los fondos de pensiones residentes están sujetos a dos impuestos acumulativos (el impuesto sobre los rendimientos del capital y el impuesto sobre sociedades), mientras que los dividendos percibidos por los fondos de pensiones no residentes únicamente están sujetos al impuesto sobre los rendimientos del capital, es de reiterada jurisprudencia

³⁷ Véase, por analogía, la sentencia de 2 de junio de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402), apartado 50.

que, a partir del momento en que un Estado miembro, de forma unilateral o por vía de convenios, somete al impuesto sobre la renta no solo a las sociedades residentes sino también a las sociedades no residentes por las rentas que perciben de una sociedad residente, la situación de las mencionadas sociedades no residentes se asemeja a la de las sociedades residentes.³⁸

70. En efecto, el mero ejercicio por ese mismo Estado de su potestad tributaria, con independencia de toda tributación en otro Estado miembro, genera un riesgo de imposición en cadena o de doble imposición económica. En tal caso, para que las sociedades beneficiarias no residentes no tengan que hacer frente a una restricción a la libre circulación de capitales, prohibida, en principio, por el artículo 63 TFUE, el Estado de residencia de la sociedad que distribuye los dividendos debe velar por que, en relación con el sistema previsto en su Derecho nacional para evitar o atenuar la imposición en cadena o la doble imposición económica, las sociedades no residentes estén sujetas a un trato equivalente al que se otorga a las sociedades residentes.³⁹

71. En el caso de autos, dado que Alemania ha optado por ejercer su potestad tributaria sobre los rendimientos percibidos por los fondos de pensiones no residentes, estos se encuentran en una situación comparable a la de los fondos de pensiones residentes en Alemania en cuanto atañe al riesgo de doble imposición económica de los dividendos pagados por las sociedades residentes en Alemania.⁴⁰

2) *Supuesta aplicación de técnicas de imposición diferentes*

72. El Gobierno alemán alega que los fondos de pensiones residentes y los fondos de pensiones no residentes no se hallan en situaciones objetivamente comparables, puesto que, según afirma, las técnicas de imposición aplicadas a ambas categorías de fondos son diferentes en el sentido de la sentencia *Truck Center*.⁴¹

73. A este respecto, ha de observarse que de los apartados 41 y 46 de dicha sentencia resulta que una diferencia de trato, consistente en la aplicación de técnicas o modalidades de percepción del impuesto diferentes en función del lugar de residencia de la sociedad que percibe los rendimientos en cuestión, se refiere a situaciones que no son objetivamente comparables.

74. En el caso de autos, propongo al Tribunal de Justicia que se abstenga de aplicar la jurisprudencia derivada de la citada sentencia *Truck Center* por los motivos siguientes. En primer lugar, esa sentencia es a menudo invocada por los Gobiernos de los Estados miembros que defienden normativas nacionales que tienen por efecto tratar situaciones de contribuyentes residentes de forma diferente a las situaciones de los no residentes.⁴² Ahora bien, dicha sentencia, por cuanto conozco,

38 Véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de junio de 2018, *Fidelity Funds y otros* (C-480/16, EU:C:2018:480), apartado 54; de 25 de octubre de 2012, *Comisión/Bélgica* (C-387/11, EU:C:2012:670), apartado 49 y jurisprudencia citada, y de 14 de diciembre de 2006, *Denkavit Internationaal y Denkavit France* (C-170/05, EU:C:2006:783), apartado 35.

39 Véase, por analogía, la sentencia de 21 de junio de 2018, *Fidelity Funds y otros* (C-480/16, EU:C:2018:480), apartado 55 y jurisprudencia citada.

40 Véanse, por analogía, las sentencias de 20 de octubre de 2011, *Comisión/Alemania* (C-284/09, EU:C:2011:670), apartado 58, y de 10 de mayo de 2012, *Santander Asset Management SGIIC y otros* (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286), apartado 42.

41 Sentencia de 22 de diciembre de 2008, *Truck Center* (C-282/07, EU:C:2008:762).

42 Véanse, en particular, las sentencias de 26 de febrero de 2019, *N Luxembourg 1 y otros* (C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16, EU:C:2019:134), apartado 163; de 22 de noviembre de 2018, *Sofina y otros* (C-575/17, EU:C:2018:943), apartado 48; de 17 de septiembre de 2015, *Miljoen y otros* (C-10/14, C-14/14 y C-17/14, EU:C:2015:608); de 19 de junio de 2014, *Strojírny Prostějov y ACO Industries Tábo* (C-53/13 y C-80/13, EU:C:2014:2011); de 12 de julio de 2012, *Comisión/España* (C-269/09, EU:C:2012:439); de 10 de mayo de 2012, *Santander Asset Management SGIIC y otros* (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286); de 1 de julio de 2010, *Dijkman y Dijkman-Lavaleije* (C-233/09, EU:C:2010:397), y de 3 de junio de 2010, *Comisión/España* (C-487/08, EU:C:2010:310).

solo ha sido ratificada en una ocasión.⁴³ El Tribunal de Justicia ha vuelto a restringir recientemente el alcance de dicha jurisprudencia, al precisar que esta únicamente se refería a las modalidades de percepción del impuesto, diferentes en función del lugar de residencia del perceptor de los dividendos de origen nacional.⁴⁴

75. En segundo lugar, ha de observarse que esa jurisprudencia ha sido muy criticada por la doctrina⁴⁵ y no deja de generar dificultades en cuanto a su aplicación.⁴⁶

76. A este respecto, considero que el criterio relativo a la aplicación de técnicas de imposición diferentes al objeto de determinar la comparabilidad de la situación de un contribuyente residente y un contribuyente no residente se basa en un razonamiento tautológico. En efecto, por regla general, los residentes y los no residentes están sujetos a técnicas de imposición diferentes. La citada sentencia únicamente confirma que las situaciones son diferentes, dado que los contribuyentes residentes y los no residentes son diferentes.⁴⁷ En este sentido, en el litigio principal, los fondos de pensiones residentes están «sujetos al impuesto por obligación personal»,⁴⁸ mientras que los rendimientos de los fondos de pensiones extranjeros solo están sujetos a una obligación fiscal «limitada» que afecta únicamente a los rendimientos procedentes de Alemania.⁴⁹ En mi opinión, las técnicas de imposición diferentes no hacen sino poner de manifiesto esta diferencia. No obstante, ello no significa que la normativa nacional controvertida quede automáticamente fuera del ámbito de aplicación de la libre circulación de capitales.

77. Por los motivos expuestos, propongo al Tribunal de Justicia que se abstenga de aplicar la jurisprudencia *Truck Center*⁵⁰ en el presente asunto. El Tribunal de Justicia podría, efectivamente, considerar que la normativa nacional controvertida no se limita a las modalidades de percepción del impuesto, sino que confiere una ventaja fiscal significativa a los fondos de pensiones residentes que no se otorga a los fondos de pensiones no residentes.⁵¹ Esta solución parece resultar asimismo de la reciente sentencia *N Luxembourg 1* y otros, en la que el Tribunal de Justicia declaró que el hecho de disponer de un plazo considerablemente más amplio que el previsto para la práctica de una retención en origen en el supuesto de pago de intereses por parte de una sociedad residente a una no residente constituía una forma de trato desfavorable, de modo que la sentencia *Truck Center* no podía aplicarse.⁵²

43 Sentencia de 18 de octubre de 2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635), apartado 26.

44 Sentencia de 22 de noviembre de 2018, *Sofina y otros* (C-575/17, EU:C:2018:943), apartado 52.

45 Véanse Beretta, G.: «The Brisal and KBC Finance Decision: Once Again the CJEU Assesses the Compatibility with EU Law of Gross Withholding Taxation of Non-residents», *EC Tax Review*, 2007, pp. 193 a 200; Lang, M.: «Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions, and Contradictions», *EC Tax Review*, 2009, pp. 100 y 101; *CFE ECJ Task Force*: «Comment by the CFE Task Force on ECJ Cases on the Judgment in Belgium SPF Finance v. Truck Center SA», n.º 158, y De Broe, L., Bammens, N.: «Truck Center Belgian Withholding Tax on Interest Payments to Non-resident Companies Does Not Violate EC Law: A Critical Look at the ECJ's Judgment in Truck Center», *EC Tax Review*, 2009, pp. 131 a 137.

46 El asunto que dio lugar a la sentencia de 13 de julio de 2016, *Brisal y KBC Finance Ireland* (C-18/15, EU:C:2016:549), es un buen ejemplo de ello. En este asunto, el Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y de lo Tributario de Sintra, Portugal) aplicó la sentencia de 22 de diciembre de 2008, *Truck Center* (C-282/07, EU:C:2008:762), si bien, en su petición de decisión prejudicial, el Supremo Tribunal Administrativo (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Portugal) estimó que no procedía hacer referencia a dicha sentencia.

47 *CFE ECJ Task Force*: «Comment by the CFE Task Force on ECJ Cases on the Judgment in Belgium SPF Finance v. Truck Center SA», n.º 158, punto 18.

48 De conformidad con el artículo 1, apartado 1, punto 1, de la KStG.

49 En virtud de lo dispuesto en el artículo 8, apartado 1, de la KStG, en relación con los artículos 49, apartado 1, punto 5a, y 20, apartado 1, punto 1, de la EStG.

50 Sentencia de 22 de diciembre de 2008 (C-282/07, EU:C:2008:762).

51 Véase, por analogía, la sentencia de 17 de septiembre de 2015, *Miljoen y otros* (C-10/14, C-14/14 y C-17/14, EU:C:2015:608), apartado 53.

52 Véase, a este respecto, la sentencia de 26 de febrero de 2019, *N Luxembourg 1 y otros* (C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16, EU:C:2019:134), apartados 164 y 165.

3) *Toma en consideración de los gastos vinculados directamente a la percepción de dividendos*

78. Tanto la Oficina Tributaria de Múnich como el Gobierno alemán alegan en sus observaciones escritas que no existe un vínculo directo entre, por un lado, la percepción de los rendimientos procedentes de dividendos y, por otro lado, la constitución de provisiones matemáticas y otras provisiones técnicas, de suerte que las situaciones en cuestión no son comparables.

79. A este respecto, según reiterada jurisprudencia, los contribuyentes residentes y los contribuyentes no residentes se encuentran en una situación comparable en lo que atañe a los gastos directamente relacionados con la actividad de la que proceden los beneficios imponibles.⁵³ En este sentido, el Tribunal de Justicia ha declarado que, si el método impositivo aplicado a los residentes permite la deducción de los gastos vinculados directamente a la percepción de los dividendos, «la toma en consideración de tales gastos debería permitirse también a los [...] no residentes».⁵⁴

80. Pues bien, en mi opinión, esa jurisprudencia no es pertinente a efectos del presente asunto por dos motivos. Por un lado, dicha jurisprudencia se refiere a gastos que están vinculados directamente a la percepción de ingresos.⁵⁵ En el caso de autos, me parece evidente que las provisiones constituidas por los fondos de pensiones no pueden calificarse de «gastos vinculados a la percepción de ingresos». Por otro lado, la jurisprudencia relativa a la toma en consideración de los gastos vinculados directamente a la percepción de dividendos únicamente se aplica a situaciones en las que la concesión de ventajas fiscales, es decir, la exención o la deducción de la retención en origen, está vinculada a la determinación de la base imponible y, en particular, en forma de gastos en el balance fiscal, cuestión esta que no es objeto del caso de autos. En efecto, en el presente asunto, a mi juicio, la restricción a la libre circulación de capitales no resulta de la deducción de las provisiones al calcular dicha base, sino de la deducción íntegra que se practica tras realizar ese cálculo. Por tanto, propongo al Tribunal de Justicia que declare que la citada jurisprudencia no resulta pertinente en un régimen tributario que prevé la modalidad de deducción íntegra objeto del presente asunto.

81. Ahora bien, si el Tribunal de Justicia decide examinar la existencia de un vínculo entre la constitución de provisiones y la percepción de rendimientos procedentes de dividendos, considero que dicho vínculo únicamente puede constatarse respecto de la parte de las provisiones que se deriva directamente de la percepción de dividendos. En efecto, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, presentan un vínculo directo con la actividad que generó los rendimientos imponibles los gastos ocasionados por esta y necesarios por tanto para su ejercicio.⁵⁶ En el caso de autos, la actividad que generó los rendimientos es la percepción de dividendos, y los gastos ocasionados por esta actividad son los gastos vinculados con la percepción de tales dividendos. Las provisiones constituyen un gasto asociado a la actividad aseguradora.

82. A este respecto, como ha alegado, en esencia, el Gobierno alemán, las provisiones deben constituirse con independencia de si los ingresos son rendimientos de dividendos o rendimientos de las cotizaciones satisfechas por los afiliados. En efecto, la existencia misma de las provisiones está vinculada a la actividad aseguradora y dichas provisiones deben permitir hacer frente a las obligaciones de pago de prestaciones futuras por el fondo de pensiones. Las provisiones tienen su origen en las obligaciones de pago de pensiones de jubilación asumidas y no en el volumen de

53 Sentencias de 12 de junio de 2003, Gerritse (C-234/01, EU:C:2003:340); de 3 de octubre de 2006, FKP Scorpio Konzertproduktionen (C-290/04, EU:C:2006:630), y de 15 de febrero de 2007, Centro Equestre da Lezíria Grande (C-345/04, EU:C:2007:96).

54 Sentencia de 2 de junio de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402), apartado 65.

55 En el apartado 20 de la sentencia de 22 de noviembre de 2012, Comisión/Alemania (C-600/10, no publicada, EU:C:2012:737), relativa a la normativa alemana sobre la deducción de los gastos de explotación vinculados a la percepción de dividendos y de los intereses percibidos en Alemania, el Tribunal de Justicia señaló precisamente que «la Comisión no ha aportado información que permita demostrar que, si [los gastos bancarios y los costes de transacción análogos] pueden, en su caso, estar vinculados directamente a un importe satisfecho con ocasión de una operación de transacción de títulos [...], también están vinculados necesaria y directamente a la propia percepción de rentas en forma de dividendos o intereses».

56 Véase, en particular, la sentencia de 6 de diciembre de 2018, Montag (C-480/17, EU:C:2018:987), apartado 33 y jurisprudencia citada.

rendimientos generados. Al contrario, cuando los fondos de pensiones no obtienen beneficios de sus inversiones, están obligados, en virtud del Derecho nacional, a constituir provisiones para hacer frente a sus obligaciones. Por analogía, en relación con el régimen de provisiones de los fondos de pensiones de empleo y las compañías de seguros de vida, si bien el legislador de la Unión reconoce la importancia de las provisiones, deja un amplio margen de apreciación a los Estados miembros en cuanto a sus métodos de cálculo.⁵⁷ En consecuencia, considero que, en principio, las provisiones de los fondos de pensiones no están vinculadas directamente a los dividendos percibidos.

83. Además, me preocupa en particular la alegación formulada por la Oficina Tributaria de Múnich, basada en la jurisprudencia nacional, relativa a una compañía de seguros médicos. Según alega ese órgano, conforme a dicha jurisprudencia, en cuanto atañe a los gastos derivados de la constitución de provisiones matemáticas y de otras provisiones, no existe una relación de causalidad entre dichos gastos y los beneficios derivados de inversiones, los cuales están principalmente vinculados a la actividad aseguradora en el territorio nacional. La obligación de constituir provisiones matemáticas, y otras provisiones técnicas, resulta de la condición de compañía de seguros. Pese a que dicha sentencia versa sobre compañías de seguros médicos, no veo ningún motivo por el que la situación de los fondos de pensiones sea diferente. Por tanto, creo que este enfoque puede aplicarse, por analogía, al presente asunto.⁵⁸

84. En consecuencia, me resulta difícil afirmar que la toma en consideración de las provisiones de los fondos de pensiones puede constituir, como tal, una restricción a la libre circulación de capitales.

85. CPP alega que, en la medida en que los dividendos se destinan a las provisiones, conducen a un aumento de estas que, a su vez, disminuye los rendimientos sujetos a tributación. A este respecto, como se ha expuesto en los puntos 18 y 19 de las presentes conclusiones, de la petición de decisión prejudicial se desprende que las inversiones contables y extracontables, con la excepción de la parte residual del 10 %, generan un aumento de las provisiones. Por tanto, me parece posible que una parte de estas resulte del mero pago de dividendos. Sin embargo, me parece imposible que el Tribunal de Justicia determine cuál es esa parte en el régimen nacional. Tal cálculo incumbe pues al órgano jurisdiccional remitente, que debe, en particular, determinar qué parte de dichas provisiones está «vinculada directamente» a la percepción de dividendos. En cualquier caso, de dicho cálculo deben detraerse las provisiones que carecen de todo vínculo con la percepción de dividendos.

86. En conclusión, considero que la normativa nacional controvertida en el litigio principal no puede subsistir sobre la base de que se aplica a situaciones objetivamente diferentes. Es preciso, por tanto, examinar si dicha normativa puede justificarse por una razón imperiosa de interés general.

⁵⁷ En este contexto, por un lado, la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo (DO 2003, L 235, p. 10), dispone en su considerando 26 que un «cálculo prudente de las provisiones técnicas constituye una condición esencial para asegurar que pueden cumplirse los compromisos de pago de las prestaciones de jubilación» y que «los tipos máximos de interés deben ser prudentes de conformidad con la normativa nacional pertinente». Con arreglo al considerando 27 de esta Directiva, los Estados miembros deben tener la posibilidad de efectuar el cálculo de las provisiones técnicas con arreglo a normas adicionales y más detalladas que las establecidas en dicha Directiva. Por otro lado, en materia de seguros de vida, en virtud de los considerandos 35 y 36 de la Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida (DO 2002, L 345, p. 1), «para la protección de los asegurados, es necesario que cada empresa de seguros constituya provisiones técnicas suficientes» y, en cuanto a la limitación del tipo de interés utilizado en el cálculo de las provisiones técnicas, «parece conveniente que a los Estados miembros se les otorgue la posibilidad de elegir libremente el método que deba utilizarse». La Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II) (DO 2009, L 335, p. 1), que sustituye a la Directiva 2002/83, establece unos principios similares.

⁵⁸ Sentencia de 6 de abril de 2016 (n.º I R 61/14) del Bundesfinanzhof (Tribunal Supremo de lo Tributario, Alemania).

b) Sobre la existencia de una razón imperiosa de interés general

87. Según el órgano jurisdiccional remitente, la diferencia de trato que resulta de la normativa alemana no está justificada ni por el principio de territorialidad, ni por la necesidad de preservar la coherencia del régimen fiscal, ni por el deseo de preservar el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, ni por la eficacia de los controles fiscales.

88. En efecto, es cierto que, según reiterada jurisprudencia, estas justificaciones pueden admitirse en la medida en que constituyen objetivos legítimos reconocidos por el Tribunal de Justicia.⁵⁹ No obstante, en el caso de autos, considero que una diferencia de trato entre los fondos de pensiones residentes y no residentes no puede justificarse por ninguno de tales objetivos. Dado que las partes interesadas no han debatido sobre la cuestión, esta no debe tratarse en profundidad en el marco de las presentes conclusiones.

89. A la luz de las consideraciones que preceden, considero que la restricción a la libre circulación de capitales resultante de la normativa alemana, que excluye únicamente a los no residentes de la posibilidad de deducirse los gastos vinculados directamente a la percepción de dividendos, no puede justificarse ni por el hecho de que las situaciones en cuestión no sean comparables ni por una razón imperiosa de interés general.

B. Sobre la segunda cuestión prejudicial

90. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si puede admitirse, con arreglo al artículo 64 TFUE, apartado 1, la restricción resultante de practicar una retención definitiva en origen a los dividendos percibidos por los fondos de pensiones no residentes, cuando los fondos de pensiones alemanes están, en realidad, prácticamente exentos del impuesto.

91. De conformidad con el artículo 64 TFUE, apartado 1, un Estado miembro puede aplicar en las relaciones con terceros países restricciones a los movimientos de capitales comprendidas en el ámbito de aplicación material de dicha disposición, aun cuando sean contrarias al principio de la libre circulación de capitales recogido en el artículo 63 TFUE, apartado 1, a condición de que ya existieran el 31 de diciembre de 1993.⁶⁰

92. En este sentido, el artículo 64 TFUE, apartado 1, establece que «lo dispuesto en el artículo 63 [TFUE] se entenderá sin perjuicio de la aplicación a terceros países de las restricciones que existan el 31 de diciembre de 1993 de conformidad con el Derecho nacional o con el Derecho de la Unión en materia de movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, que supongan inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales». Es preciso examinar si la normativa alemana controvertida reúne los dos criterios acumulativos de esta disposición, a saber, el criterio temporal y el criterio material.

93. En primer lugar, por lo que respecta al ámbito de aplicación temporal del artículo 64 TFUE, apartado 1, de la petición de decisión prejudicial resulta que la disposición alemana relativa al carácter liberatorio de la retención en origen para los fondos de pensiones extranjeros y que permite la deducción íntegra del impuesto sobre los rendimientos del capital del impuesto sobre sociedades, a saber, el artículo 32, apartado 1, punto 2, de la KStG, es idéntica, tanto en su redacción como en cuanto a sus efectos, a la versión que estaba en vigor el 31 de diciembre de 1993.

⁵⁹ Véase, en particular, la sentencia de 12 de julio de 2012, Comisión/España (C-269/09, EU:C:2012:439), apartados 63 a 90 y jurisprudencia citada.

⁶⁰ Véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774), apartado 187; de 24 de mayo de 2007, Holböck (C-157/05, EU:C:2007:297), apartado 39; de 24 de noviembre de 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896), apartado 86, y de 26 de febrero de 2019, X (Sociedades intermedias domiciliadas en terceros países) (C-135/17, EU:C:2019:136), apartado 27.

94. A este respecto, opino que, para determinar si la restricción controvertida existe desde esta fecha, es la propia esencia del sistema fiscal en el que tiene origen la restricción la que debe haber perdurado desde dicha fecha. Desde este punto de vista, en el asunto principal parece cumplirse el criterio temporal.

95. En efecto, en primer lugar, el órgano jurisdiccional remitente señala que «el procedimiento de deducción del impuesto de sociedades era aplicable el 31 de diciembre de 1993 a los contribuyentes sujetos al impuesto por obligación personal». En segundo lugar, el hecho de que el tipo impositivo variase después de esa fecha no implica, a mi juicio, que la propia esencia del sistema de tributación se haya modificado. En tercer lugar, considero poco relevante el hecho de que el legislador alemán no reconociera la existencia de fondos de pensiones alemanes hasta el año 2002, al establecer normas específicas que los regulasen. En efecto, modificar el ámbito de aplicación personal de dicho sistema de tributación, esto es, aumentar o reducir el número de contribuyentes sujetos al sistema en cuestión, es irrelevante a efectos de determinar si se han producido cambios en la propia esencia del sistema de tributación. Por consiguiente, en mi opinión, en el litigio principal, la propia esencia del sistema de tributación en cuestión del que trae causa la restricción, como se desprende de la petición de decisión prejudicial, no ha sido modificada después del 31 de diciembre de 1993.

96. En segundo lugar, en cuanto al ámbito de aplicación material del artículo 64 TFUE, apartado 1, en la reciente sentencia X (Sociedades intermedias domiciliadas en terceros países),⁶¹ el Tribunal de Justicia ha recordado que del propio tenor de dicho artículo se desprende que, si bien las restricciones a los movimientos de capitales destinados a terceros países o procedentes de ellos, que supongan inversiones directas, se encuentran comprendidas en el ámbito de aplicación material de esta cláusula, esto no sucede con las inversiones de cartera, no incluidas entre los movimientos de capitales contemplados por la citada disposición. Dado que el litigio principal versa sobre inversiones de cartera,⁶² estas no pueden estar comprendidas en el concepto de «inversión directa» en el sentido de dicha disposición.

97. Queda por examinar la cuestión de si la situación que constituye el objeto del litigio principal se refiere a «movimientos de capitales [...] que supongan [...] la prestación de servicios financieros» en el sentido del artículo 64 TFUE, apartado 1.

98. A este respecto, es preciso indicar que el criterio determinante para la aplicación del artículo 64 TFUE, apartado 1, versa sobre la relación de causalidad existente entre los movimientos de capitales y la prestación de servicios financieros, y no sobre el ámbito de aplicación personal de la medida nacional controvertida o su relación con el prestador de tales servicios en lugar de con su destinatario.⁶³ En efecto, el ámbito de aplicación de esta disposición se define por referencia a las categorías de movimientos de capitales que pueden ser objeto de restricciones.⁶⁴

99. Además, considero que la expresión «movimientos de capitales [...] que supongan [...] la prestación de servicios financieros» en el sentido del artículo 64 TFUE, apartado 1, debe interpretarse de manera estricta, en el sentido de que alude a una medida restrictiva relativa a los movimientos de capitales que entrañan la prestación de servicios, y no a los propios servicios prestados. En efecto,

61 Sentencia de 26 de febrero de 2019 (C-135/17, EU:C:2019:136), apartado 28.

62 Punto 40 de las presentes conclusiones.

63 Véase, en este sentido, la sentencia de 21 de mayo de 2015, Wagner-Raith (C-560/13, EU:C:2015:347), apartados 39 y 43 a 45, en la cual el Tribunal de Justicia declaró que la medida nacional debe referirse a movimientos de capitales que guarden una relación suficientemente estrecha con la prestación de servicios financieros y que, para que haya un vínculo suficientemente estrecho, es necesario que exista una relación de causalidad entre el movimiento de capitales y la prestación de servicios financieros.

64 Sentencia de 15 de febrero de 2017, X (C-317/15, EU:C:2017:119), apartado 33 y jurisprudencia citada.

como señaló el Abogado General Mengozzi en sus conclusiones presentadas en el asunto *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, esta disposición se refiere, en su tenor literal, a los movimientos de capitales que «supongan», es decir, que entrañen la prestación de servicios financieros.⁶⁵

100. En el caso de autos, la categoría de movimientos de capital de que se trata es el pago de dividendos a un fondo de pensiones. Considero que, dado que el fondo de pensiones percibe dividendos, no existe una relación de causalidad entre los movimientos de capitales y la prestación de servicios financieros, puesto que se trata de la adquisición directa de participaciones por un inversor que desea diversificar sus activos y distribuir mejor el riesgo. Como ha señalado la Comisión, la adquisición de participaciones de un fondo de pensiones y los dividendos que percibe a este respecto sirven principalmente para mantener los activos gracias a una mayor diversificación y a una mejor distribución del riesgo y de las provisiones que constituye, al objeto de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones de pago de pensiones de jubilación frente a sus afiliados.

101. Por último, la restricción controvertida es la que resulta de la aplicación del sistema de deducción íntegra a la imposición de los dividendos percibidos por los fondos de pensiones residentes, el cual no está disponible para los fondos de pensiones no residentes. Pues bien, dicha restricción no afecta a los movimientos de capital vinculados a la prestación de los servicios financieros que los fondos de pensiones proporcionan a sus afiliados.

102. Por consiguiente, considero que la cláusula de «standstill» del artículo 64 TFUE, apartado 1, no se aplica a la restricción prevista en la normativa alemana controvertida en el litigio principal.

V. Conclusión

103. A la vista de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el *Finanzgericht München* (Tribunal de lo Tributario de Múnich, Alemania):

- «1) Los artículos 63 TFUE y 65 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que obliga a practicar una retención en origen respecto a los dividendos que una sociedad residente reparte tanto a los fondos de pensiones residentes como a los no residentes, estableciendo un mecanismo de deducción íntegra del impuesto sobre sociedades únicamente aplicable a los fondos de pensiones residentes y que, en consecuencia, tiene por efecto eximir prácticamente a estos dividendos de toda carga fiscal, mientras que tal retención constituye para los fondos de pensiones no residentes un impuesto definitivo, en la medida en que la carga fiscal efectiva que deban soportar los fondos de pensiones no residentes en dicho Estado en lo que respecta a los mismos dividendos sea mayor que la que soportan los fondos de pensiones residentes, extremo que incumbe comprobar, en el litigio principal, al órgano jurisdiccional remitente.
- 2) El artículo 64 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no ha sido objeto de modificaciones significativas después del 31 de diciembre de 1993 y que prevé la deducción íntegra del impuesto sobre los rendimientos del capital del impuesto sobre sociedades, no está comprendida en el ámbito de la prestación de servicios financieros en el sentido de dicha disposición.»

⁶⁵ Véanse, con carácter general, las conclusiones del Abogado General Mengozzi, de 6 de noviembre de 2013, presentadas en el asunto *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2013:710), puntos 73 a 80.