

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. CARL OTTO LENZ

presentadas el 7 de julio de 1987 *

*Señor Presidente,
Señores Jueces,*

A. Hechos

1. La demandada en el litigio ante el Tribunal Supremo danés —el cual dio lugar a la cuestión prejudicial hoy considerada— es una sociedad danesa de capitalización dividida en cuatro secciones gestionadas al parecer de modo independiente (incluido el aspecto contable) y que —se nos asegura— deben considerarse según el Derecho danés como sociedades autónomas con patrimonio propio. La rama C de la demandada (el litigio principal afecta a operaciones efectuadas en su sector) es una sociedad de «concentración», es decir, que el beneficio neto realizado por medio de los títulos que pertenecen a esta rama no se distribuye, sino que se añade automáticamente al haber de la misma rama (el cual, por lo demás, se calcula a partir de la cotización de los títulos disponibles y de la liquidez). Cada portador de un certificado, emitido por un importe nominal determinado, posee una cuota de tal haber y su valor (que determina la cotización de los certificados) se calcula dividiendo el haber total por el número de certificados (según aparece en los Estatutos de la Sociedad, en particular en los artículos 15, 18 y 19).

2. En diciembre de 1979, la cotización de los certificados de la rama C de la demandada alcanzó, según parece, alrededor de la cotización de 200 enteros. Puesto que, según las declaraciones de la demandada en el transcurso del procedimiento, la forma de los certificados ya no se ajustaba a la ley y

debían distribuirse por consiguiente nuevos certificados, se aprovechó igualmente tal ocasión para rebajar la cotización de los certificados, lo cual es importante para los eventuales interesados. A tal efecto, se retiraron los antiguos certificados y, sin desembolsarse ninguna cantidad, se efectuó una nueva distribución de doble número de certificados del mismo valor nominal, lo cual tuvo por efecto rebajar su cotización a 100 enteros aproximadamente.

3. Para la Administración Tributaria Danesa, esta operación, que recuerda la distribución de acciones gratuitas de las sociedades anónimas, constituía un hecho generador de un impuesto sobre las aportaciones en el sentido del apartado 3 del artículo 4 de la Ley danesa sobre el impuesto sobre las aportaciones de 23 de mayo de 1973, que prevé que el aumento del capital representado por acciones o mediante la incorporación de beneficios o reservas permanentes o provisionales (léase beneficios, reservas o provisiones) está sujeta al impuesto sobre las aportaciones. De esta forma se exigió de la demandada un impuesto sobre las aportaciones y ésta lo satisfizo efectivamente en junio de 1980 (lo cual se hizo deduciendo los impuestos liquidados en el momento de la emisión de certificados durante los años precedentes, en función de su cotización del momento).

4. Al entender la demandada que no se trata en su caso de una capitalización de beneficios o reservas permanentes o provisionales y que tampoco se produjo *aumento* del capital social (puesto que éste coincide en todo momento con el haber social de la rama C), solicitó la devolución del impuesto

* Traducido del alemán.

sobre las aportaciones liquidado, y una sentencia del Østre Landsret, de 28 de marzo de 1983, estimó en un primer momento su demanda.

5. El Ministerio danés de Hacienda llevó entonces el caso al Højesteret (Tribunal Supremo). Puesto que la ley danesa en cuestión fue adoptada en cumplimiento de la Directiva 69/335/CEE del Consejo, de 17 de julio de 1969 (EE 09/01, p. 22), relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales¹ y hay que suponer que la disposición legal citada tiene el mismo alcance que la letra a) del apartado 2 del artículo 4 de la Directiva (que considera el aumento del capital social de una sociedad de capital mediante la capitalización de beneficios o reservas permanentes o provisionales), el órgano jurisdiccional competente consideró útil solicitar la interpretación de la Directiva antes de dictar sentencia definitiva sobre el litigio. Suspendió, pues, el procedimiento del que estaba conociendo y solicitó al Tribunal de Justicia respuesta, de conformidad con el artículo 177 del Tratado CEE, a las siguientes cuestiones:

«1) ¿Deben entenderse los artículos 10 y 11 de la Directiva del Consejo de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos que gravan la concentración de capitales, en el sentido de que un Estado miembro no está autorizado para sujetar a las sociedades de capital definidas por el artículo 3 de la Directiva, respecto a las operaciones mencionadas en los artículos 10 y 11 de esta misma Directiva, a un tributo distinto del impuesto sobre las aportaciones y de los impuestos mencionados en el artículo 12?

2) Debe entenderse la letra a) del apartado 2 del artículo 4 de la Directiva en el sentido de que una ampliación de capi-

tal de una sociedad mediante la capitalización de los valores que allí se mencionan es la única condición necesaria para sujetar a esta sociedad, en cumplimiento de la disposición citada, a un impuesto sobre las aportaciones o bien el Estado miembro está facultado para percibir un impuesto sobre las aportaciones aunque haya tan sólo un aumento del capital nominal?»

6. Fueron presentadas sobre este asunto observaciones escritas (y también algunas orales) por las partes del litigio principal (actuando también el ministerio citado en nombre del Gobierno danés), por el Gobierno neerlandés y por la Comisión de las Comunidades Europeas. Sobre el contenido de tales observaciones me permito remitirme por el momento al informe para la vista.

B. Análisis

Entiendo que las cuestiones planteadas merecen la siguiente consideración.

7. 1. Hay que tener en cuenta, en primer lugar, que no se discute entre las partes del litigio principal que *la rama C de la demandada es una sociedad de capital* de las definidas por el artículo 3 de la Directiva 69/335/CEE y que, por ello, es menester saber de qué forma han de interpretarse los hechos que crean, según la Directiva, la obligación fiscal con relación a los hechos que son objeto del litigio principal. En cualquier caso, el Højesteret no planteó la cuestión de si la Directiva [que se refiere en la letra b) del apartado 1 del artículo 3 a las sociedades, asociaciones y personas jurídicas cuyas partes representativas del capital o del patrimonio social puedan ser negociadas en bolsa] se aplica también jurídicamente a las *ramas* independientes de una sociedad y no ha lugar, por tanto, a considerar posteriormente este aspecto del asunto al que únicamente se aludió al final de la vista.

¹ — DO L 249 de 3.10.1969, pp. 25 y ss. En la versión del acto relativo a las condiciones de adhesión y de adaptación de los Tratados, DO L 73 de 27.3.1972, p. 93.

8. 2. En cuanto a la *primera cuestión*, relativa a la ilegalidad de los impuestos distintos de los expresamente enumerados, todas las partes del litigio sugieren una respuesta positiva y no cabe más que sumarse a la misma si se considera la letra de las tres disposiciones contempladas con relación a la estructura global de la Directiva y a sus considerandos.

9. De esta forma, es significativo que el artículo 10 imponga a los Estados miembros la obligación de no percibir ningún impuesto al margen del impuesto sobre las aportaciones regulado por la Directiva y que se apliquen a este efecto los datos expuestos en el artículo 4 de la Directiva. Obsérvese igualmente que los Estados miembros, en virtud del artículo 11, letra a), no someterán a ninguna imposición, cualquiera que sea su forma, la creación, la emisión, la admisión para cotización en bolsa, la puesta en circulación o la negociación de acciones, participaciones u otros títulos de la misma naturaleza, así como de los certificados representativos de estos títulos. Nótese además que los Estados miembros podrán, en virtud del artículo 12, percibir otros impuestos como excepción a los artículos 10 y 11; pero se pone de manifiesto que ninguno de los correspondientes supuestos —que tienen obviamente carácter exhaustivo— presenta relación alguna con el litigio principal. Finalmente, se puede añadir el último considerando, que precisa sin lugar a dudas que, los Estados miembros no pueden mantener otros impuestos indirectos que presenten las mismas características que el impuesto sobre las aportaciones de capital o el impuesto de timbre sobre los títulos, sino que, por el contrario, deben suprimirlos, con lo que se corre el riesgo de poner en peligro los fines perseguidos por las medidas previstas en la presente Directiva.

10. 3. La *segunda cuestión* del Højesteret se refiere a la aplicación del artículo 4 de la Directiva, cuyo apartado 1 enumera las operaciones que estarán sujetas al impuesto sobre las aportaciones, y cuyo apartado 2 enumera las operaciones que los Estados miem-

bros *podrán* someter al impuesto sobre las aportaciones si lo consideran conveniente. Conviene determinar la forma en que ha de comprenderse la letra a) del apartado 2 del artículo 4 (lugar en el cual se trata del aumento del capital social de una sociedad de capital mediante la incorporación de beneficios o reservas permanentes o provisionales) y decidir si basta para ello el aumento del capital nominal (que es lo que sucedió con la demandada en el litigio principal, aun cuando la estructura de su haber social no se haya modificado en absoluto) o más bien si es la *aportación* de los valores de activo mencionados en la letra a) del apartado 2 del artículo 4, la que es decisiva, lo cual significa sin lugar a dudas que la aportación se efectúa mediante un acto específico de un órgano de la sociedad que traslada determinados activos desde el haber hacia el capital de garantía.

11. No solamente la demandada en el litigio principal, sino también en definitiva —si bien con una postura ligeramente más matizada— la Comisión, se pronunciaron en favor de esta última interpretación. Por el contrario, la apelante en el litigio principal estima que conviene responder a la cuestión planteada en el sentido de la primera parte de la alternativa, lo mismo que el Gobierno neerlandés, que estimó que, en tales operaciones (es decir, cuando se incorporan al capital de una sociedad beneficios o reservas permanentes o provisionales, sin pagar por ello ningún impuesto), en los Países Bajos se hubiera percibido sin lugar a dudas un impuesto sobre las aportaciones.

12. a) A mi entender, hay un punto fundamental que debe facilitar considerablemente la solución de este problema: hay que *dar una interpretación restrictiva* al artículo 4 de la Directiva del Consejo cuando enumera las operaciones que dan lugar al impuesto sobre las aportaciones y ello es especialmente válido respecto a su apartado 2, que permite a los Estados miembros aplicar un régimen distinto, aunque de esta forma se haga más difícil alcanzar el objetivo fijado,

que es favorecer la libre circulación de capitales mediante una imposición igual.

13. Puede pensarse que este punto se justifica, en primer lugar, a partir de ciertas posturas adoptadas por los órganos comunitarios que participaron en la adopción de la Directiva, es decir, el Comité Económico y Social y el Parlamento. Es significativo a este respecto que el Comité Económico y Social subrayara en su dictamen que debía ser posible *la supresión* de los impuestos indirectos sobre la concentración de capitales que tienen poco rendimiento y que no se integran ya en una fiscalidad racional y lamentó igualmente que no se pudiera suprimir también el impuesto sobre las aportaciones, toda vez que apenas tiene justificación desde el punto de vista económico someter a impuesto la concentración de capitales.² Hay que destacar también que una resolución del Parlamento indicó que la supresión total de los derechos de aportación sería la mejor solución y reconoció que la solución propuesta significaba un progreso esencial hacia la realización de este objetivo.³

14. A nuestro juicio, hay otra circunstancia que juega en favor de la postura de principio que consideramos justa: en los considerandos de la Directiva 85/303/CEE del Consejo (EE 09/01, p. 171), de 10 de junio de 1985, por la que se modifica la Directiva 69/335/CEE se lee que los (efectos) económicos del impuesto sobre las aportaciones son desfavorables para la concentración y el desarrollo de las empresas y, más aún, que la mejor solución para alcanzar estos objetivos (el relanzamiento de las inversiones) consistiría en *suprimir* el impuesto sobre las aportaciones.⁴ A partir de aquí, se puede llegar simplemente a la conclusión de que el

legislador comunitario aceptó, a partir de la adopción de la Directiva 69/335/CEE, una orientación que es asimismo un principio para las otras dos instituciones comunitarias.

15. *b)* A partir de esta orientación y del artículo 4, apartado 2, letra a) (que reviste una importancia especial en este caso), hay razones para creer que la disposición no considera, cuando contempla el *aumento* de capital mediante la *incorporación* de beneficios, etc..., más que los casos en que hay en una sociedad dos masas de capital distintas (que son objeto de contabilidad separada y se inscriben eventualmente en registros públicos) en los que, mediante una operación particular, se produce entre las masas de capital un deslizamiento que tiene igualmente efecto sobre el derecho de la sociedad respecto a terceros (de forma que los tenedores de partes ya no pueden disponer sin restricciones del capital así aportado y, por consiguiente, desde el punto de vista del capital, puede hablarse de un «refuerzo del potencial económico» de una sociedad, como se hizo en la sentencia del asunto 270/81⁵).

16. Por el contrario, después de esto, es difícil imaginar operaciones del estilo de las que se consideran en el litigio principal: es decir, el caso de una sociedad que no tiene más que *una* masa patrimonial que crece progresivamente, como ha quedado afirmado de entrada, por efecto de beneficios y otras fuentes, y en la cual se produce tan sólo una modificación del capital nominal, es decir, de la *clave de reparto* que permite determinar el valor de las distintas partes, sin que ello tenga efectos jurídicos directos sobre la sociedad, ya que las partes de los distintos tenedores no se modifican en su conjunto. Incluso si el valor nominal global de la totalidad de las partes se inscribe efectivamente de forma distinta en la contabilidad (lo cual, por lo que se refiere a la de-

2 — DO 133 de 22.7.1965, p. 2232. Se observará igualmente que se presentó una enmienda en el seno del Comité Económico y Social —pero fue rechazada— con objeto de suprimir totalmente los supuestos de imposición facultativa del apartado 2 del artículo 4.

3 — DO 119 de 3.7.1965, p. 2057.

4 — DO L 156 de 15.6.1985, p. 23.

5 — Sentencia de 15 de julio de 1982 en el asunto 270/81, Felicitas Rickmers-Linie KG & Co./Finanzamt für Verkehrsteuern in Hamburg, Rec. 1982, p. 2771.

mandada en el litigio principal, no nos parece que haya sido discutido en el procedimiento) y si se precisa una decisión de la Junta General para la modificación de los certificados, ello no es suficiente de por sí para que pueda creerse que hubo un aumento de capital en el sentido de la Directiva. Por el contrario, en el caso de que tal operación dé lugar a una imposición, conviene considerar el artículo 11 de la Directiva, según el cual está expresamente prohibido sujetar a impuesto la *creación, emisión y puesta en circulación* de títulos.

17. c) Cabe añadir a esto que parece, sin duda alguna, perfectamente posible aplicar el impuesto sobre las aportaciones a los aumentos del haber social del tipo de los que se producen en una sociedad «de concentración». Pero es evidente que ello exige disposiciones especiales. A falta de las mismas en la Directiva, y no estando adaptada para semejante caso la disposición del artículo 5 de la Directiva sobre el cálculo del impuesto sobre las aportaciones, no cabe otra actitud que ser proclive a afirmar que las operaciones que son objeto del litigio principal no entran dentro del campo de la Directiva.

18. Los aumentos del haber social se producen para una sociedad de «concentración» en gran número de operaciones a lo largo del año. Como no cabe ciertamente ver en cada una de ellas la realización de un hecho generador del impuesto sobre las aportaciones, se hubiera debido determinar el momento a considerar para una sociedad de este tipo. Ahora bien, la Directiva no contiene ninguna especificación en este sentido.

19. Por otra parte, no tendría sentido el no referirse más que a una modificación del valor nominal de los certificados distribuidos. Las sociedades sujetas a la imposición podrían simplemente renunciar a la misma, sustrayéndose de esta forma sin dificultades

a la imposición. También tienen la posibilidad —la demandada lo demostró mediante algunos ejemplos unidos a sus observaciones escritas— de influir sobre el cálculo del impuesto sobre las aportaciones en función del nivel de las cotizaciones que pretenden, lo cual ciertamente no es aceptable.

20. d) Por el contrario, parece que varias alegaciones expuestas por la demandante en apoyo de su tesis no añaden nada decisivo.

21. Así ocurre, en primer lugar, cuando indica que la Directiva 69/335/CEE, como lo demuestra el artículo 3, apartado 1, letra b), ya citado, se aplica a todas las sociedades de capital posibles (y, por ello, no sería procedente si se deben distinguir o no distintas masas patrimoniales en función de las disposiciones contables), y cuando se refiere al artículo 5, apartado 1, letra c), según el cual lo que importa es el importe nominal de un aumento de capital.

22. Efectivamente, no cabe deducir del simple hecho que la Directiva tenga un amplio campo de aplicación por lo que se refiere a las sociedades afectadas, que las operaciones del tipo de las descritas en el artículo 4, apartado 2, letra a), de la Directiva, utilizando criterios bien precisos, puedan también contemplarse en cualquier sociedad de este tipo, con independencia de su estructura.

23. Por otra parte, por lo que se refiere al artículo 5, apartado 1, letra c), parece del todo falso, en primer lugar, querer sacar de una disposición relativa al *cálculo* del impuesto sobre las aportaciones datos para la interpretación de la disposición que describe los hechos generadores del impuesto sobre

las aportaciones. Además, está claro que la disposición citada (que pretende excluir que se funde en la cotización de los títulos distribuidos con ocasión de un aumento de capital) no se adapta exactamente a las operaciones del tipo de las que aquí nos interesan.

24. Se impone la misma conclusión cuando el demandante se refiere a los considerandos de la Directiva (uno de cuyos pasajes indica que la armonización de tales impuestos que gravan la concentración de capitales debe concebirse de tal manera que las repercusiones presupuestarias para los Estados miembros se reduzcan al mínimo), y cuando admite que el impuesto sobre las aportaciones (como reza una declaración del Ministro ante el Parlamento) ha sustituido fundamentalmente en Dinamarca al impuesto del timbre (que se aplicaba manifiestamente a operaciones del estilo de las que nos interesan aquí).

25. El citado considerando no puede justificarse por sí sólo una ampliación de los hechos generadores de imposición que se han previsto, aunque sólo fuera, abstracción hecha de la interpretación restrictiva que se impone, como ya hemos visto en la introducción, porque los considerandos muestran igualmente que no cabe permanecer en todos los casos en el *statu quo ante*, lo cual es evidente en los procesos de armonización.

26. Si hay que admitir, por otra parte, que un canje de certificados del tipo del que

debe juzgar el órgano jurisdiccional competente estaba sujeto en el pasado al impuesto del timbre, ello no puede dar ninguna indicación para la interpretación de la Directiva comunitaria, por cuanto no se basa en la emisión de títulos⁶ y por cuanto se debe llegar, según ella —en interés de la unificación del Derecho para facilitar la circulación de capitales—, a la supresión de los supuestos de imposición particulares e internos.

27. Finalmente, de nada sirve señalar que los objetivos atribuidos a la demandada los puede igualmente perseguir una sociedad anónima como tampoco admitir, como lo demuestra la evolución legislativa, que se han asimilado desde el punto de vista fiscal las sociedades del tipo de la demandada y las sociedades anónimas o las de responsabilidad limitada.

28. Lo que importa es, precisamente, el hecho que la sociedad demandada no reviste la forma de una sociedad anónima sino que está estructurada de forma claramente distinta (es decir, de una forma que no existen masas de capital distintas sujetas a disposiciones distintas). Por lo demás, si se podría efectivamente apreciar en Dinamarca esta evolución legislativa (es significativo que no se ha hablado más que de una *aproximación* fiscal), ello no permite afirmar que análoga aproximación o asimilación hayan sido consideradas oportunas a nivel comunitario, precisamente en materia de impuesto sobre las aportaciones.

C. Conclusión

A partir de estas consideraciones, tengo que proponer las siguientes respuestas a las cuestiones del Højesteret:

6 — Véase artículo 11.

29. «a) Los artículos 10 y 11 de la Directiva 69/335/CEE del Consejo deben interpretarse en el sentido que un Estado miembro no está autorizado para aplicar, a las sociedades de capital definidas por el artículo 3 de la Directiva, una tributación distinta del impuesto sobre las aportaciones y de los impuestos mencionados en el artículo 12, respecto a las operaciones mencionadas en los artículos 10 y 11 de la misma Directiva.

30. b) El artículo 4, apartado 2, letra a), de la Directiva debe ser interpretado en el sentido de que el impuesto sobre las aportaciones no puede percibirse más que cuando se produce una ampliación del capital social realizada de forma diferenciada, mediante una aportación expresa de los valores de activo que se mencionan en la disposición, en tanto que un simple aumento del capital nominal en forma de un aumento nominal del número de certificados no es suficiente.»