

Asunto C-537/20**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

21 de octubre de 2020

Órgano jurisdiccional remitente:

Bundesfinanzhof (Tribunal Supremo de lo Tributario, Alemania)

Fecha de la resolución de remisión:

18 de diciembre de 2019

Parte demandante y recurrente en casación:

L Fund

Parte demandada y recurrida en casación:

Finanzamt D (Administración Tributaria de D)

Objeto del procedimiento principal

Fondo inmobiliario especial — Impuesto sobre sociedades — Distinción entre fondos inmobiliarios especiales nacionales y extranjeros — Exención del impuesto sobre sociedades solamente de los fondos inmobiliarios especiales nacionales — Desigualdad de trato — Justificación

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Interpretación del Derecho de la Unión, artículo 267 TFUE

Cuestión prejudicial

¿Se opone el artículo 56 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (actualmente artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) a una normativa de un Estado miembro que exime del impuesto sobre sociedades a los fondos inmobiliarios especiales nacionales con inversores exclusivamente extranjeros, mientras que los fondos inmobiliarios especiales extranjeros con

inversores exclusivamente extranjeros están sujetos al impuesto sobre sociedades por obligación real respecto de sus ingresos por arrendamiento obtenidos en el territorio nacional?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Artículo 63 TFUE

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Körperschaftsteuergesetz (Ley del impuesto sobre sociedades, en lo sucesivo, «KStG»), en especial los artículos 1, apartado 1, punto 5, y 2, punto 1.

Investmentsteuergesetz de 2004 (Ley del impuesto sobre inversiones; en lo sucesivo, «InvStG 2004»), en especial los artículos 4, apartado 2, séptima frase, 11, apartado 1, frases primera y segunda, 15, apartado 2, segunda frase.

Ley luxemburguesa de 13 de febrero de 2007 relativa a los fondos de inversión especializados (Loi du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés)

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 El demandante es un fondo de inversión colectiva (fonds commun de placement) configurado como fondo de inversión especializado (fonds d'investissement spécialisé), constituido en 2008 con arreglo a la Ley luxemburguesa de 13 de febrero de 2007 relativa a los fondos de inversión especializados y que está sujeto al organismo de supervisión de las inversiones en Luxemburgo (Commission de Surveillance du Secteur Financier; en lo sucesivo, «CSSF»). El demandante no tiene ni domicilio social ni dirección comercial en Alemania.
- 2 Un fondo de inversión especializado es un conjunto patrimonial indiviso, aprobado por la CSSF, de activos estructurados según el principio de diversificación de riesgos y que es administrado por una sociedad de administración por cuenta de la comunidad de inversores. La responsabilidad de los inversores se limita a su aportación y los derechos de los inversores están representados por sus participaciones (véase, en este sentido, el artículo 4 de la Ley luxemburguesa de 13 de febrero de 2007 relativa a los fondos de inversión especializados). Un fondo de esta naturaleza carece de personalidad jurídica propia.
- 3 Como fondo de inversión especializado, el demandante no está sujeto a tributación en Luxemburgo, a excepción del impuesto sobre las transacciones de capital que deben abonar las sociedades civiles y las sociedades mercantiles y del impuesto de suscripción previsto en el artículo 68 de la Ley luxemburguesa de 13 de febrero de 2007 relativa a los fondos de inversión especializados. Los repartos de

rendimientos efectuados por el demandante no están sujetos a retención en origen en Luxemburgo y no tributan en el caso de los no residentes (véase el artículo 66 de la Ley luxemburguesa de 13 de febrero de 2007 relativa a los fondos de inversión especializados).

- 4 El demandante fue constituido como fondo inmobiliario cerrado que no cotiza en bolsa, inicialmente para un período de diez años.
- 5 En caso de extinción o cierre del demandante, se liquidarán todas las inversiones inmobiliarias que no hayan sido ya liquidadas y el producto de la venta se repartirá entre los partícipes. Se prohíbe a la sociedad de administración repartir a los partícipes la totalidad o parte de la cartera en forma de reparto en especie. En consecuencia, los partícipes tampoco tienen derecho a un reparto en especie. No se admiten las solicitudes de recompra de los partícipes antes de expirar el período contractual.
- 6 En el demandante están presentes dos inversores institucionales que no tienen ni su domicilio social ni su dirección comercial en Alemania. El fondo es administrado por una sociedad gestora. Se trata de una sociedad de responsabilidad limitada con sede en Luxemburgo, constituida el 25 de marzo de 2008 al amparo del Derecho luxemburgués e inscrita en el Registro mercantil y societario luxemburgués, que obtuvo la autorización de la CSSF. La sociedad gestora tiene por objeto la creación, la administración y la dirección del fondo.
- 7 Mediante contrato fechado en los días 31 de marzo y 1 de abril de 2008, la sociedad gestora adquirió una cartera inmobiliaria en nombre propio, pero actuando como sociedad de gestión, por cuenta del demandante. Se trata, más concretamente, de 1 241 inmuebles en Alemania que fueron arrendados después de la adquisición y, posteriormente, vendidos en parte.
- 8 Durante los años 2008 a 2010, el demandante tuvo ingresos por el arrendamiento y la enajenación de algunos de esos inmuebles.
- 9 En julio de 2013, el demandante presentó sendas declaraciones del impuesto sobre sociedades correspondientes a los períodos de 2008 a 2010, aplicándose una sujeción al impuesto sobre sociedades por obligación real. No obstante, al mismo tiempo hizo constar que, según su interpretación de la normativa, no estaba sujeto al impuesto alemán sobre sociedades.
- 10 En cambio, la demandada apreció una sujeción al impuesto sobre sociedades por obligación real y liquidó el impuesto sobre sociedades. El Finanzgericht Münster (Tribunal de lo Tributario de Münster), al que acudió el demandante, desestimó la demanda en su sentencia de 20 de abril de 2017 y confirmó la interpretación de la normativa hecha por el Finanzamt. A continuación, el demandante interpuso un recurso de casación ante el Bundesfinanzhof.

Breve exposición de los motivos de la petición de decisión prejudicial

- 11 Según el Derecho nacional, el recurso de casación carece de fundamento. El órgano jurisdiccional remitente expone, de inicio, algunas observaciones relativas a la tributación de los fondos de inversión extranjeros y precisa que los fondos de inversión extranjeros solamente están sujetos al impuesto sobre sociedades, por obligación personal o real, si son equivalentes a un sujeto pasivo alemán del impuesto sobre sociedades en función de su estructura económica y jurídica, con independencia de que eventualmente, según el Derecho extranjero, tengan personalidad jurídica propia. Según reiterada jurisprudencia del tribunal remitente, los fondos de inversión equivalen a «otro patrimonio separado de Derecho privado», en el sentido del artículo 1, apartado 1, punto 5, de la KStG, y están sujetos al impuesto sobre sociedades, por obligación personal o real, en función de su domicilio social o del lugar de su dirección comercial.
- 12 A efectos tributarios, la legislación fiscal nacional distingue entre los fondos extranjeros y los fondos nacionales, así como entre fondos abiertos al público y fondos especiales.
- 13 La tributación de un fondo nacional se rige por la Ley del impuesto sobre inversiones. Se caracteriza, en general, por el hecho de que el fondo tiene la consideración de un patrimonio separado en el sentido del artículo 1, apartado 1, punto 5, de la KStG y, por tanto, de sujeto pasivo del impuesto sobre sociedades, pero está exento del impuesto sobre sociedades en cuanto sujeto pasivo del impuesto sobre sociedades (artículo 11, apartado 1, frases primera y segunda, de la InvStG 2004). Esta exención está vinculada sistemáticamente a la tributación de los inversores. Con la exención del fondo y el correlativo gravamen de los inversores se puso en práctica el principio de transparencia, según el cual se produce un único gravamen fiscal en el nivel del inversor. A tal efecto, los inversores en fondos reciben el mismo trato que los inversores directos. Para asegurar la tributación de los inversores, se aplica una retención en origen en el nivel del fondo (artículo 7 de la InvStG 2004).
- 14 A la hora de gravar un fondo especial, el legislador sigue también el principio de transparencia. En consecuencia, los fondos especiales nacionales están exentos del impuesto sobre sociedades en virtud del artículo 11, apartado 1, segunda frase, de la InvStG 2004 y el gravamen se produce en el nivel de los inversores. Los fondos especiales se distinguen de los fondos abiertos al público en que, en el caso de estos últimos, participa un número indeterminado de inversores diferentes, mientras que en un fondo especial solo pueden invertir personas que no sean personas físicas (los denominados inversores institucionales). Con frecuencia, los fondos especiales solo tienen uno o muy pocos inversores institucionales, que pueden influir efectivamente en las decisiones de inversión.
- 15 Asimismo, en el caso de un fondo inmobiliario especial nacional, la tributación de los ingresos inmobiliarios no se produce en el nivel del fondo, sino en el de los inversores. De este modo, el legislador ha aplicado el principio de transparencia

también en el ámbito de los fondos inmobiliarios especiales. Cuando el fondo inmobiliario especial nacional tiene inversores extranjeros, los ingresos nacionales del fondo por arrendamiento son imputados directamente (proporcionalmente) al inversor extranjero como ingresos propios, sujetos al impuesto por obligación real. Para asegurar la tributación de los inversores extranjeros, el fondo está obligado a practicar una retención en origen (artículo 15, apartado 2, cuarta frase, de la InvStG 2004). Mediante el principio de transparencia y la obligación de practicar una retención en origen, el legislador alemán asegura su potestad tributaria sobre los rendimientos de los inmuebles nacionales en su condición de Estado en que está situado el inmueble.

- 16 El legislador ha aplicado el principio de transparencia con el fin de contrarrestar la obtención de ventajas fiscales injustificadas por parte de (grandes) inversores extranjeros en el sector inmobiliario. En efecto, ese tipo de inversores estarían sujetos al impuesto por obligación real en caso de una inversión directa en inmuebles situados en territorio nacional. Habrían podido eludir esa obligación fiscal sin grandes dificultades con una inversión a través de un fondo inmobiliario especial.
- 17 Por consiguiente, un fondo inmobiliario especial extranjero no está exento del impuesto sobre sociedades (artículo 11, apartado 1, segunda frase, de la InvStG 2004). La aplicación directa de esta exención al demandante no es posible a causa de su claro tenor, según el cual solo los fondos de inversión nacionales están exentos del impuesto sobre sociedades. Se excluye una aplicación por analogía del artículo 11, apartado 1, segunda frase, de la InvStG 2004, pues no estamos ante un vacío normativo no intencionado. El legislador distinguió deliberadamente entre los fondos de inversión nacionales y los fondos de inversión extranjeros.
- 18 Esta normativa tiene como consecuencia que el fondo inmobiliario especial extranjero tribute él mismo por sus ingresos por arrendamiento correspondientes a bienes inmuebles situados en Alemania. Por otra parte, no se produce un gravamen de los inversores extranjeros del fondo inmobiliario especial extranjero —ni, por tanto, una doble imposición de los ingresos por arrendamiento—, dado que la legislación nacional aplicable en el litigio principal no establecía ninguna obligación tributaria para los inversores extranjeros del fondo inmobiliario especial extranjero por los repartos de rendimientos que les hubiera efectuado el fondo.
- 19 No obstante, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si la exclusión del demandante de la exención prevista en el artículo 11, apartado 1, segunda frase, de la InvStG 2004 es compatible con el Derecho de la Unión, en particular con la libre circulación de capitales (artículo 63 TFUE).
- 20 Se remite a las sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 2012, Santander Asset Management SGIIC y otros (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286); de 10 de abril de 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249), y de 21 de junio de 2018,

Fidelity Funds y otros (C-480/16, EU:C:2018:480), si bien considera que no son pertinentes en este caso. En efecto, en el presente asunto, al disponer una sujeción al impuesto sobre sociedades por obligación real respecto de los ingresos por arrendamiento obtenidos por el demandante se garantiza que dichos ingresos serán gravados una única vez por un impuesto nacional sobre la renta, de conformidad con el principio de situación, habitual a escala internacional. En el caso de un fondo inmobiliario especial residente comparable, la carga fiscal única de los ingresos nacionales por arrendamiento queda garantizada por el gravamen de los inversores, sujetos pasivos por obligación real del impuesto sobre sociedades. De este modo, la inversión inmobiliaria estará sujeta, en definitiva, a la misma carga fiscal y habría que cuestionarse si la falta de concesión de la exención fiscal prevista en el artículo 11, apartado 1, segunda frase, de la InvStG 2004 disuade efectivamente a los fondos no residentes de invertir en bienes inmuebles nacionales.

- 21 Al mismo tiempo, el órgano jurisdiccional remitente estima que es poco probable que se disuada efectivamente a los inversores nacionales de adquirir participaciones en fondos no residentes que no están exentos y sí son sujetos pasivos por obligación real del impuesto sobre sociedades. Es cierto que, en el caso de este grupo de inversores, a la carga fiscal a nivel del fondo extranjero sujeto por obligación real al impuesto sobre sociedades se suma también la imposición sobre la renta de los inversores, sujetos por obligación personal al impuesto sobre sociedades, que perciben los repartos de rendimientos del fondo. Sin embargo, esta doble imposición es eliminada por la posibilidad de imputación prevista en el artículo 4, apartado 2, séptima frase, de la InvStG 2004. Por el contrario, es más importante el factor de que un fondo abierto al público se diferencia claramente de un fondo especial. En este último caso, un círculo estrictamente delimitado de inversores institucionales, o incluso un único inversor, utiliza dicho fondo como vehículo de inversión para su proyecto de inversión en un bien determinado. Ante tal exclusividad del círculo de inversores, la toma en consideración de los potenciales inversores institucionales nacionales al examinar una restricción a la libertad fundamental podría parecer una posibilidad puramente teórica y, por lo tanto, insignificante.
- 22 También se suscita la cuestión de si la diferencia de trato causada por el artículo 11, apartado 1, frases primera y segunda, de la InvStG 2004 afecta a situaciones objetivamente comparables. En la jurisprudencia antes citada, el Tribunal de Justicia, al evaluar la comparabilidad, atendió únicamente al nivel del fondo, no tuvo en cuenta la situación fiscal de los inversores y afirmó la comparabilidad entre los fondos residentes y los fondos no residentes.
- 23 No obstante, el Tribunal de Justicia también ha resuelto que para el examen de la comparabilidad debe abandonarse el nivel del fondo, y excepcionalmente debe incluirse la situación fiscal de los inversores, si el régimen legal subordina la exención fiscal del fondo al requisito de que todos los beneficios del fondo se distribuyan a sus partícipes, con el objetivo de aproximar la carga fiscal sobre la renta de inversión que transita por tales fondos a la que grava las inversiones

directas de los particulares (véase la sentencia de 10 de mayo de 2012, Santander Asset Management SGIIC y otros, C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, apartado 40). En el presente asunto, aunque el legislador alemán no establece la ficción de tal reparto íntegro, la imputación directa de los ingresos por arrendamiento a los inversores extranjeros, que es el efecto del artículo 15, apartado 2, segunda frase, de la InvStG 2004, y la disposición expresa de una sujeción de dichos ingresos al impuesto sobre sociedades por obligación real van mucho más allá de los efectos de un reparto íntegro (ficticio). Exteriorizan de un modo particular que la situación fiscal del fondo solo es relevante en la medida en que se trata de su calificación como fondo inmobiliario especial, pero que, por lo demás, debe tenerse en cuenta necesariamente la situación de los inversores. Por tanto, como para la tributación de los ingresos inmobiliarios no es determinante el nivel del fondo, sino la residencia de los inversores, ello podría abogar en contra de la comparabilidad de las situaciones.

- 24 Por otra parte, es dudoso que razones imperiosas de interés general puedan justificar el régimen previsto en el artículo 11, apartado 1, de la InvStG 2004. En cada una de las tres sentencias antes mencionadas, el Tribunal de Justicia expuso que, en la medida en que un Estado miembro haya decidido no someter al impuesto a los fondos residentes que perciben dividendos de origen nacional, dicho Estado miembro no puede invocar la necesidad de garantizar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros para justificar la sujeción al impuesto de los fondos no residentes que perciben tales rendimientos.
- 25 A primera vista, esto sugiere que la exención fiscal concedida por el artículo 11, apartado 1, segunda frase, de la InvStG 2004 a fondos residentes no puede justificarse por la salvaguarda del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros. No obstante, también a este respecto, las particularidades jurídicas y fácticas del litigio podrían conducir a una apreciación diferente.
- 26 Al denegar la exención del artículo 11, apartado 1, segunda frase, de la InvStG 2004 y al establecer la sujeción al impuesto sobre sociedades por obligación real de los ingresos por arrendamiento nacionales frente al demandante como fondo inmobiliario especial no residente, el legislador alemán ejerce su potestad tributaria como Estado en que está situado el inmueble. También el artículo 6, apartado 1, del Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) confiere al Estado en que está situado el inmueble la potestad tributaria sobre las rentas derivadas de bienes inmuebles. La naturaleza de los ingresos del fondo también fue relevante a los efectos del examen de la justificación en los asuntos resueltos por el Tribunal de Justicia, en la medida en que señaló que los ingresos por dividendos percibidos por el fondo ya habían sido gravados con un impuesto sobre los beneficios en el nivel de la sociedad de capital que los repartía ([sentencia] de 21 de junio de 2018, Fidelity Funds y otros, C-480/16, EU:C:2018:480, apartado 72). Pues bien, no existe tal carga fiscal previa por lo que respecta a los ingresos por arrendamiento percibidos por el demandante.

- 27 En el caso de un fondo extranjero con inversores extranjeros, debe tenerse en cuenta el hecho de que la potestad tributaria del Estado en que está situado el inmueble sobre los ingresos por arrendamiento nacionales no puede garantizarse sin una tributación en el nivel del fondo. En efecto, a un fondo residente se le puede obligar a practicar una retención en origen, lo que permite asegurar el gravamen de los inversores extranjeros, pero no es ese el caso de un fondo no residente. Asimismo, frente a lo que sucede con los ingresos por dividendos, aquí falta una carga fiscal (previa) de los ingresos por arrendamiento.
- 28 Por último, la exclusión del demandante de la exención prevista en el artículo 11, apartado 1, segunda frase, de la InvStG 2004 podría estar justificada para preservar la coherencia del sistema fiscal.
- 29 Atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia acerca de los fondos, para que una argumentación basada en tal justificación pueda prosperar, el Tribunal de Justicia exige una relación directa entre la ventaja fiscal de que se trate y la compensación de esa ventaja con un gravamen fiscal determinado, debiendo apreciarse el carácter directo de ese vínculo en relación con el objetivo de la normativa controvertida.
- 30 Tal relación directa podría consistir, en un caso como el presente, en el hecho de que la exención del fondo inmobiliario especial nacional se compensa con la tributación que se aplica directamente a los inversores institucionales extranjeros.
- 31 A continuación habría que examinar si la negativa a conceder una exención fiscal al fondo inmobiliario especial extranjero no va más allá de lo necesario para preservar la coherencia del sistema alemán de tributación de las inversiones.
- 32 Si se trasladan al sistema tributario alemán los razonamientos expuestos por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 21 de junio de 2018, Fidelity Funds y otros (C-480/16, EU:C:2018:480), apartado 84, sería determinante que los fondos de inversión no residentes, a los que no se concede la exención fiscal prevista en el artículo 11, apartado 1, segunda frase, de la InvStG 2004 y que, por tanto, están obligados a pagar el impuesto alemán sobre sociedades, demuestren que pagan un impuesto equivalente al impuesto alemán sobre sociedades. Pues bien, en opinión del órgano jurisdiccional remitente, esta prueba no podrá aportarse en un caso como el presente, ya que el demandante, como fondo inmobiliario especial luxemburgués, no está sujeto en Luxemburgo a ningún impuesto sobre las rentas del país ni a una obligación de retención en origen sobre los ingresos por arrendamiento que percibe en Alemania.
- 33 Por otra parte, en la sentencia de 21 de junio de 2018, Fidelity Funds y otros (C-480/16, EU:C:2018:480), apartado 85, el Tribunal de Justicia expuso que la negativa a conceder a los fondos no residentes en Dinamarca la exención de la retención en origen conduce a una imposición en cadena de los dividendos pagados a sus partícipes residentes en Dinamarca, lo cual se opone precisamente al objetivo de la normativa nacional.

- 34 Si se trasladan también estos razonamientos a las circunstancias del sistema fiscal alemán, lo determinante sería dilucidar si la denegación de la exención del impuesto sobre sociedades prevista en el artículo 11, apartado 1, segunda frase, de la InvStG 2004 implica para los fondos no residentes en Alemania una tributación múltiple de los ingresos repartidos a los inversores residentes en Alemania. Pues bien, en este contexto, procede señalar de nuevo las particularidades jurídicas y fácticas del presente asunto. Por una parte, la posibilidad de imputación prevista en el artículo 4, apartado 2, séptima frase, de la InvStG 2004 suprime la doble carga que pesa sobre los inversores en caso de que sean nacionales. Por otra parte, si bien el demandante, como fondo extranjero, está excluido de la exención del impuesto sobre sociedades prevista en el artículo 11, apartado 1, segunda frase, de la InvStG 2004, no tiene, en cambio, ningún inversor residente en Alemania, que pudiera sufrir el gravamen múltiple de los ingresos inmobiliarios (primero en el nivel de los fondos y, posteriormente, en el nivel de los inversores). Su actividad como fondo especial cerrado tampoco persigue atraer a tales inversores. En efecto, detrás de un fondo de esas características se encuentra típicamente un número cerrado de unos pocos inversores institucionales con intereses concordantes que utilizan el fondo como vehículo de sus propias inversiones.