

**Asunto C-707/20****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:**

30 de diciembre de 2020

**Órgano jurisdiccional remitente:**

Upper Tribunal (Tax and Chancery Chamber) [Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo (Sala de Asuntos Tributarios y de los Mercados Regulados), Reino Unido]

**Fecha de la resolución de remisión:**

29 de diciembre de 2020

**Parte recurrente:**

Gallaher Limited

**Parte recurrida:**

The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs  
(Administración Tributaria y Aduanera del Reino Unido)

**Objeto del procedimiento principal**

La cuestión fundamental que se plantea en el litigio principal es si, a consecuencia de una sucesión de enajenaciones de bienes intangibles (acciones y propiedad intelectual) realizadas en el seno de un grupo de sociedades, cuyas filiales están establecidas en el Reino Unido (en aquel momento, un Estado miembro), en otro Estado miembro y en terceros países, el impuesto de salida que se aplica de forma inmediata a una filial establecida en el Reino Unido, en su condición de transmitente de los activos, por un lado, directamente a su matriz establecida en otro Estado miembro y, por otro lado, a una sociedad hermana, enteramente participada por su matriz establecida en la Unión, debe ir acompañado, de conformidad con el Derecho de la Unión, de la opción de diferir el pago de dicho gravamen que la mencionada filial establecida en el Reino Unido habría tenido en caso de que las restantes sociedades de su grupo también hubieran estado establecidas en el Reino Unido, para constituir una solución proporcionada y, por tanto, un medio de justificación, frente a una restricción a la libertad de

establecimiento y, potencialmente, a la libre circulación de capitales. De existir ese derecho de diferimiento, el órgano jurisdiccional remitente solicita aclaraciones sobre su naturaleza y modalidades de aplicación.

### **Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial**

Libertad de establecimiento y libre circulación de capitales — Impuesto sobre las plusvalías aplicado a una transmisión de acciones y de marcas intragrupo fuera del ámbito de la potestad tributaria de un Estado miembro — Derecho de diferimiento del pago para filiales nacionales integradas en grupos nacionales pero no para transmisiones en el seno de grupos establecidos en el extranjero.

La petición se plantea con arreglo al artículo 267 TFUE.

### **Cuestiones prejudiciales**

- 1) ¿Puede invocarse el artículo 63 TFUE frente a una normativa nacional como las Group Transfer Rules (Reglamento de transmisiones intragrupo), que únicamente se aplica a grupos de sociedades?
- 2) En caso de que el artículo 63 TFUE no pueda invocarse frente al Reglamento de transmisiones intragrupo, ¿puede invocarse no obstante:
  - a) en relación con movimientos de capitales entre una matriz establecida en un Estado miembro y una filial suiza, cuando la matriz posee el 100 % del capital social tanto de la filial suiza como de la filial del Reino Unido a la que se aplica el impuesto;
  - b) en relación con un movimiento de capitales entre una filial enteramente participada establecida en el Reino Unido y una filial suiza enteramente participada por la misma matriz, establecida en un Estado miembro de la Unión, dado que ambas sociedades son sociedades hermanas y no tienen una relación de matriz-filial?
- 3) Una normativa, como el Reglamento de transmisiones intragrupo, que grava de forma inmediata la cesión de activos entre una sociedad establecida en el Reino Unido y una sociedad hermana establecida en Suiza (y que no desarrolla actividades en el Reino Unido a través de un establecimiento permanente), ambas enteramente participadas por una matriz común, establecida en otro Estado miembro, mientras que dicha cesión sería neutra desde el punto de vista fiscal si la sociedad hermana también estuviera establecida en el Reino Unido (o desarrollara en su territorio una actividad a través de un establecimiento permanente) ¿constituye una restricción a la libertad de establecimiento de la matriz consagrada en el artículo 49 TFUE o, en su caso, una restricción a la libre circulación de capitales prevista en el artículo 63 TFUE?

- 4) Partiendo de la premisa de que el artículo 63 TFUE puede invocarse:
- a) ¿Constituye un movimiento de capitales a efectos del artículo 63 TFUE la cesión de las Marcas y demás activos conexos por parte de GL a favor de JTISA, a cambio de una contraprestación que pretende reflejar el valor de mercado de las Marcas?
  - b) ¿Constituyen inversiones directas a efectos del artículo 64 TFUE los movimientos de capitales entre JTIH y JTISA, su filial establecida en Suiza?
  - c) Habida cuenta de que el artículo 64 TFUE solo se aplica a determinados movimientos de capitales, ¿puede aplicarse el citado artículo 64 TFUE cuando los movimientos de capitales pueden considerarse tanto inversiones directas (mencionadas en el artículo 64 TFUE) como otro tipo de movimientos de capitales no indicado en el artículo 64 TFUE?
- 5) En caso de que exista una restricción, sin que se discuta que está en principio justificada por razones imperiosas de interés general (a saber, la necesidad de preservar el reparto equilibrado de la potestad tributaria), ¿es dicha restricción necesaria y proporcionada, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando el sujeto pasivo de que se trata ha obtenido, por la enajenación del activo, una contraprestación igual al pleno valor de mercado de dicho activo?
- 6) En caso de que se haya vulnerado la libertad de establecimiento y/o la libre circulación de capitales:
- a) ¿Exige el Derecho de la Unión que la normativa nacional no se aplique o se interprete de un modo que reconozca a GL la opción de diferir el pago del impuesto?
  - b) En tal caso, ¿exige el Derecho de la Unión que la normativa nacional no se aplique o se interprete de un modo que reconozca a GL la opción de diferir el pago del impuesto hasta que los activos se enajenen fuera del subgrupo del que la sociedad establecida en el otro Estado miembro es matriz (es decir, conforme al criterio de la materialización) o constituye una solución proporcionada ofrecer la opción de diferir el pago del impuesto en varias cuotas (es decir, conforme al criterio del pago a plazos)?
  - c) En caso de que la opción de pagar el impuesto a plazos sea, en principio, una solución proporcionada:
    - i. ¿Es así únicamente en caso de que la normativa nacional prevea esa opción en el momento en que se cedieron los activos o es compatible con el Derecho de la Unión que esa opción se

reconozca *a posteriori* (es decir, que un órgano jurisdiccional nacional ofrezca esa opción después de producirse los hechos recurriendo a una interpretación conforme o dejando inaplicada la normativa nacional)?

- ii. ¿Exige el Derecho de la Unión a los órganos jurisdiccionales nacionales que ofrezcan una solución que interfiera lo menos posible con la libertad reconocida por el Derecho de la Unión o es suficiente con que los tribunales nacionales proporcionen una solución que, a pesar de ser proporcionada, se aparta del Derecho nacional en la menor medida posible?
- iii. ¿Qué período de diferimiento procede aplicar?
- iv. ¿Es contraria al Derecho de la Unión una solución que prevé un plan de pago en el que las cuotas han vencido antes de la fecha en la que la controversia entre las partes haya quedado resuelta de forma definitiva? Es decir, ¿deben ser necesariamente futuras las fechas de vencimiento de los plazos?

### **Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas**

Artículo 49 TFUE (libertad de establecimiento) y artículos 63 TFUE y 64 TFUE (libre circulación de capitales)

### **Disposiciones de Derecho nacional invocadas**

A diferencia de lo que ocurre con los regímenes aplicables en otros Estados miembros, en virtud de los cuales los resultados fiscales deben consolidarse al nivel de la matriz establecida en el territorio nacional (principios de «unidad fiscal/consolidación fiscal»), el régimen tributario del Reino Unido parte de una definición de grupo <sup>1</sup> que engloba a todas las sociedades, residentes o no, sujetas a la titularidad y al control común de una sociedad principal del grupo. A partir de ahí, se aplican distintas normas fiscales a las sociedades pertenecientes a dicho grupo, sujetas al impuesto de sociedades. Cada una de esas sociedades conserva, sin embargo, su «identidad» tributaria independiente y tributa y está sujeta a imposición por sus beneficios individuales. La normativa nacional considera neutras a efectos fiscales las cesiones intragrupo entre sociedades establecidas en el Reino Unido, al margen de la plusvalía efectivamente obtenida. <sup>2</sup> Con arreglo a los convenios para evitar la doble imposición en los que el Reino Unido es parte,

<sup>1</sup> Artículo 170 de la Taxation of Chargeable Gains Act (Ley de imposición de las plusvalías gravadas) de 1992 y capítulo 8, parte 8, de la Corporation Tax Act (Ley del impuesto de sociedades) de 2009.

<sup>2</sup> Artículo 171 de la Ley de imposición de las plusvalías gravadas de 1992 y el artículo 775 de la Ley del impuesto de sociedades de 2009.

se aplica un «impuesto de salida» cuando los activos gravados abandonan el ámbito de la potestad tributaria del Reino Unido.

El artículo 59D de la Taxes Management Act (Ley de gestión tributaria) de 1970 dispone que el impuesto de sociedades debe liquidarse nueve meses después del cierre del correspondiente ejercicio y, con arreglo al artículo 87A, el importe no liquidado devenga intereses a partir de ese momento.

El artículo 2 de la European Communities Act (Ley de las Comunidades Europeas) de 1972 exige que toda la normativa nacional se interprete de conformidad con el Derecho de la Unión («interpretación conforme») o, cuando no sea posible, que se deje inaplicada.

### **Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal**

- 1 Japan Tobacco Inc. (en lo sucesivo, «Grupo GT») es un grupo internacional de sociedades estructurado a través de múltiples matrices intermedias y filiales hermanas establecidas en diversos países, tanto Estado miembros como terceros países.
- 2 En 2011, una filial en el Reino Unido (Gallaher Ltd; en lo sucesivo, «GL») de una matriz (intermedia) neerlandesa (JT International Holding BV; en lo sucesivo, «JTIH») transmitió propiedad intelectual, en particular, marcas, a una de sus filiales hermanas, establecida en Suiza (JT International SA; en lo sucesivo, «JTISA») por su valor de mercado. La filial hermana suiza financió el precio de compra a través de un préstamo concedido por la matriz neerlandesa. El precio de venta que la filial hermana del Reino Unido recibió se abonó, entre otras cosas, mediante dividendos a lo largo de la cadena de sociedades matrices intermedias y filiales establecidas en el Reino Unido hasta la sociedad matriz neerlandesa.
- 3 En esencia, en 2014, la filial del Reino Unido transmitió la totalidad de las acciones de una de sus propias filiales a la matriz (intermedia) neerlandesa (en lo sucesivo, «transmisión de 2011»).
- 4 No se discute que, al margen de evitar principalmente el pago de impuestos, existían motivos comerciales que justificaban las cesiones de los activos de que se trata, en particular la maximización del valor de la marca, y la simplificación de la estructura del grupo.
- 5 HMRC es el órgano encargado de la gestión y recaudación del impuesto de sociedades en Reino Unido. De conformidad con la normativa relativa al impuesto de salida sobre plusvalías y beneficios obtenidos por la cesión de activos fuera del ámbito de la potestad tributaria del Reino Unido, HMRC extendió actas parciales de inspección el 6 de febrero de 2018, en relación con las marcas, y el 17 de julio de 2018, en relación con las acciones, en las que determinó el importe de las plusvalía y beneficios gravados —inmediatamente exigibles— obtenidos por GL durante los ejercicios pertinentes. GL recurrió dichas actas ante el First-tier

Tribunal (Tax Chamber) [Tribunal de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo (Sala de asuntos tributarios)], que consideró que el acta relativa al impuesto sobre la transmisión de las acciones era contraria al Derecho de la Unión pero no así la relativa al impuesto sobre la cesión de las marcas. Tanto GL como HMRC recurrieron la sentencia referida al impuesto sobre la cesión de las marcas y de las acciones, respectivamente, ante el Upper Tribunal (Tax and Chancery Chamber) [Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo (Sala de Asuntos Tributario y de los Mercados Regulados), órgano jurisdiccional remitente.

### **Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal**

#### ***Sobre la existencia de una restricción a la libre circulación de capitales y/o a la libertad de establecimiento***

- 6 En lo que respecta a la enajenación de acciones en 2014, las partes están de acuerdo en que la matriz establecida en la Unión, JTIH, ha ejercitado su libertad de establecimiento, que se ha dispensado a esa sociedad del grupo, establecida en otro Estado miembro, un trato distinto del que recibiría una sociedad de un grupo nacional y que, por consiguiente, esa libertad se ha visto restringida.
- 7 En cuanto a la enajenación de las marcas en 2011, HMRC sostiene que la única libertad aplicable es la libertad de establecimiento, en virtud de la cual no estaría justificado realizar un examen independiente de la legislación pertinente a la luz de la libre circulación de Thinales.<sup>3</sup> Dicho órgano aduce que la libertad de establecimiento de la matriz establecida en la Unión no se ha visto restringida, pues el lugar de establecimiento o la nacionalidad de una matriz común carece de pertinencia. El tributo de que se trata se devenga en el momento de la enajenación de un activo por una filial establecida en Reino Unido a una sociedad hermana que está establecida en un tercer país. GL alega que el impuesto de salida existente hace menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento por parte de su matriz, establecida en otro Estado miembro. GL arguye, con carácter subsidiario, que el derecho de la matriz neerlandesa a la libre circulación de capitales también se visto restringido de forma desproporcionada. En apoyo de esa alegación aduce que no es necesario, para poder ampararse en la libre circulación de capitales, que las dos filiales controladas por la matriz, establecida en la Unión, estén establecidas en Estados miembros. HMRC replica que no se ha producido una restricción a la libre circulación de capitales porque la filial del Reino Unido no ha sido tratada de un modo menos favorable por el hecho de que su matriz indirecta esté establecida en los Países Bajos. El impuesto de salida se habría devengado exactamente del mismo modo en caso de que la matriz neerlandesa hubiese tenido la nacionalidad británica o hubiera estado establecida en el Reino Unido. HMRC sostiene asimismo que la venta de activos comerciales, como marcas, no es un

<sup>3</sup> Asunto C-196/04, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, apartado 32; Thin Cap, apartado 33, y asunto C-35/11, Test Claimants in the FII Group Litigation (en lo sucesivo «sentencia FII 2»).

movimiento de capitales en el sentido del artículo 63 TFUE, pese a no estar incluidas en la nomenclatura de los movimientos de capitales<sup>4</sup> como inversiones directas.

### *Sobre la justificación de una eventual restricción*

- 8 HMRC sostiene que cualquier eventual restricción es proporcionada y está justificada por razones imperiosas de interés general, en particular, por la necesidad de preservar el reparto equilibrado de la potestad tributaria. Aduce que el presente asunto puede distinguirse de aquellos que dieron lugar a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de impuestos de salida en que, en lo que respecta a la operación gravada en este caso concreto, el transmitente obtuvo efectivamente plusvalías al recibir el valor íntegro de mercado de las acciones, de modo que no se plantea el problema de liquidez que justifica el diferimiento de un impuesto de salida. Además, no se trataba de una reestructuración, sino simplemente de «una enajenación directa de un activo por parte de una entidad a favor de otra». GL sostiene que, en lo que respecta al grupo, no se ha «materializado de forma significativa» ninguna plusvalía (es decir, a través del complejo conjunto de préstamos financieros intragrupo que ha servido para financiar el precio establecido en el contrato de compraventa) de modo que resulta efectivamente aplicable el motivo relativo a la liquidez que subyace a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la necesidad de incluir una opción de diferimiento.

### *Sobre la solución*

- 9 Aunque no discrepan sobre la cuantía del impuesto, las partes están asimismo en desacuerdo en lo que respecta a la solución apropiada que debe adoptarse en caso de que el impuesto de salida constituya una restricción no justificada. Partiendo de la premisa de que una solución proporcionada es la que interfiere en la menor medida posible con la normativa nacional, HMRC aduce que el abono debería realizarse conforme al criterio del pago a plazos. GL considera fundamentalmente que una solución proporcionada es la que interfiere en la menor medida posible con el Derecho de la Unión, es decir, la que restringe en la menor medida posible la libertad vulnerada, de modo que el pago debería diferirse conforme al criterio de la materialización. HMRC aduce que el diferimiento conforme al criterio de la materialización menoscabaría la eficacia del impuesto de salida pues el activo subyacente quedaría fuera del ámbito de su potestad tributaria. HMRC afirma que un diferimiento de pago a lo largo de cinco años, con devengo de intereses con arreglo al régimen nacional general, resultaría proporcionado. En el presente asunto, a raíz del efecto suspensivo del procedimiento nacional, el impuesto sería entonces inmediatamente pagadero, dado que han transcurrido más de cinco años desde que se produjo el hecho imponible. A este respecto, GL alega que cualquier

<sup>4</sup> 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 1988, L 178, p. 5).

diferimiento debe establecerse a futuro para constituir una solución proporcionada y que, por consiguiente, debería establecerse a partir de la fecha en que se dicte una resolución definitiva en el litigio principal.

### **Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial**

- 10 La cuestión que se plantea en el procedimiento principal es si la aplicación de un impuesto a la enajenación de acciones y marcas, sin derecho a diferir su pago, es compatible con el Derecho de la Unión— más concretamente, con la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 49 TFUE, en lo que respecta a ambas enajenaciones y, además, con el derecho a la libre circulación de capitales prevista en el artículo 63 TFUE, en lo que respecta a la enajenación de las marcas. De ser contraria al Derecho de la Unión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si la solución que ha de adoptarse es que el impuesto se abone con arreglo al criterio del pago a plazos o conforme al criterio de la materialización.
- 11 El órgano jurisdiccional remitente considera que no existe ninguna controversia que guarde directamente relación con la normativa que prevé que las transmisiones intragrupo de activos sean neutras desde el punto de vista fiscal cuando la sociedad sujeto pasivo ha obtenido el valor íntegro de mercado de esos activos. Este asunto plantea diversas variantes fácticas en las que cabe razonablemente sostener posturas discrepantes sobre cuestiones clave del Derecho de la Unión que resultan esenciales para adoptar una decisión y que pueden aplicarse más allá de los hechos concretos del presente asunto. Las cuestiones prejudiciales 1 a 4 guardan relación, en exclusiva, con la cesión de las marcas, principalmente con respecto a la libre circulación de capitales y también a la interacción entre esa libre circulación y la libertad de establecimiento (cuestión prejudicial 3). Las cuestiones prejudiciales 5 y 6 tienen por objeto la proporcionalidad del impuesto de salida en relación con ambas cesiones de activos.
- 12 La novedad en lo que respecta a la enajenación de las marcas de 2011 radica en el contexto tripartito en el que se produjo, y en el que la matriz afirma que su libertad para constituir una filial en otro Estado miembro se ve restringida por un impuesto de salida que se aplica a las transmisiones entre esa filial y una de las sociedades hermanas de esa filial, ambas enteramente participadas por la matriz. Conforme al planteamiento de comparación fáctica aplicado en la sentencia dictada en el asunto C-418/07, el impuesto de salida exigible de forma inmediata con arreglo al Derecho nacional hace, como mínimo, supuestamente menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento para una sociedad matriz establecida en otro Estado miembro. Se ha alegado que la sentencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto C-524/04, *Thin Cap*, en la que dicho Tribunal declaró que la libertad de establecimiento se veía restringida por la limitación de la posibilidad de deducir intereses tanto si (1) los préstamos habían sido concedidos por la matriz de la Unión de una filial del Reino Unido, como si (2) los préstamos habían sido concedidos por otra filial de la matriz de la Unión,

resulta aplicable en el presente asunto. Sin embargo, en virtud de esa misma jurisprudencia, cabría considerar que la situación fáctica consistente en la posesión de una participación de control en el capital de otra sociedad, no determina la libertad que resulta aplicable, sino si las disposiciones legales examinadas están concebidas para ser aplicadas a relaciones intragrupo. La normativa aplicable a los grupos de sociedades guarda relación con la libertad de establecimiento, no con la libre circulación de capitales.

- 13 Sobre si las «marcas» son «capitales» a efectos de la libre circulación de capitales antes mencionada, puede considerarse que son «haber constituidos», según interpretó el Tribunal de Justicia en la sentencia dictada en el asunto C-182/08<sup>5</sup> o que guardan relación con la venta de activos comerciales pero no con una operación financiera (sentencia dictada en los asuntos acumulados C-286/82 y C-26/83).<sup>6</sup>
- 14 En lo concerniente a la proporcionalidad del impuesto de salida, se ha alegado que las sentencias dictadas en los asuntos C-371/10, National Grid, C-164/12, DMC, y C-657/13, LabTec, entre otras, declaran que es proporcionado que un Estado miembro determine el importe del impuesto en el momento en el que los activos son transferidos fuera del ámbito de su potestad tributaria, pero que la aplicación inmediata de un impuesto de salida sin opción de diferirlo es desproporcionada. Sin embargo, es discutible que la razón en la que la jurisprudencia existente se apoyó para justificar el diferimiento, a saber, las desventajas de tesorería para la sociedad sujeto pasivo, exista en el presente asunto, dado que los activos se han vendido por su valor de mercado.

<sup>5</sup> Glaxo Wellcome, apartados 42 y 43.

<sup>6</sup> Luisi y Carbone, apartado 20 a 22.