

Comentario a la Sentencia del TJUE de 18 de Septiembre de 2019 (Sala Octava)

Jose Manuel Calderón

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

Miembro de la AEDAF

Asuntos: C-662/18 y C-672/18

Partes: AQ (C-662/18), DN (C-672/18) y *Ministre de l'Action et des Comptes publics*,

Síntesis: Fiscalidad directa – Directiva 90/434/CEE – Directiva 2009/133/CE – Artículo 8 – Plusvalías correspondientes a operaciones de canje de títulos – Cesión de títulos recibidos en el canje – Plusvalía sujeta a tributación diferida – Tributación de los accionistas – Tributación conforme a normas de determinación de la base imponible y tipos distintos — Reducciones de la base imponible atendiendo a la duración de la posesión de los títulos– Efecto indirecto del Derecho UE sobre situaciones internas

1. Comentario

La sentencia del TJUE resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Consejo de Estado francés, en relación con la interpretación del artículo 8 de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro, y del artículo 8 de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros.

Las referidas cuestiones prejudiciales se presentaron en el contexto de sendos litigios entre AQ (C-662/18) y DN (C-672/18), respectivamente, y la Administración tributaria, en relación con la denegación de esta, al gravar las plusvalías sujetas a tributación diferida con arreglo al artículo 8 de cada una de estas Directivas y las realizadas con ocasión de la cesión de títulos recibidos en una operación de canje de títulos, de aplicarles una reducción global calculada desde la fecha de adquisición de los títulos canjeados.

Se plantea, por tanto, si la inaplicación de la reducción fiscal sobre las plusvalías accionariales que aprobó el legislador francés con posterioridad a un canje realizado con anterioridad resulta o no conforme a la Directiva comunitaria que regula el régimen fiscal aplicable a las operaciones de reestructuración.

El TJUE puso de relieve que se ajusta al régimen de neutralidad fiscal de la Directiva de Fusiones una normativa que, en relación con operaciones domésticas de reorganización empresarial, difiere el gravamen de la plusvalía hasta el año que en el cual se produce el hecho que pone fin al diferimiento de la tributación. No obstante, el Tribunal de Justicia matiza que el diferimiento del hecho imponible de la plusvalía correspondiente a los títulos canjeados implica que la tributación posterior de esa plusvalía siga las normas fiscales vigentes en la fecha en que se produce ese hecho imponible diferido, en el presente caso en la fecha de la ulterior cesión de los títulos recibidos en canje. De esta forma, se establece que si en la fecha posterior de cesión de los títulos la legislación tributaria en cuestión prevé un régimen de reducción vinculada a la duración de la posesión de los títulos, la plusvalía sujeta a tributación diferida debe disfrutar asimismo de dicho régimen de reducción, en las mismas condiciones

que las que se aplicaría a la plusvalía que se habría realizado con ocasión de la cesión de los títulos existentes antes de la operación de canje si esta operación no hubiera tenido lugar.

El TJUE, a través de esta sentencia, reitera su posición sobre el efecto interpretativo indirecto del Derecho UE sobre la aplicación de normativa nacional de un Estado miembro que extiende el ámbito del mismo a situaciones internas.

2. Antecedentes y cuestiones prejudiciales planteadas

Respecto de los antecedentes del caso C-662/18, cabe destacar que se refiere a una operación de canje de acciones realizada el 14 de diciembre de 2012, a través de la cual AQ aportó los títulos que poseía en una sociedad de Derecho francés a otra sociedad de Derecho francés, recibiendo a cambio títulos de esta última. Según AQ, esta operación de canje de acciones no confirió a la sociedad dominante la mayoría de los derechos de voto de la sociedad dominada.

A resultas de esta operación, se declaró y se sujetó a tributación diferida una plusvalía correspondiente a la diferencia entre el valor de los títulos canjeados en la fecha de esa aportación y el precio de adquisición de los mismos.

En 2015, debido a que la ulterior cesión de los títulos recibidos en el canje había puesto fin al diferimiento de la tributación, se gravaron dicha plusvalía y la plusvalía resultante de la cesión de los títulos recibidos en el canje.

Con arreglo a la práctica administrativa francesa, la plusvalía sujeta a tributación diferida fue gravada, en un primer momento, al tipo aplicable en el año de la cesión de los títulos recibidos en el canje, pero sin que se le aplicase la reducción vinculada a la duración de la titularidad prevista por la legislación nacional para las plusvalías realizadas a partir del 1 de enero de 2013. Además, la reducción vinculada a la duración de la titularidad de los títulos recibidos en el canje se calculó atendiendo a la fecha del canje y no a la de la adquisición de los títulos canjeados. En virtud de una decisión del *Conseil constitutionnel* (Consejo Constitucional, Francia), dicha plusvalía, sujeta a tributación diferida, fue gravada en consecuencia al tipo impositivo vigente en el momento de la aportación de los títulos de que se trata, esto es, al tipo aplicable en 2012.

Por lo que respecta a los antecedentes del asunto C-672/18, en este caso se trató de una operación de fusión entre dos sociedades de Derecho francés efectuada en 1998, donde DN recibió, a cambio de sus títulos, títulos de la otra sociedad que participaba en la fusión. A resultas de esta operación, se declaró y se sujetó a tributación diferida una plusvalía correspondiente a los títulos canjeados. En 2016, la ulterior cesión de los títulos recibidos en el canje puso fin al diferimiento de la tributación, gravándose dicha plusvalía y las plusvalías resultantes de la cesión de los títulos recibidos en el canje.

Con arreglo a la práctica administrativa francesa, la plusvalía sujeta a tributación diferida fue gravada al tipo aplicable en el año de la cesión de los títulos recibidos en el canje, pero sin que se aplicase la reducción vinculada a la duración de la titularidad prevista por la legislación nacional para las plusvalías realizadas a partir del 1 de enero de 2013. Además, la reducción vinculada a la duración de la titularidad de los títulos recibidos en el canje se calculó atendiendo a la fecha del canje y no a la de la adquisición de los títulos canjeados.

Al estimar que el trato fiscal al que conduce la práctica administrativa francesa no es conforme ni al objetivo ni al artículo 8 de la Directiva 2009/133, AQ y DN interpusieron recurso ante el *Conseil d'État* (Consejo de Estado) con la pretensión de que se declarase la nulidad de la circular administrativa que codificaba tal criterio.

Los contribuyentes (AQ y DN) consideraron que, debido a esta falta de conformidad, debería desecharse la aplicación de las disposiciones nacionales controvertidas en el litigio principal en el supuesto de un

litigio relativo a una situación transfronteriza. A su entender, de tal circunstancia se deriva una discriminación inversa —en perjuicio de las situaciones que, como la suya, son puramente internas— que contraría los principios constitucionales de igualdad ante la ley y de igualdad tributaria.

El Consejo de Estado, en su cuestión prejudicial, señala, en esencia, que la interpretación del Derecho de la Unión, y más concretamente del artículo 8 de la Directiva 2009/133, resulta necesaria para resolver los litigios que se le han planteado. En estas circunstancias, el *Conseil d'État* decidió suspender el procedimiento en los dos asuntos principales y plantear al Tribunal de Justicia, en cada uno de ellos, idénticas cuestiones prejudiciales, redactadas en los siguientes términos:

«1) *¿Deben interpretarse las disposiciones del artículo 8 de la Directiva [2009/133] en el sentido de que se oponen a que la plusvalía realizada con ocasión de la cesión de títulos recibidos en canje y la plusvalía sujeta a tributación diferida se graven conforme a normas de determinación de la base imponible y a tipos impositivos distintos?*

2) *¿Deben interpretarse estas mismas disposiciones en particular en el sentido de que se oponen a que las reducciones de la base imponible que tienen por objeto tomar en consideración la duración de la posesión de los títulos no se apliquen a la plusvalía sujeta a tributación diferida, habida cuenta de que esta norma relativa a la determinación de la base imponible no era aplicable en la fecha en que se realizó dicha plusvalía, y sí se apliquen, en cambio, a la plusvalía derivada de la cesión de los títulos recibidos en el canje teniendo en cuenta la fecha en que este tuvo lugar y no la fecha de adquisición de los títulos entregados en el canje?»*

3. **Fundamentación jurídica de la sentencia**

En primer lugar, el TJUE se pronunció sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales planteadas, toda vez que en ambos casos se trataba de dos operaciones de reorganización empresarial domésticas, a las que el legislador había extendido el régimen comunitario establecido a través de la Directiva 2009/133/CE. Además, por lo que respecta al asunto C-662/18, se puso de relieve que la operación controvertida no constituye una operación de canje de acciones, en el sentido de la Directiva 2009/133, ya que esta operación no confirió a la sociedad dominante la mayoría de los derechos de voto de la sociedad dominada.

El Tribunal de Justicia puso de relieve a este respecto que existe acuerdo entre las partes en que la legislación francesa proporciona a situaciones que no están comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión soluciones conformes a las establecidas por este ordenamiento jurídico y consideran que las cuestiones prejudiciales son admisibles.

A este respecto, el TJUE trajo a colación su jurisprudencia en la que ha declarado admisibles peticiones de decisión prejudicial en supuestos en los que, a pesar de que los hechos del litigio principal no estaban directamente comprendidos en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, las disposiciones de ese ordenamiento habían sido declaradas aplicables por la legislación nacional, que se atenía, para resolver situaciones cuyos elementos estaban circunscritos al interior de un único Estado miembro, a las soluciones adoptadas por el Derecho de la Unión (STJUE de 22 de marzo de 2018, *Jacob y Lassus*, C-327/16 y C-421/16, apartado 33 y jurisprudencia citada). Además, el Tribunal de Justicia puso de relieve que, de acuerdo con su jurisprudencia, la admisibilidad de este tipo de cuestiones prejudiciales también procede cuando la disposición del Derecho de la Unión cuya interpretación se solicita haya de aplicarse, en el ámbito del Derecho nacional, en condiciones distintas de las que establece la disposición del Derecho de la Unión correspondiente (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de octubre de 2001, *Adam*, C-267/99, apartados 27 a 29, y de 7 de noviembre de 2018, *C y A*, C-257/17, apartado 33 y jurisprudencia citada). El TJUE considera que, en tales supuestos, existe un interés manifiesto de la Unión en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de la Unión reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse (sentencias de 22 de marzo de 2018, *Jacob y Lassus*, C-327/16

y C-421/16, EU:C:2018:210, apartado 34 y jurisprudencia citada, y de 7 de noviembre de 2018, C y A, C-257/17, , apartado 32 y jurisprudencia citada).

El Tribunal de Justicia aplicó su doctrina a los casos objeto de las cuestiones prejudiciales, estableciendo, en primer lugar, que éstas versan sobre la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión. En segundo lugar, indicó que la legislación nacional aplicable en los asuntos principales, adoptada para aplicar la Directiva 90/434, sustituida por la Directiva 2009/133, se conforma, para resolver situaciones como las controvertidas en dichos asuntos, a las soluciones adoptadas por estas Directivas. Así las cosas, el TJUE declaró la admisibilidad de las peticiones de decisión prejudicial.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia abordó el fondo del asunto.

Con carácter preliminar, el TJUE señaló que las cuestiones prejudiciales se refieren únicamente a la Directiva 2009/133, que vino a sustituir a la Directiva 90/434. No obstante, dado que la operación de fusión objeto del asunto C-672/18 se efectuó antes de que entrase en vigor la Directiva 2009/133, debe entenderse que, mediante sus cuestiones prejudiciales, el órgano jurisdiccional remitente solicita al Tribunal de Justicia que interprete tanto la Directiva 2009/133 como la Directiva 90/434.

El Tribunal de Justicia puntualizó que ambas Directivas tienen el mismo objetivo y las disposiciones de la Directiva 2009/133 que son pertinentes en el caso de autos se corresponden con las de la Directiva 90/434. En consecuencia, por una parte, las referencias en la presente sentencia al artículo 8, apartados 1, 4, 6 y 7, de la Directiva 2009/133 deben entenderse como referencias al artículo 8, apartados 1 y 2, párrafos primero a tercero, de la Directiva 90/434. También precisó que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a una de estas dos Directivas también resulta aplicable a la otra.

En este mismo orden de cosas, el TJUE puso de relieve que el régimen fiscal controvertido en los litigios principales lleva a que la reducción prevista por el Derecho nacional solo se aplicara a la fracción de la plusvalía resultante de la cesión de los títulos recibidos en el canje, calculándose además la duración de la titularidad desde la fecha del canje de los títulos y no desde la de adquisición de los títulos canjeados. Tal circunstancia condujo al TJUE a considerar que procede examinar conjuntamente si el artículo 8, apartados 1 y 6, de la Directiva 2009/133 y el artículo 8, apartados 1 y 2, párrafo segundo, de la Directiva 90/434 deben interpretarse en el sentido de que, en el marco de una operación de canje de títulos, exigen que se aplique a la plusvalía correspondiente a los títulos canjeados sujeta a tributación diferida y a la resultante de la cesión de los títulos recibidos en el canje el mismo trato fiscal, en cuanto al tipo impositivo y a la aplicación de una reducción fiscal para tener en cuenta la duración de la posesión de los títulos, que el que se aplicaría a la plusvalía que se habría realizado con ocasión de la cesión de los títulos existentes antes de la operación de canje si esta operación no hubiera tenido lugar.

Una vez establecido este enfoque interpretativo, el TJUE destacó que no se había alegado que los contribuyentes hubieran atribuido a los títulos recibidos en el canje «un valor fiscal» más elevado que el que tenían los títulos canjeados inmediatamente antes de las operaciones de canje en cuestión o que dicho valor fiscal no se haya calculado de conformidad con el artículo 8, apartado 7, de la Directiva 2009/133. El Tribunal entiende que de ello se sigue, como se desprende del artículo 8, apartado 4, de esta Directiva, que su artículo 8, apartado 1, es aplicable a estas operaciones.

En relación con la interpretación del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2009/133, el TJUE pone de relieve que, de acuerdo con el mismo, la atribución, con motivo de una fusión o de un canje de acciones, de títulos representativos de la sociedad beneficiaria o dominante a un socio de la sociedad transmitente o dominada, a cambio de títulos representativos del capital social de esta última sociedad, no debe dar lugar, por sí misma, a la aplicación de impuesto alguno sobre las rentas, los beneficios o las plusvalías de dicho socio.

No obstante, el TJUE destaca que el apartado 6 del artículo 8 de esta Directiva dispone que la aplicación del apartado 1 del mismo artículo no impedirá a los Estados miembros gravar el beneficio resultante de la ulterior cesión de los títulos recibidos de la misma forma que el beneficio resultante de la cesión de los títulos existentes antes de la adquisición.

A este respecto, el Tribunal de Justicia trajo a colación su jurisprudencia precedente con arreglo a la cual, si bien, al establecer que una operación de canje de títulos no puede dar lugar por sí misma a que se grave la plusvalía resultante de esa operación, el artículo 8, apartado 1, de la citada Directiva garantiza la neutralidad fiscal de dicha operación, esa neutralidad no pretende sustraer dicha plusvalía del gravamen de los Estados miembros que disponen de competencia fiscal sobre ella y se limita únicamente a prohibir que se considere que esa operación de canje es el hecho imponible (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de marzo de 2018, *Jacob y Lassus*, C-327/16 y C-421/16, apartado 50 y jurisprudencia citada). Asimismo, el Tribunal de Justicia precisó, en línea con su jurisprudencia precedente, que, habida cuenta de que la Directiva 2009/133 no incluye ninguna disposición relativa a las medidas fiscales adecuadas para aplicar el artículo 8, los Estados miembros disponen, dentro del respeto del Derecho de la Unión, de cierto margen de maniobra a efectos de esta aplicación (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de marzo de 2018, *Jacob y Lassus*, C-327/16 y C-421/16, EU:C:2018:210, apartados 51 y 52 y jurisprudencia citada). En este contexto, el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que una medida que consiste en declarar la plusvalía resultante de la operación de canje de títulos y en diferir el hecho imponible de dicha plusvalía hasta el año durante el cual tiene lugar el acontecimiento que pone fin a ese diferimiento de tributación no es más que una «técnica» que, al tiempo que permite salvaguardar la competencia fiscal de los Estados miembros y, en consecuencia, sus intereses financieros, de conformidad con el artículo 8, apartado 6, de la Directiva 2009/133, respeta el principio de neutralidad fiscal establecido por el artículo 8, apartado 1, de esta Directiva en la medida en que lleva a que la operación de canje de títulos no dé lugar por sí misma a que se grave dicha plusvalía (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de marzo de 2018, *Jacob y Lassus*, C-327/16 y C-421/16, apartados 54 y 55).

El TJUE declaró que el diferimiento del hecho imponible de la plusvalía correspondiente a los títulos canjeados implica necesariamente que la tributación de la misma siga las normas fiscales y el tipo vigentes en la fecha en que se produce ese hecho imponible, en el presente caso en la fecha de la ulterior cesión de los títulos recibidos en el canje. De ello se deduce que, si, en tal fecha, la legislación fiscal en cuestión prevé un régimen de reducción vinculada a la duración de la posesión de los títulos, la plusvalía sujeta a tributación diferida debe disfrutar asimismo de dicho régimen de reducción, en las mismas condiciones que las que se aplicaría a la plusvalía que se habría realizado con ocasión de la cesión de los títulos existentes antes de la operación de canje si esta operación no hubiera tenido lugar. El Tribunal fundamentó su posición en que cualquier otra medida iría más allá de la mera declaración de la plusvalía correspondiente a los títulos canjeados resultante de la operación de canje de títulos con ocasión de esta operación y podría entrañar verdaderas consecuencias fiscales desfavorables sobre la imposición de esta plusvalía en la fecha en que se produce el hecho imponible, en el presente caso en la fecha de la ulterior cesión de los títulos recibidos en el canje, lo que sería contrario al principio de neutralidad fiscal contemplado en el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2009/133.

En relación con la plusvalía correspondiente a los títulos recibidos en el canje, el TJUE entiende que, con arreglo al tenor del artículo 8, apartado 6, de la Directiva 2009/133, estos títulos sustituyen simplemente a los títulos existentes antes del canje. Por lo tanto, procede aplicar, a la plusvalía resultante del canje sujeta a tributación diferida y a la plusvalía correspondiente a la cesión de los títulos recibidos en el canje, el mismo trato fiscal y, en particular, la misma reducción fiscal que la que se aplicaría a la plusvalía que se habría realizado con ocasión de la cesión de los títulos existentes antes de la operación de canje si esta operación no hubiera tenido lugar. Argumenta el TJUE que el objetivo de salvaguardar los intereses financieros de los Estados miembros no desvirtúa esta apreciación, ya que tales intereses, como resulta del artículo 8, apartado 6, de la Directiva 2009/133, se limitan a la recaudación de un impuesto equivalente al que habrían tenido derecho de no haber tenido lugar la operación de canje de títulos.

Así las cosas, el TJUE respondió a las cuestiones prejudiciales planteadas que el artículo 8, apartados 1 y 6, de la Directiva 2009/133 y el artículo 8, apartados 1 y 2, párrafo segundo, de la Directiva 90/434 deben interpretarse en el sentido de que, en el marco de una operación de canje de títulos, exigen que se aplique a la plusvalía correspondiente a los títulos canjeados sujeta a tributación diferida y a la resultante de la cesión de los títulos recibidos en el canje el mismo trato fiscal, en cuanto al tipo

impositivo y a la aplicación de una reducción fiscal para tener en cuenta la duración de la posesión de los títulos, que el que se aplicaría a la plusvalía que se habría realizado con ocasión de la cesión de los títulos existentes antes de la operación de canje si esta operación no hubiera tenido lugar.

4. Fallo de la sentencia

El Tribunal de Justicia (Sala Octava) declaró que:

«El artículo 8, apartados 1 y 6, de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro, y el artículo 8, apartados 1 y 2, párrafo segundo, de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, deben interpretarse en el sentido de que, en el marco de una operación de canje de títulos, exigen que se aplique a la plusvalía correspondiente a los títulos canjeados sujeta a tributación diferida y a la resultante de la cesión de los títulos recibidos en el canje el mismo trato fiscal, en cuanto al tipo impositivo y a la aplicación de una reducción fiscal para tener en cuenta la duración de la posesión de los títulos, que el que se aplicaría a la plusvalía que se habría realizado con ocasión de la cesión de los títulos existentes antes de la operación de canje si esta operación no hubiera tenido lugar».