

Asunto C-478/19**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:**

19 de junio de 2019

Órgano jurisdiccional remitente:

Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación, Italia)

Fecha de la resolución de remisión:

21 de diciembre de 2018

Parte recurrente:

UBS Real Estate Kapitalanlagegesellschaft mbH

Parte recurrida:

Agenzia delle Entrate (Agencia Tributaria, Italia)

Objeto del procedimiento principal

Demanda interpuesta por una sociedad de Derecho alemán a raíz de la no devolución por la Agencia Tributaria de los impuestos hipotecarios y catastrales pagados en exceso.

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

La petición de decisión prejudicial, planteada al amparo del artículo 267 TFUE, tiene por objeto que se determine si, a la luz del Derecho de la Unión, las notables diferencias existentes entre fondos inmobiliarios de tipo cerrado y de tipo abierto son pertinentes a efectos fiscales hasta el punto de justificar un trato distinto entre fondos italianos y de otros Estados miembros de la Unión.

Cuestión prejudicial

¿Se opone el Derecho de la Unión —y en particular las disposiciones del Tratado en materia de libertad de establecimiento y de libre circulación de capitales, según

las interpreta el Tribunal de Justicia— a la aplicación de una disposición de Derecho nacional como la establecida en el artículo 35, apartado 10 *ter*, del Decreto-ley n.º 223/2006, en la parte en que aplica la reducción de impuestos hipotecarios y catastrales únicamente a los fondos de inversión inmobiliaria de tipo cerrado?

Disposiciones de la Unión invocadas

Artículo 18 TFUE, apartado 1; artículo 49 TFUE, apartado 1, primera frase; artículo 63 TFUE, apartado 1.

Artículo 25, apartado 1, del Convenio (celebrado en Bonn el 18 de octubre de 1989, que ha adquirido carácter ejecutivo en Italia mediante la Ley de ratificación de 24 de noviembre de 1992, n.º 459) entre la República Italiana y la República Federal de Alemania para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio e impedir la evasión fiscal (en lo sucesivo, «Convenio»)

Disposiciones nacionales invocadas

El Decreto-legge n. 223/2006 (convertito con modificazioni nella legge 4 agosto 2006, n. 248, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale») [Decreto-ley n.º 223/2006 (convertido con modificaciones en la Ley n.º 248, de 4 de agosto de 2006, «Conversión en ley, con modificaciones, del Decreto-ley n.º 223, de 4 de julio de 2006, por el que se establecen disposiciones urgentes para la reactivación económica y social, para la contención y la racionalización del gasto público, así como actuaciones en materia de ingresos fiscales y de lucha contra el fraude fiscal»] (en lo sucesivo, «Decreto-ley n.º 223/2006») dispone, en su artículo 35, apartado 10 *ter*, titulado «Medidas de lucha contra la evasión y la elusión fiscales», cuanto sigue:

*«Aunque el correspondiente acto esté sujeto al impuesto sobre el valor añadido, se reducirá a la mitad el importe de la cuota de los impuestos hipotecarios y catastrales, con las modificaciones introducidas por el apartado 10 bis del presente artículo, que corresponda abonar por la inscripción en el catastro y en el registro de la propiedad de modificaciones de la titularidad de bienes inmuebles o de cesiones de bienes inmuebles destinados al desarrollo de una actividad económica mencionadas en el artículo 10, apartado 1, número 8 *ter*, del Decreto n.º 633 del Presidente de la República, de 26 de octubre de 1972, de que sean titulares fondos inmobiliarios de tipo cerrado regulados en el artículo 37 del texto unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (Texto único de las disposiciones en materia de intermediación financiera), recogido en el Decreto Legislativo n.º 58, de 24 de febrero de 1998, y sus sucesivas*

modificaciones, así como en el artículo 14 bis de la Ley n.º 86, de 25 de enero de 1994, o bien empresas de arrendamiento financiero, bancos e intermediarios financieros mencionados en los artículos 106 y 107 del Texto único recogido en el Decreto Legislativo n.º 385, de 1 de septiembre de 1993, si bien en tal caso exclusivamente en lo que respecta a la adquisición y a la recompra de bienes entregados o por entregar en régimen de arrendamiento financiero. La disposición establecida en la frase anterior comenzará a producir efectos el 1 de octubre de 2006».

En el ámbito de los fondos de inversión colectiva, la normativa italiana prevé que las sociedades de gestión del ahorro (en lo sucesivo, «SGA») que hayan constituido **fondos de tipo cerrado** solo pueden reembolsar las participaciones suscritas en dichos fondos en períodos específicos: por tanto, tales fondos se caracterizan por tener un número de participaciones preestablecido y que no varía con el tiempo y por disponer de un patrimonio que se fija y aporta en el momento de su constitución. Por tanto, tales instrumentos de inversión colectiva únicamente pueden ser suscritos en un determinado plazo y el reembolso de su capital solo puede exigirse una vez extinguido el fondo o transcurridos de un cierto número de años. Fuera de esos períodos, las participaciones en fondos de tipo cerrado solo pueden ser adquiridas o vendidas en el mercado bursátil. Su duración mínima es de 10 años, mientras que la máxima es de 30. Tras su extinción, se divide el patrimonio del fondo o bien, en caso de ser vendido, se procede a la distribución del precio obtenido.

Los **fondos de tipo abierto**, en cambio, se caracterizan por la variabilidad del patrimonio (que puede aumentar o disminuir diariamente en relación con las nuevas suscripciones o las solicitudes de reembolso de las participaciones en circulación). Pueden ser suscritos en cualquier momento, como también es posible obtener en cualquier momento el reembolso, total o parcial, de la aportación realizada.

En lo tocante a los fondos «de tipo abierto» una crisis del mercado podría inducir a muchos inversores institucionales a reclamar el reembolso anticipado de una parte de los importes invertidos; ello podría absorber las reservas de liquidez de los fondos, que se verían forzados, en tal caso, a vender una parte de los inmuebles por debajo de su valor contable para atender las solicitudes de reembolso de las participaciones. Desde esta perspectiva, cabría sostener que el objetivo del legislador consiste en proteger y fomentar la constitución de fondos de inversión no caracterizados por objetivos fuertemente especulativos y aleatorios. Ahora bien, este planteamiento conduce a afirmar que, razonando en tales términos, se crearía de hecho un obstáculo a la entrada de inversores del extranjero, en particular disuadiendo a los fondos de tipo abierto extranjeros de adquirir en Italia bienes inmuebles destinados al desarrollo de actividades económicas.

Breve exposición de los hechos y del procedimiento

- 1 La Commissione Tributaria Provinciale di Milano (Comisión Tributaria Provincial de Milán) desestimó el recurso interpuesto por UBS Real Estate Kapitalanlagegesellschaft mbh (en lo sucesivo, «recurrente»), sociedad de gestión del fondo inmobiliario de Derecho alemán UBS (D) 3 Kontinente, con domicilio social en Múnich, contra la denegación mediante silencio administrativo de la solicitud de devolución de los impuestos hipotecarios y catastrales pagados en exceso por un total de 802 400,00 euros, importe que fue abonado con ocasión de la inscripción de la adquisición por cuenta del fondo de un inmueble «instrumental por naturaleza» ubicado en San Donato Milanese, Torre Beta. En apoyo de esta desestimación, la Administración tributaria adujo que el Decreto-ley n.º 223/2006 solo prevé la aplicación del tipo reducido de los impuestos hipotecarios a las adquisiciones por operadores profesionales de inmuebles destinados al ejercicio de actividades económicas, cuando el operador de que se trata es un fondo inmobiliario de tipo cerrado, y no un fondo inmobiliario de tipo abierto, como el que controla la recurrente, que está reconocido en Alemania.
- 2 La recurrente interpuso recurso de apelación en el que alegó que la sentencia adolecía de una motivación contradictoria porque, aun habiéndose detectado una diferencia de trato entre los dos fondos, no se dejó inaplicada la norma interna contenida en el Decreto-ley n.º 223/2006, incompatible tanto con el TFUE como con el artículo 25 del Convenio o, cuando menos, no se suspendió el procedimiento para someter la cuestión a la consideración del Tribunal de Justicia.
- 3 La Agencia Tributaria destacó las diferencias existentes entre los dos tipos de fondo por cuanto que el legislador había reservado mediante el Decreto-ley n.º 223/2006 una ventaja fiscal únicamente a los fondos de tipo cerrado habida cuenta de las distintas características de los fondos inmobiliarios, y alegó que tales diferencias ponían de manifiesto tanto la inexistencia de una vulneración del TFUE como del Convenio.
- 4 Mediante sentencia de 3 de abril de 2012, la Commissione Tributaria Regionale del Lazio (Comisión Tributaria Regional del Lacio, Italia; en lo sucesivo, «CTR») desestimó el recurso de apelación del sujeto pasivo sobre la base de las consideraciones siguientes:
 - 1) las diferencias entre los dos tipos de fondos inmobiliarios, el de tipo cerrado, que opera y es reconocido en Italia, y el de tipo abierto, que opera y es reconocido en Alemania, son considerables;
 - 2) en virtud de tales diferencias, no existe ni una violación del TFUE por una diferencia de trato (en la medida en que a supuestos distintos se les puede aplicar una normativa tributaria distinta) ni una vulneración del artículo 25 del Convenio (al no apreciarse ninguna discriminación por razón de la nacionalidad);

- 3) las normas que prevén ventajas fiscales deben interpretarse de forma estricta.
- 5 La recurrente impugnó esa sentencia mediante un recurso de casación basado en siete motivos. La Agencia Tributaria presentó escrito de contestación al recurso.

Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal

- 6 El órgano jurisdiccional remitente declaró infundado el primer motivo.
- 7 Mediante el segundo motivo, la **recurrente** alega que la CTR no motivó la falta de consideración de la *ratio* que subyace al artículo 35, apartado 10 *ter*, del Decreto-ley n.º 223/2006.
- 8 Mediante el tercer motivo, la recurrente censura la motivación insuficiente y/o contradictoria sobre el hecho de que la CTR no valoró sino en líneas generales la diferencia entre los fondos de tipo cerrado de Derecho italiano y los fondos de tipo abierto de Derecho alemán en el marco de los impuestos en cuestión, y que no tuviera en cuenta que los criterios de distinción para la sujeción al impuesto, establecidos por los Estados miembros, deben ser pertinentes.
- 9 Mediante el cuarto motivo la recurrente censura la violación o aplicación errónea del artículo 56 TCE (actualmente artículo 63 TFUE) relativo a la «libre circulación de capitales», puesto que la CTR sostuvo que la diferencia de trato fiscal entre los fondos de inversión de tipo cerrado y los de tipo abierto estaba justificada por las diferentes características de los supuestos, pese a que el órgano jurisdiccional nacional debería haber dejado inaplicada la normativa interna discriminatoria.
- 10 Mediante el quinto motivo, la recurrente alega la infracción o aplicación errónea del artículo 43 TCE (actualmente artículo 49 TFUE), relativo a la «libertad de establecimiento», puesto que la CTR consideró que la diferencia de trato fiscal entre los fondos de inversión de tipo cerrado y los de tipo abierto estaba justificada por las diferentes características de los supuestos, pese a que las diferencias puestas de manifiesto carecen de relevancia a efectos de una apreciación de la comparabilidad en cuanto atañe a la aplicación de la ventaja fiscal.
- 11 Mediante el sexto motivo, la recurrente alega la vulneración o aplicación errónea del artículo 12 TCE (actualmente artículo [18] TFUE), relativo a la «prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad», al considerar que no puede compartir la afirmación de la CTR de que la diferencia del trato fiscal entre los fondos de inversión de tipo cerrado y los de tipo abierto estaba justificada por las diferentes características de los supuestos.
- 12 Mediante el séptimo motivo, la recurrente censura la infracción o aplicación errónea del artículo 25, apartado 1, del Convenio, en la medida en que la CTR no

consideró que denegar la ventaja fiscal a los fondos de tipo abierto de origen alemán generase de hecho una discriminación por razón de la nacionalidad.

Breve exposición de la motivación de la petición de decisión prejudicial

- 13 La **Corte di Cassazione** señala que hasta ahora ni ella misma ni el Tribunal de Justicia se han pronunciado sobre el problema examinado y que esta laguna interpretativa hace necesaria una intervención por la vía prejudicial. Ahora bien, al mismo tiempo observa que, en materia de libertad de establecimiento, mediante la sentencia de 16 de abril de 2015, C-591/13, Comisión/Alemania, el Tribunal de Justicia puso de manifiesto que, en virtud del artículo 49 TFUE, deben ser consideradas restricciones a tal libertad todas las medidas que prohíben, dificultan o hacen menos atractivo el ejercicio de la misma (véase también la sentencia de 18 de julio de 2013, Comisión/Dinamarca, C-261/11, EU:C:2013:480, apartados 26 y 27, en un asunto en el que se consideró que la diferencia de trato —no basada en una situación objetivamente diferente— relativa al aplazamiento del cobro del impuesto adeudado podía disuadir a un sujeto pasivo establecido en el territorio alemán de desarrollar sus actividades por medio de una organización estable situada en el territorio de un Estado miembro distinto de la República Federal de Alemania).
- 14 En ese mismo contexto, el Tribunal de Justicia ha declarado asimismo, mediante la sentencia de 18 de junio de 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377), que se produce una diferencia de trato fiscal, con la consiguiente restricción de la libertad de establecimiento, prohibida en principio por los artículos 43 CE y 48 CE, cuando se hace menos atractivo el ejercicio de dicha libertad por parte de las sociedades domiciliadas en otros Estados miembros. En el contexto así descrito, el Tribunal de Justicia enunció el principio en virtud del cual el hecho de que no exista, en el Derecho nacional, un tipo de sociedades que tengan una forma jurídica idéntica a la de una SICAV residente en otro Estado miembro no puede por sí mismo justificar un trato diferenciado, en la medida en que, dado que el Derecho de sociedades de los Estados miembros no está totalmente armonizado a escala comunitaria, ello privaría a la libertad de establecimiento de cualquier efecto útil (véase también, por analogía, la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de abril de 1994, Halliburton Services, C-1/93, EU:C:1994:127).
- 15 Asimismo, en materia de libre circulación de capitales, mediante su sentencia de 17 de septiembre de 2015, J.B.G.T. Miljoen y otros, dictada en los asuntos acumulados C-10/14, C-14/14 y C-17/14 (EU:C:2015:608), el Tribunal de Justicia declaró que las medidas prohibidas por el artículo 63 TFUE, apartado 1, incluyen las que pueden disuadir a los no residentes (en el caso de autos se trataba de una presión fiscal definitiva más elevada sobre las personas no residentes en los Países Bajos) de realizar inversiones en un Estado miembro o a los residentes de dicho Estado miembro de hacerlo en otros Estados (véanse asimismo las sentencias de 25 de enero de 2017, Festersen, C-370/05, EU:C:2007:59, apartado

24, y de 18 de diciembre de 2007, A, C-101/05, EU:C:2007:804, apartado 40, así como la de 10 de febrero de 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegei, C-436/08 y C-437/08, EU:C:2011:61). En su sentencia de 10 de mayo de 2012, Santander Asset Management SGIIC, asuntos acumulados C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286 (apartado 15 y jurisprudencia citada), el Tribunal de Justicia corroboró cuanto se expone *supra* y, en el apartado 28, precisó que, a efectos de valorar si dicha normativa interna tiene carácter discriminatorio, 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 objetiva de situaciones.

- 16 De igual modo, en materia de libre circulación de capitales, el órgano jurisdiccional remitente cita las sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de octubre de 2014, van Caster, C-326/12, EU:C:2014:2269, y de 18 de diciembre de 2014, Q, C-133/13, EU:C:2014:2460. En particular, mediante la segunda sentencia, el Tribunal de Justicia declaró (en lo que concierne a los impuestos sobre sucesiones y donaciones) que el hecho de supeditar la concesión de ventajas fiscales al requisito de que el bien transmitido esté situado en el territorio nacional constituye una restricción a la libre circulación de capitales prohibida, en principio, por el artículo 63 TFUE, apartado 1 (véanse asimismo las sentencias de 17 de enero de 2008, Jäger, C-256/06, EU:C:2008:20, apartados 28 a 35, y de 22 de abril de 2010, Mattner, EU:C:2010:216, apartado 26).
- 17 El órgano jurisdiccional remitente recuerda, en este mismo ámbito, habida cuenta de la legislación dirigida a evitar la doble imposición, los principios enunciados en la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014, Verest y Gerards (C-489/13, EU:C:2014:2210), la cual apuntó de entrada que, al no existir medidas de unificación o de armonización adoptadas por la Unión Europea, los Estados miembros siguen siendo competentes para establecer los criterios de imposición de las rentas y del patrimonio con el fin de suprimir, en su caso mediante acuerdo, la doble imposición. En este contexto, los Estados miembros son libres, en el marco de los convenios bilaterales que tienen por objeto evitar la doble imposición, para fijar los criterios de conexión a efectos del reparto de la competencia fiscal (sentencia de 12 de diciembre de 2013, Imfeld y Garcet, C-303/12, EU:C:2013:822, apartado 41 y jurisprudencia citada). No obstante, dicho reparto de la competencia fiscal no permite a los Estados miembros aplicar medidas contrarias a las libertades de circulación garantizadas por el Tratado FUE. En efecto, por lo que respecta al ejercicio de la potestad tributaria repartida de este modo en virtud de convenios bilaterales para evitar la doble imposición, los Estados miembros están obligados a ajustarse a las normas de la Unión (sentencia Imfeld y Garcet, EU:C:2013:822, apartado 42), entre las cuales se incluyen las que pueden disuadir a los residentes de un Estado miembro de realizar inversiones inmobiliarias en otros Estados miembros (sentencia de 8 de mayo de 2013, Libert y otros, C-197/11 y C-203/11, EU:C:2013:288, apartado 44).