

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. SIEGBERT ALBER

presentadas el 14 de octubre de 1999 *

A. Introducción

1. El Gerechtshof te 's-Gravenhage solicita al Tribunal de Justicia que interprete los artículos 6 y 52 del Tratado CE (actualmente artículos 12 CE y 43 CE, tras su modificación) y los artículos 73 B y 73 D del Tratado CE (actualmente artículos 56 CE y 58 CE) en relación con una normativa neerlandesa relativa al Impuesto sobre el Patrimonio en virtud de la cual una participación sustancial en una empresa está exenta del Impuesto sobre el Patrimonio hasta una cierta cantidad cuando la empresa está domiciliada en los Países Bajos.

2. El demandante del procedimiento principal (en lo sucesivo, «demandante») es nacional neerlandés y está domiciliado en los Países Bajos. Es accionista único de la sociedad Ballyard Foods Limited (en lo sucesivo, «Ballyard»), con domicilio social en Dublín (Irlanda), que se dedica en dicho país a la producción de queso. Dado que el demandante es el único accionista de la empresa, desea acogerse a una exención de empresa en el marco de su declaración de impuestos en los Países Bajos.

3. En su declaración del Impuesto sobre el Patrimonio correspondiente al ejercicio de

1994, el demandante declaró un patrimonio de 2.650.600 NLG a 1 de enero de 1994. El valor de su participación en Ballyard a 1 de enero de 1994 ascendía a 749.800 NLG. El demandante solicitó una exención de empresa por valor de 442.400 NLG que debía deducirse de su patrimonio imponible en los Países Bajos — conforme al modo de cálculo descrito en el punto 4 de estas conclusiones — en concepto de su participación en Ballyard. A este respecto invocó el artículo 7, apartados 2 y 3, de la Ley neerlandesa de 1964 del Impuesto sobre el Patrimonio.¹

4. El artículo 7, apartado 2, de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio establece en favor del sujeto pasivo que gestiona una o varias empresas, que, al determinar la base imponible, el capital invertido en esta o estas empresas no se computará,

- a) si dicho patrimonio no excediere de 135.000 NLG, en un 100 %;
- b) si dicho patrimonio excediere de 135.000 NLG, en 135.000 NLG incre-

* Lengua original: alemán.

¹ — Wet op de vermogensbelasting 1964, de 16 de diciembre de 1964, Stb. 520.

mentados en un 50 % del patrimonio que exceda de esta cantidad, hasta un máximo de 1.541.000 NLG.

5. El artículo 7, apartado 3, de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio establece que, si el patrimonio invertido en una o varias empresas en el sentido del apartado 2 no excediere de 2.947.000 NLG o si no se gestionare por cuenta del sujeto pasivo ninguna empresa, el apartado 2 se aplicará por analogía y, a tal fin, se entenderá por patrimonio invertido en una empresa el patrimonio que, conforme a la letra c) de dicho artículo, correspondiente a acciones o participaciones que constituyan una participación sustancial, en el sentido de la Ley de 1964 del Impuesto sobre la Renta,² en una sociedad establecida en los Países Bajos (siempre que no se trate de una sociedad de inversiones en el sentido del artículo 28 de la Ley de 1969 del Impuesto de Sociedades³).⁴

6. Las autoridades tributarias neerlandesas denegaron el reconocimiento de la exención y fijaron el patrimonio imponible en 2.650.000 NLG. El demandante interpuso un recurso contra esta decisión.

7. El Gobierno neerlandés explica la normativa controvertida por el interés en proteger el capital de las pequeñas empresas, de cuyas participaciones es titular normalmente una persona física. En tal caso, se produciría una doble imposición, a saber, en virtud de las disposiciones relativas al Impuesto de Sociedades y en virtud de las relativas al Impuesto sobre el Patrimonio que debe abonar el titular de las participaciones. No obstante, puesto que, en estos casos, el capital de la sociedad es, al mismo tiempo, el patrimonio del titular de las participaciones y es imposible distinguir entre las dos masas patrimoniales, la doble imposición de la misma masa patrimonial se evita gracias a la exención de la sociedad. Desde este punto de vista, no hay ninguna razón para conceder la exención de empresa a las sociedades con domicilio social en el extranjero, puesto que, en los Países Bajos, el patrimonio del titular de las participaciones es el único sometido a impuestos, mientras que el patrimonio de la sociedad queda exento. Por tanto, no puede producirse ningún caso de doble imposición por parte del fisco neerlandés.

8. El Gerechtshof te 's-Gravenhage planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Deben interpretarse los artículos 6 o 52 del Tratado CE en el sentido de que se oponen a una restricción derivada de una disposición de la normativa de un Estado miembro relativa al Impuesto sobre el Patrimonio que prevé que el patrimonio invertido en acciones de una empresa —siempre que constituyan una participación sustancial— está

2 — Wet op de inkomstenbelasting 1964, Stb. 1990, 103.

3 — Wet op de vennootschapsbelasting 1969, Stb. 469.

4 — Conforme al artículo 39, apartado 3, de la Ley de 1964 del Impuesto sobre la Renta (Wet op de Inkomstenbelasting 1964, de 16 de diciembre de 1964, citada en la nota 2), se considera que existe participación sustancial si, durante los últimos cinco años, el sujeto pasivo ha sido, directa o indirectamente, por sí solo o con su cónyuge o parientes (cuyo grado de parentesco fija precisamente la disposición) titular de, al menos, una tercera parte y, por sí sólo o con su cónyuge de, al menos, siete centésimas partes del capital nominal.

exento del Impuesto sobre el Patrimonio del accionista, pero limita la exención a las acciones en sociedades domiciliadas en ese Estado miembro?

- 2) Si se responde afirmativamente a la primera cuestión, ¿deben interpretarse los artículos 73 B y 73 D del Tratado CE en el sentido de que una disposición restrictiva como la descrita en la primera cuestión es incompatible con dichos artículos?»

9. El Gobierno neerlandés y la Comisión participan en el procedimiento. Analizaré sus alegaciones en el marco del análisis jurídico.

B. Definición de postura

I. Cuestión previa sobre la relación de concurrencia entre la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales

10. Parece que existe una relación de subsidiariedad entre las dos cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional. Mientras que la primera cuestión se refiere a la compatibilidad de la normativa nacional con las disposiciones comunitarias sobre libertad de establecimiento, la segunda cuestión se formula en función de la respuesta que se dé a la primera. Si la

normativa interna es compatible con las normas relativas a la libertad de establecimiento, el órgano jurisdiccional nacional desea que se dilucide si también es compatible con las disposiciones relativas a la libre circulación de capitales.

11. Las partes procesales defienden criterios distintos por lo que se refiere a las disposiciones comunitarias aplicables.

A propósito del artículo 52 del Tratado CE, que rige la libertad de establecimiento, el *Gobierno neerlandés* afirma que no es aplicable al presente asunto. A la titularidad de acciones de una sociedad le son aplicables únicamente las disposiciones relativas a la libre circulación de capitales. Así se deduce también del artículo 52, párrafo segundo, del Tratado CE, que establece una reserva explícita a favor de las disposiciones relativas a la libre circulación de capitales.

La *Comisión*, por el contrario, entiende que una participación sustancial en el capital de una sociedad domiciliada en otro Estado miembro está sometida, en primer lugar, a las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento en el sentido del artículo 52, párrafo segundo, del Tratado CE. La reserva prevista a favor de las disposiciones relativas a la libre circulación de capitales, que también se encuentra en el artículo 61, apartado 2, del Tratado CE (actualmente artículo 51 CE, tras su modificación) en el capítulo consagrado a la libre prestación de servicios, sólo se refería

al período transitorio que precedió a la consecución competente de la libre circulación de capitales y, por tanto, ha perdido su objeto en el interin.

tales excluyera por sí sola la aplicación del capítulo relativo a la libertad de establecimiento, esta última libertad perdería su interés práctico, puesto que el establecimiento en otro Estado miembro está vinculado, por regla general, a una transferencia de capitales.

Apreciación

12. Según el artículo 52, párrafo segundo, del Tratado CE, las disposiciones sobre la libertad de establecimiento se aplican a la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 58. Por ese motivo, dichas actividades no pueden quedar, como tales, excluidas del ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento y estar sometidas únicamente a las que regulan la libre circulación de capitales.

14. Las disposiciones consagradas a las libertades fundamentales rigen la libertad de un comportamiento desde un punto de vista económico particular. Un mismo comportamiento puede ser digno de protección desde diferentes puntos de vista y, por ello, estar incluido simultáneamente en el ámbito de aplicación de varias libertades.

13. Existe una relación estrecha entre las disposiciones sobre la libertad de establecimiento y las que rigen la libre circulación de capitales. Esta relación ya se desprende de las reservas correlativas del artículo 73 D, apartado 2,⁵ y del artículo 52, párrafo segundo.⁶ Sin embargo, estas reservas no significan que un comportamiento sólo pueda estar protegido por una de estas dos libertades fundamentales. Si una relación cualquiera con la circulación de capi-

15. En su jurisprudencia hasta la fecha, el Tribunal de Justicia ha partido de la idea de una aplicación paralela de las disposiciones relativas a la libre circulación de capitales, por una parte, y de las dedicadas a la libre prestación de servicios o a la libertad de establecimiento, por otra. Esta jurisprudencia se basa en la premisa de que las disposiciones relativas a la libre circulación de capitales sólo excluyen la aplicación paralela de otras libertades fundamentales en supuestos en los que se trata de medidas que regulan los flujos de capital de forma específica. Si, no obstante, estos flujos se ven indirectamente afectados porque el ejercicio de una actividad económica se ha visto dificultado en otro Estado miembro, entonces lo determinante es la libertad

5 — Esta disposición está redactada en los siguientes términos: «Las disposiciones del presente capítulo no serán obstáculo para la aplicación de restricciones del derecho de establecimiento compatibles con el presente Tratado».

6 — Esta disposición está redactada en los siguientes términos: «La libertad de establecimiento comprenderá [...] sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales».

fundamental correspondiente a la actividad de que se trate.⁷

pondientes a tales operaciones que sea compatible con el Derecho comunitario».¹¹

16. En el asunto *Bachmann*,⁸ el Tribunal de Justicia declaró que las disposiciones relativas a la libre circulación de capitales no se aplican a las restricciones que se resultan indirectamente de restricciones a las demás libertades fundamentales.

19. En las conclusiones presentadas el 23 de septiembre de 1997 en el asunto *Safir*,¹² el Abogado General Sr. Tesouro propuso delimitar la libre circulación de capitales y la libre prestación de servicios examinando si la medida nacional de que se trate impide u obstaculiza *directamente* la transferencia de capitales, y, en ese supuesto, consideró que existe una relación de especialidad entre la libre circulación de capitales y la libre prestación de servicios.

17. En su sentencia en el asunto *Svensson et Gustavsson*,⁹ el Tribunal de Justicia admitió que una disposición que impide la concesión de créditos por los bancos puede ser a la vez incompatible con el artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación) y con el artículo 67 del Tratado CE (derogado por el Tratado de Amsterdam).

20. El Abogado General Sr. Mischo empleó idéntico criterio en las conclusiones que presentó el 14 de mayo de 1998 en el asunto *Ambry*.¹³ Excluyó la aplicación de las disposiciones relativas a la circulación de capitales a una normativa que sólo autoriza la constitución de determinadas garantías a las entidades de crédito establecidas en el territorio nacional alegando que de ello no resulta ningún obstáculo para los flujos de capitales entre los Estados miembros. El propio Tribunal de Justicia reconoció en su sentencia la existencia de una violación de la libre prestación de servicios sin dirimir la cuestión de «si dicha normativa también es contraria al artículo 73 B del Tratado».¹⁴

18. En la sentencia dictada el 9 de julio de 1997 en el asunto *Parodi*,¹⁰ el Tribunal de Justicia partió de una aplicación paralela de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios y a la libre circulación de capitales. La interpretación del Tribunal de Justicia consiste en que la aplicación de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios sólo puede excluirse en caso de restricción de los movimientos de capitales vinculados a estos servicios «cuando exista una restricción de la libre circulación de los capitales corres-

7 — Sentencias de 28 de enero de 1992, *Bachmann*, (C-204/90, Rec. p. I-249), apartado 34, y de 14 de noviembre de 1995, *Svensson y Gustavsson* (C-484/93, Rec. p. I-3955).

8 — Sentencia *Bachmann*, citada en la nota 7, apartado 34.

9 — Citada en la nota 7.

10 — Asunto C-222/95, Rec. p. I-3899.

11 — Sentencia *Parodi*, citada en la nota 10, apartado 10.

12 — Sentencia de 28 de abril de 1998 (C-118/96, Rec. p. I-1897), punto 17 de las conclusiones.

13 — Sentencia de 1 de diciembre de 1998 (C-410/96, Rec. p. I-7875), punto 10 de las conclusiones.

14 — Sentencia *Ambry*, citada en la nota 13, apartado 40.

21. En la sentencia dictada el 1 de junio de 1999 en el asunto Konle,¹⁵ que se refería a una disposición del Derecho austriaco que dificultaba la adquisición de bienes inmuebles por extranjeros, el Tribunal de Justicia consideró que eran aplicables tanto las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento como las que regulan la libre circulación de capitales. Sin embargo, el Tribunal de Justicia reconoció, en definitiva, que se había producido una infracción del artículo 73 B del Tratado CE (actualmente artículo 56 CE, tras su modificación) y, por tanto, no examinó la cuestión de la compatibilidad con las disposiciones que regulan la libertad de establecimiento. En este asunto, el Abogado General Sr. La Pergola había afirmado, por el contrario, la comisión de una infracción de las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento y, por tanto, no había considerado necesario examinar el aspecto vinculado a los movimientos de capitales.¹⁶ Sin embargo, tanto la sentencia como las conclusiones parten de la idea de una aplicación paralela de las dos libertades fundamentales.

22. Una relación general de exclusión entre las disposiciones relativas a la circulación de capitales y a las demás libertades fundamentales —como desearía admitir el Gobierno neerlandés en el presente asunto— no es compatible con la jurisprudencia que acabo de exponer. En los asuntos Svensson y Gustavsson, Parodi, Ambry y Konle, el Tribunal de Justicia consideró posible la aplicación paralela de las disposiciones relativas a los movimientos de capitales y a las demás libertades fundamentales. A este respecto, el asunto

Konle se refería precisamente a la relación, determinante en el presente asunto, entre la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento.

23. Hay argumentos convincentes a favor de esta jurisprudencia. En los Tratados de Roma, la libre circulación de mercancías, la libre circulación de personas y la libre prestación de servicios eran las únicas completamente configuradas desde el principio como libertades fundamentales. Por el contrario, la libre circulación de capitales debía ser desarrollada, en primer lugar, por el Derecho derivado y hasta el Tratado de Maastricht no se convirtió completamente en una libertad fundamental del Tratado CE. Si, al igual que el Gobierno neerlandés, se preconizara hoy una interpretación amplia de las disposiciones relativas a los movimientos de capitales, que se inmiscuyera en otros ámbitos protegidos en primer lugar por las demás libertades fundamentales, desplazando a estas últimas, el establecimiento de la libre circulación de capitales limitaría las demás libertades fundamentales, dado que las reservas formuladas en términos de restricción de los movimientos de capitales se trasladarían de alguna forma a las demás libertades fundamentales. Sin embargo, tal restricción de las libertades fundamentales ya existentes y directamente aplicables no puede realizarse insertando los movimientos de capitales entre las libertades fundamentales. Por el contrario, debe añadirse una libertad fundamental suplementaria a las que ya existen y ampliar el ámbito de las actividades económicas transfronterizas protegidas.

24. Por otra parte, los artículos 73 D, apartado 2, y 52, párrafo segundo, del Tratado CE parecen apoyar una limitación

15 — C-302/97, Rec. p. I-3099, apartado 22.

16 — Conclusiones del Abogado General Sr. La Pergola presentadas el 23 de febrero de 1999 en el asunto Konle, citado en la nota 15, punto 22.

de la aplicación paralela en determinados casos. Así, el artículo 52, apartado 2, del Tratado CE sólo puede interpretarse en el sentido de que una restricción de los movimientos de capitales no viola por sí sola la libertad de establecimiento. Una medida nacional que sólo rige directamente los movimientos de capitales y no el establecimiento en otro Estado tampoco está incluida en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento cuando el obstáculo al flujo de capitales provoca indirectamente un obstáculo al establecimiento en otro Estado. El artículo 52, párrafo segundo, del Tratado CE establece claramente, remitiéndose a otras disposiciones, que un movimiento de capitales no está incluido en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento por el mero hecho de que sea importante para el establecimiento.

25. Al contrario, el artículo 73 D, apartado 2, muestra que un menoscabo directo de la libertad de establecimiento debe analizarse desde el punto de vista de esta libertad fundamental y que las disposiciones sobre los movimientos de capitales sólo se aplican a título subsidiario. Esta restricción sólo se aplica al derecho de establecimiento. Por el contrario, tratándose de la concurrencia entre movimientos de capitales y otras libertades fundamentales, el artículo 73 D, apartado 2, del Tratado CE no prevé ninguna restricción. Esto explica la aplicación de las disposiciones relativas a los movimientos de capitales en los asuntos Svensson y Gustavsson y Ambry, en los que se trataba de menoscabos directos de la libre prestación de servicios.

26. Las consideraciones que acabo de hacer sobre la relación de concurrencia existente

entre la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento pueden resumirse de esta forma:

- 1) En caso de menoscabo directo de la libre circulación de capitales que sólo implica indirectamente un obstáculo para el establecimiento, únicamente se aplican las disposiciones relativas a los movimientos de capitales.
- 2) En caso de menoscabo directo de la libertad de establecimiento que sólo implica indirectamente una reducción de los flujos de capitales entre los Estados miembros a consecuencia del obstáculo al establecimiento, únicamente se aplican las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento.

27. Una vez dicho esto, sólo queda calificar los supuestos en los que una medida nacional obstaculiza directamente los flujos de capitales y, a la vez, afecta directamente a la libertad de establecimiento. El asunto Konle, que se refería a la adquisición de un bien inmueble en otro Estado miembro con el objeto de residir en él, constituía un supuesto de este tipo.

28. La adquisición de un bien inmueble para residir en él es un complemento necesario del establecimiento y, por consiguiente, constituye una forma de ejercer esta libertad fundamental. El ejercicio de

esta libertad estaba prohibido por la normativa austriaca. Por tanto, se trataba de una restricción directa del derecho de establecimiento.

29. Por otro lado, la adquisición de un bien inmueble constituye siempre una inversión de capital y, consiguientemente, está protegida, independientemente de su finalidad, por las disposiciones relativas a los movimientos de capitales. La prohibición impuesta por la normativa austriaca afectaba, de esta forma, al ejercicio de un derecho garantizado por las disposiciones relativas a los movimientos de capitales y constituía un menoscabo directo de esta libertad fundamental.

30. En definitiva, el Tribunal de Justicia consideró que eran aplicables tanto las disposiciones relativas a la libre circulación de capitales como las que rigen la libertad de establecimiento. Por tanto, debe constatarse la existencia de una tercera norma respecto a la relación de concurrencia antes citada:

3. En caso de menoscabo directo que afecte simultáneamente a la libre circulación de capitales y al derecho de establecimiento, se aplican las dos libertades fundamentales y la medida nacional debe cumplir los requisitos impuestos para ambas.

II. Sobre la aplicabilidad de los principios deducidos al presente asunto

1. Sobre la primera cuestión

31. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional nacional desea que el Tribunal de Justicia dilucide si la limitación de la exención de empresa a aquéllas que están establecidas en los Países Bajos es compatible con los artículos 6 y 52 del Tratado CE (actualmente artículos 12 CE y 43 CE, tras su modificación).

a) *Ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento*

32. La normativa controvertida en el presente asunto sólo se refiere a la participación *sustancial* («aanmerkelijk belang») en una empresa extranjera. El contexto normativo del Derecho nacional muestra claramente el sentido y la finalidad de este requisito de carácter sustancial de la participación. En primer lugar, la exención beneficia al propietario de una empresa. Un accionista sólo queda asimilado como tal al propietario de una empresa cuando es titular de una participación sustancial en la sociedad que la gestiona, participación que también le proporciona cierta influencia en las decisiones de la empresa. Según su sentido y finalidad, la normativa no se refiere de forma general a la inversión de capital para obtener un beneficio, sino, de forma más específica, a la actividad de empresario como tal. El derecho a fundar una empresa en otro Estado miembro en forma de sociedad anónima queda directamente menoscabado con la negativa a

conceder la exención fiscal. Por consiguiente, según las normas de delimitación que acabo de proponer, la libertad de establecimiento es aplicable, en cualquier caso, al presente asunto.

cuenta, para ello, a otros titulares. De un empresario individual sólo le distingue la forma jurídica y, al igual que él, puede dirigir las actividades de la empresa.

b) Restricción de la libertad de establecimiento

33. El límite entre la simple inversión de capital en forma de acciones en una empresa establecida en otro Estado miembro y el establecimiento en este Estado miembro puede situarse allí donde el accionista ya no aspira a obtener beneficios de la mera aportación de capital destinada a financiar la actividad de una empresa dirigida por otras personas, sino que pasa a desarrollar por sí mismo una actividad empresarial. Además del simple derecho de voto del accionista, esta actividad en la empresa supone que es titular de una participación que le permite ejercer una influencia sustancial en las decisiones de la sociedad. A este respecto hay que remitirse a las normas de Derecho societario del Estado en el que esté establecida la empresa.¹⁷

35. La libertad de establecimiento engloba la actividad profesional del trabajador por cuenta propia en otro Estado miembro. Se aplica, en particular, al derecho a constituir y dirigir en él una empresa. A este respecto poco importa que la actividad económica se desarrolle por un empresario individual o por una sociedad, tal como muestra el artículo 52, párrafo segundo.

36. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la libertad fundamental concede protección no sólo frente a las restricciones impuestas por el Estado en el que se proyecta crear la empresa, sino también frente a los obstáculos erigidos por el Estado de origen.¹⁸

34. Esta delimitación no plantea problemas en el presente asunto. No hay duda de que, en este asunto, se trata de un establecimiento, dado que todas las acciones están en manos de una sola persona. El titular único de todas las acciones de una sociedad puede decidir sus actividades sin tener en

37. Aunque el Impuesto sobre el Patrimonio no está armonizado en la Comunidad y, por consiguiente, los Estados miembros siguen siendo los únicos competentes en materia de normativa tributaria, deben

17 — Véase la nomenclatura que figura en el Anexo I de la Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado (DO L 178, p. 5) que establece una distinción entre las inversiones directas (categoría I), por una parte, y las inversiones financieras o en títulos (categorías III y ss.), por otra.

18 — Sentencias de 16 de julio de 1998, ICI (C-264/96, Rec. p. I-4693), apartado 21, y de 27 de septiembre de 1988, Daily Mail and General Trust plc (81/87, Rec. p. 5483), apartado 16.

ejercer esta competencia de forma que no infrinja el Derecho comunitario. En particular, no pueden recaudar impuestos que obstaculicen el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado.¹⁹

38. Denegar una exención de empresa, en la declaración relativa al Impuesto sobre el Patrimonio, al titular de acciones que posee una participación sustancial en una empresa establecida en un Estado miembro distinto de los Países Bajos puede hacer menos atractivo el desarrollo de actividades empresariales en otros Estados miembros y, por tanto, obstaculizarlos. Esto constituye una discriminación objetiva del empresario o del propietario de acciones, en función del Estado miembro en el que esté establecida la empresa.

c) Justificación

39. Habida cuenta del carácter discriminatorio de la normativa descrita, ésta sólo puede justificarse al amparo de los artículos 55 (actualmente artículo 45 CE) y 56 (actualmente artículo 46 CE, tras su modificación) o por exigencias imperativas. La indicación del Gobierno neerlandés de que la posibilidad de reducir el Impuesto sobre el Patrimonio concediendo una exención está destinada a prevenir una imposición múltiple de los mismos valores patrimoniales por parte del fisco neerlandés —por un lado, en forma del Impuesto de Sociedades

y, por otro, de Impuesto sobre el Patrimonio— no justifica la discriminación. En efecto, la denegación de una exención de empresa a las sociedades establecidas en el extranjero es independiente de su sujeción o no al Impuesto de Sociedades en este Estado. Por tanto, la normativa neerlandesa sólo evita la doble imposición de modo discriminatorio respecto al capital de las sociedades domiciliadas en el territorio nacional. Si el Impuesto sobre el Patrimonio por participaciones sustanciales en una sociedad debe reducirse debido a los impuestos que debe abonar la sociedad, esta reducción no puede depender de que la sociedad tribute en los Países Bajos o en otro Estado.

40. Sería posible una normativa no discriminatoria destinada a evitar la imposición múltiple si se regulara la exención de empresa en función de un impuesto que hubiera que abonar en el Estado del domicilio de la sociedad e independientemente del Estado miembro en el que se abona este impuesto. Por tanto, dado que el objetivo del legislador podría alcanzarse mediante una normativa no discriminatoria, no cabe justificar la normativa controvertida.

41. El hecho de que los impuestos que adeuda la sociedad no se abonen al fisco neerlandés tampoco puede justificar por sí solo la normativa neerlandesa relativa al Impuesto sobre el Patrimonio en su forma actual, dado que la reducción de ingresos

¹⁹ — Véase la sentencia *Bachmann*, citada en la nota 7.

fiscales resultante no figura entre las razones mencionadas en el artículo 56 del Tratado CE y no puede considerarse como razón imperativa de interés general.²⁰

d) Prohibición general de discriminación

42. Respecto a la prohibición general de discriminación por razón de la nacionalidad impuesta en el artículo 6 del Tratado CE (actualmente artículo 12 CE, tras su modificación) y mencionada en la primera cuestión, la Comisión señala acertadamente su carácter subsidiario explícito en relación con las disposiciones particulares del Tratado. Es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que la prohibición general de discriminación sólo es aplicable en los supuestos en los que el Tratado no contiene normas específicas de no discriminación.²¹ Por consiguiente, en el presente asunto no procede aplicar la prohibición general de discriminación.

43. En consecuencia, procede responder a la primera cuestión prejudicial de la siguiente forma:

El artículo 52 del Tratado CE (actualmente artículo 43 CE, tras su modificación) se

opone a una normativa tributaria de un Estado miembro relativa al Impuesto sobre el Patrimonio que limita la concesión de una exención por razón de una participación sustancial en una sociedad a las participaciones en sociedades domiciliadas en dicho Estado miembro.

2. Sobre la segunda cuestión

44. La respuesta propuesta a la primera cuestión permite ya al órgano jurisdiccional nacional dictar la resolución que le incumbe. No procede responder a la segunda cuestión, habida cuenta de la solución defendida en el presente asunto, ya que dicha cuestión sólo se plantea para el supuesto de que se responda negativamente a la primera. Examinaré la segunda cuestión con carácter subsidiario, para el supuesto de que el Tribunal de Justicia no siga la propuesta preconizada por mí y considere que sólo deben aplicarse las disposiciones relativas a la libre circulación de capitales.

a) Ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la circulación de capitales

45. El *Gobierno neerlandés* considera, en el presente asunto, que las disposiciones relativas a la circulación de capitales son las únicas aplicables, pero afirma que la exención de empresa no obstaculiza los flujos de capitales. Las inversiones realizadas por personas domiciliadas en los Países Bajos

20 — Sentencia ICI, citada en la nota 18, apartado 28.

21 — Véase la sentencia de 17 de mayo de 1994, *Corsica Ferries Italia* (C-18/93, Rec. p. I-1783), apartado 19. Véanse asimismo las conclusiones presentadas el 24 de junio de 1999 por el Abogado General Sr. La Pergola en el asunto *Verkooijen*, C-35/98, aún no publicadas en la Recopilación, punto 37, y la jurisprudencia citada en ellas y la sentencia de 8 de julio de 1999, *Comisión/Bélgica* (C-203/98, Rec. p. I-4899), apartado 11.

en sociedades anónimas extranjeras no se ven obstaculizadas y, como tales, no están sometidas a un impuesto especial.

46. Puesto que la *Comisión* considera que la normativa controvertida es contraria a las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento, sólo define su postura respecto a la segunda cuestión a título subsidiario.

Las alegaciones formuladas por el Gobierno neerlandés para justificar la ventaja fiscal controvertida se refieren exclusivamente a la situación en los Países Bajos y no tienen en cuenta que las empresas también deben pagar impuestos en el extranjero. Es cierto que el artículo 73 D, apartado 1, letra a), permite a los Estados miembros adoptar dos tipos de disposiciones fiscales, pero sólo si también tienen en cuenta, a este respecto, la diferencia de las situaciones. Ignorar las particularidades de cada caso constituye una discriminación arbitraria.

Apreciación

En la vista, la Comisión se refirió a criterios de interpretación que, en su opinión, deberían aplicarse. En primer lugar, señala que el objetivo del Tratado de Maastricht es realizar progresos en el ámbito de la libre circulación de capitales. Adoptar la posición defendida por el Gobierno neerlandés supondría una regresión. En segundo lugar, debe llevarse a cabo una interpretación coherente de cada uno de los Capítulos del Tratado. Por tanto, hay que establecer una relación de coherencia entre la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento. Así, cuando una disposición es incompatible con la libertad de establecimiento, tampoco puede ser, por regla general, compatible con la libre circulación de capitales. Puesto que el presente asunto no se refiere a la compatibilidad de una normativa tributaria nacional con la libre circulación de capitales en el sentido estricto del término, la problemática es idéntica a la de la compatibilidad de la disposición con la libertad de establecimiento.

47. La exención de empresa controvertida puede afectar indirectamente los flujos de capital entre Estados miembros al beneficiar exclusivamente a las empresas que ejercen una actividad en los Países Bajos y al hacer, de esta forma, menos atractivas las inversiones realizadas en una empresa establecida fuera de los Países Bajos que las realizadas en una empresa domiciliada en territorio nacional. No obstante, los movimientos de capitales no resultan directamente afectados ya que no se ven obstaculizados como tales. Lo que se hace menos atractivo no es la transferencia de capital a otro Estado miembro, sino su utilización.

48. Anteriormente ya he señalado que una medida nacional puede estar incluida en el ámbito de aplicación de distintas libertades fundamentales. Por tanto, la aplicación de las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento en el presente asunto no se

opone a la aplicación simultánea de las que rigen la circulación de capitales.

b) Infracción de las disposiciones relativas a los movimientos de capitales

49. La adquisición de acciones de una sociedad establecida en otro Estado miembro está regulada por los artículos 73 A y siguientes del Tratado CE. Antes de la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, había que aplicar la Directiva 88/361.²² El Tratado de la Unión ha incorporado al Tratado CE la libre circulación de capitales que había sido alcanzada a través del Derecho derivado. Por consiguiente podemos seguir refiriéndonos al antiguo Derecho derivado como indicio para determinar el alcance de esta libertad fundamental.

50. A diferencia de lo que ocurre en el caso de la libertad de establecimiento, la cuestión que debe dirimirse no se refiere al volumen de las acciones compradas. La adquisición o la titularidad de todas las acciones de una sociedad también está protegida por estas disposiciones puesto que, de no ser así, la protección del inversor se vería debilitada cuantas más acciones poseyera. Pero si la participación en una sociedad alcanza un volumen que permite al inversor ejercer una influencia determinante en las decisiones de la empresa, las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento se aplican con carácter complementario, al lado de las relativas a la libre circulación de capitales. Efectivamente, esta inversión cumple los requisitos materiales de aplicación del artículo 52, párrafo segundo, del Tratado CE y está protegida por el Tratado CE desde dos puntos de vista.

51. El *Gobierno neerlandés* entiende que, aun cuando la normativa controvertida constituyera una restricción a los movimientos de capitales, se justifica en virtud del artículo 73 D, apartado 1, letra a), del Tratado CE y de la Declaración (nº 7) relativa al artículo 73 D del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.²³ Además, esta normativa no contiene ninguna discriminación entre los residentes en los Países Bajos y los de otros Estados miembros.

52. La *Comisión* opina, por el contrario, que existe trato discriminatorio de los inversores que invierten en sociedades anónimas de otros Estados miembros puesto que, en definitiva, sufren una carga fiscal superior a los que invierten en sociedades establecidas en los Países Bajos, ya que estos últimos pueden acogerse a la exención controvertida. Esto hace que las inversiones sean menos atractivas en el extranjero que en territorio nacional y es contrario al artículo 1 de la Directiva 88/361²⁴ (e indudablemente, en el presente asunto, también contrario al artículo 73 B del Tratado CE).

53. Como señala acertadamente el *Gobierno neerlandés*, la normativa relativa a la exención de empresa no establece

22 — Directiva citada en la nota 17; véase el Anexo I; «III. Operaciones de títulos reservados normalmente al mercado de capitales».

23 — Tratado de la Unión Europea — Declaración relativa al artículo 73 D del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, anexo al acta final del Tratado de la Unión Europea (DO 1992, C 191, p. 99).

24 — Citada en la nota 17.

ciertamente ninguna distinción por razón de la nacionalidad o del lugar de residencia del beneficiario. La diferencia se debe, por el contrario, al lugar en el que se invierte el capital. Las personas sometidas al Impuesto sobre el Patrimonio neerlandés y que son titulares de una participación sustancial en una sociedad son tratadas de forma diferente. La exención de empresa se concede si la sociedad en la que invierte el interesado está domiciliada en los Países Bajos. El inversor que invierte en una sociedad con domicilio en otro Estado miembro soporta, en definitiva, una carga mayor que el que invierte en una sociedad neerlandesa.

54. El artículo 67, apartado 1, del Tratado CE (derogado por el Tratado de Amsterdam) también prohibía expresamente tales discriminaciones por razón de la localización de la inversión. La derogación de los artículos 67 a 73 del Tratado CE por el Tratado de Amsterdam no debe reducir actualmente el ámbito de aplicación de la libre circulación de capitales. De hecho, estas disposiciones se derogaron porque, desde el punto de vista de su contenido, habían pasado a ser superfluas debido a la consecución completa, mediante el Derecho primario, de la libre circulación de capitales en el Tratado CE. Sin embargo, pueden seguir sirviendo de indicios para determinar el alcance de esta libertad fundamental. Por consiguiente, hay que partir de la idea de que, en el marco de los movimientos de capitales, las discriminaciones por razón del lugar de la inversión siguen estando prohibidas.

55. El Gobierno neerlandés desea justificar que la exención de empresa sólo se conceda a las sociedades con domicilio social en su territorio con el objetivo de evitar la doble

imposición de la misma masa patrimonial, en concreto, a través del Impuesto sobre el Patrimonio, que adeuda el accionista, y del Impuesto de Sociedades, que adeuda la sociedad. Dado que una sociedad establecida en otro Estado miembro no está sometida al Impuesto de Sociedades en los Países Bajos, no hay motivo para conceder la exención en el marco del Impuesto sobre el Patrimonio.

56. Esta alegación no es convincente. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, una restricción discriminatoria —como la del presente asunto— sólo puede justificarse al amparo de las excepciones previstas expresamente en el Tratado.

57. Aun cuando —en contra de la tesis que defiende— quisiera considerar que la normativa controvertida no es discriminatoria no podría justificarse por razones imperativas de interés general. La exención de empresa se deniega a los propietarios de sociedades extranjeras o a los titulares de sus acciones, independientemente de la carga fiscal que soporte la sociedad en el Estado de establecimiento. Por consiguiente, la doble imposición de la misma masa patrimonial sólo se evita cuando la sociedad tiene su domicilio social en los Países Bajos, a falta de lo cual existe efectivamente doble imposición. Esta preferencia concedida a las sociedades establecidas en el territorio nacional es lo que constituye un obstáculo a las inversiones en otro Estado miembro.

58. La remisión que realiza el Gobierno neerlandés al artículo 73 D, apartado 1, letra a), del Tratado CE tampoco propor-

ción mejores resultados. Aunque esta disposición permite un trato fiscal diferente dependiendo del lugar de inversión, según el artículo 73 D, apartado 3, estas medidas no pueden constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta a la libre circulación de capitales y pagos. Por tanto, sólo están justificadas las diferencias necesarias para mantener la coherencia del sistema tributario nacional.²⁵

59. No obstante, como ya he indicado, el diferente trato que se dispensa a las inversiones dependiendo de que se realicen en territorio nacional o en el extranjero no es precisamente necesario para evitar una doble imposición de la misma masa patrimonial. El Gobierno neerlandés no ha alegado otras razones objetivas para justificar esta diferencia de trato. Por consiguiente, la negativa a conceder la exención de empresa debe considerarse como una discriminación arbitraria que no puede justificarse con arreglo al artículo 73 D, apartado 1, letra a).

60. El sentido y el alcance jurídico de la Declaración relativa al artículo 73 D del Tratado CE,²⁶ anexa al acta final del Tratado sobre la Unión Europea no tiene, en definitiva, ninguna transcendencia a este respecto. Esta declaración está redactada en los siguientes términos:

«La Conferencia afirma que el derecho de los Estados miembros a aplicar las dispo-

siciones pertinentes de su Derecho fiscal a las que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 73 D del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se aplicará únicamente a sus disposiciones pertinentes existentes al término de 1993. Sin embargo, la presente declaración será solamente aplicable a los movimientos de capitales y a los pagos entre Estados miembros».

Aunque el Gobierno neerlandés alega que la normativa ya estaba en vigor a finales de 1993, la Declaración no puede justificar en ningún caso una normativa que debe ser considerada como una «discriminación arbitraria» en el sentido del artículo 73 D del Tratado CE.

61. Por consiguiente, procede responder a la segunda cuestión del órgano jurisdiccional nacional subsidiariamente, para el supuesto de que se responda negativamente a la primera cuestión, de la siguiente forma:

Los artículos 73 B y 73 D del Tratado CE (actualmente artículos 56 CE y 58 CE) deben interpretarse en el sentido de que una disposición tributaria nacional como la descrita en la primera cuestión es incompatible con estas disposiciones.

25 — Véase la sentencia Bachmann, citada en la nota 7.

26 — Citada en la nota 23.

C. Conclusión

62. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión prejudicial de la siguiente forma:

- 1) El artículo 52 del Tratado CE (actualmente artículo 43 CE, tras su modificación) se opone a una normativa tributaria de un Estado miembro relativa al Impuesto sobre el Patrimonio que limita la concesión de una exención por razón de una participación sustancial en una sociedad a las participaciones en sociedades domiciliadas en dicho Estado miembro.

Con carácter subsidiario:

- 2) Los artículos 73 B y 73 D del Tratado CE (actualmente artículos 56 CE y 58 CE) deben interpretarse en el sentido de que una disposición tributaria nacional como la descrita en la primera cuestión es incompatible con estas disposiciones.