

**Asunto C-685/23****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:**

15 de noviembre de 2023

**Órgano jurisdiccional remitente:**

Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa — CAAD) [Tribunal Arbitral Tributario (Centro de Arbitraje Administrativo — CAAD) (Portugal)]

**Fecha de la resolución de remisión:**

10 de noviembre de 2023

**Parte demandante:**

Corner and Border SA

**Parte demandada:**

Autoridade Tributária e Aduaneira (Administración Tributaria y Aduanera)

**Objeto del procedimiento principal**

La presente petición de decisión prejudicial se plantea en el contexto de un litigio entre Corner and Border SA (en lo sucesivo, «C&B»), por un lado, y la Administración Tributaria y Aduanera (en lo sucesivo, «Administración Tributaria»), por el otro, en el que la primera solicita la declaración de ilegalidad y la consiguiente anulación de una liquidación del impuesto sobre actos jurídicos documentados practicada el 27 de enero de 2022 por importe de 2 093 400 euros, en relación con un conjunto de garantías otorgadas con respecto a un empréstito de obligaciones para financiar el pago del precio de compraventa de las acciones de dos sociedades y refinanciar la deuda de dichas sociedades.

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

Esta petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 5, apartado 2, letra b), y 6, apartado 1, letra d), de la Directiva 2008/7/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales (DO 2008, L 46, p. 11).

## **Cuestiones prejudiciales**

- 1) ¿Debe interpretarse el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2008/7/CE del Consejo, de 12 de febrero, en el sentido de que se opone a que se sujeten a tributación en concepto del impuesto sobre actos jurídicos documentados garantías consistentes en prendas sobre acciones, sobre saldos de cuentas bancarias y sobre créditos de accionistas y en cesiones de créditos en garantía, otorgadas en relación con una operación de emisión de obligaciones?
- 2) ¿Será distinta la respuesta a la primera cuestión prejudicial en función de que el otorgamiento de garantías constituya una obligación legal o de que sea facultativo y se haya convenido voluntariamente?
- 3) ¿Será distinta la respuesta a la primera cuestión prejudicial en caso de que las garantías se hayan otorgado en el contexto de una operación de emisión de obligaciones sujeta a suscripción particular por una entidad bancaria, cuya posición de suscriptor puede ser transferida por voluntad de la entidad emisora, aun cuando dicha transferencia esté supeditada a determinadas condiciones y a penalizaciones/comisiones?
- 4) ¿Debe interpretarse el artículo 6, apartado 1, letra d), de la Directiva 2008/7/CE del Consejo, de 12 de febrero, en el sentido de que comprende las garantías consistentes en prendas sobre acciones, sobre saldos de cuentas bancarias y sobre créditos de accionistas y en cesiones de créditos en garantía, otorgadas en relación con una operación de emisión de obligaciones incluida en el ámbito de aplicación del artículo 5, apartado 2, letra b), de esa misma Directiva?

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

Directiva 2008/7/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales: artículos 1, 5, apartado 2, letras a) y b), y 6, apartado 1, letra d)

Sentencia de 19 de octubre de 2017, Air Berlin (C-573/16, EU:C:2017:772), apartado 32

Sentencia de 22 de diciembre de 2022, IM Gestão de Ativos y otros (C-656/21, EU:C:2022:1024), apartado 28

Auto de 19 de julio de 2023, A (Impuesto que grava la comercialización de títulos) (C-335/22, EU:C:2023:603), apartados 24 a 28

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

Código do imposto do selo (Código del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados): artículo 1 y rúbrica 10.3 de la Tabela Geral do Imposto do Selo (Tarifa General del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados)

#### Artículo 1

##### Ámbito de aplicación objetivo

1. El impuesto sobre actos jurídicos documentados grava todos los actos, contratos, documentos, títulos, escritos y otros hechos o situaciones jurídicas previstos en la Tarifa General, incluidas las transmisiones de bienes a título gratuito.

[...]

10 Garantías de obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza o forma, en particular, avales, cauciones, garantías bancarias autónomas, fianzas, hipotecas, prendas y seguros de caución, salvo cuando sean sustancialmente accesorias a contratos que ya estén sujetos a tributación en virtud de la presente tarifa y se constituyan al mismo tiempo que la obligación garantizada, incluso en un instrumento o título distinto, por su respectivo valor, en función del plazo, considerándose una nueva operación toda prórroga de la vigencia de un contrato:

[...]

10.3 Garantías no sujetas a plazo o con un plazo igual o superior a cinco años  
0,6 %.

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

- 1 C&B es una sociedad anónima de Derecho portugués, con domicilio social en Lisboa, enteramente participada por ONEX RENEWABLES Sàrl, sociedad de responsabilidad limitada inscrita en el Registro Mercantil y de Sociedades de Luxemburgo (R.C.S. Luxembourg) con el número B255771 y con número portugués de entidad asimilada (en lo sucesivo, «ONEX»).
- 2 El 21 de julio de 2021, ONEX adquirió de EDP RENEWABLES, SGPS, SA, una sociedad anónima de Derecho portugués (en lo sucesivo, «EDPR»), la totalidad del capital social de ÉOLICA DO SINCELO, SA, sociedad anónima de Derecho portugués con domicilio social en Oporto (en lo sucesivo, «ES») y de ÉOLICA DA LINHA, SA, sociedad anónima de Derecho portugués con domicilio social en Oporto (en lo sucesivo, «EL»).

- 3 El 29 de julio de 2021, ONEX cedió a C&B su posición contractual en el contrato de compraventa de las acciones de ES y EL mencionado en el apartado anterior.
- 4 El 27 de enero de 2022, C&B celebró un contrato de financiación denominado *Facilities Agreement*, en virtud del cual emitió un empréstito de obligaciones, con obligaciones nominativas y representadas mediante anotaciones en cuenta, con un valor nominal de 100 000 euros por título, por un importe total 348 900 000 euros, dividido en dos clases de obligaciones («A» y «B»), suscritas en su totalidad por BANCO SANTANDER TOTTA, SA (en lo sucesivo, «BST»).
- 5 En el *Facilities Agreement*, se establecía que C&B, en su condición de entidad emisora, podía decidir transferir la posición contractual de suscriptor asumida por BST, mediando penalizaciones/comisiones.
- 6 Las obligaciones emitidas debían registrarse y ser custodiadas en Interbolsa, en su calidad de sociedad gestora de sistemas de liquidación y de sistemas centralizados de valores mobiliarios de la Comissão dos Valores Mobiliários (Comisión de Valores Mobiliarios).
- 7 El *Facilities Agreement* se celebró con la finalidad de financiar el pago del precio de compraventa de las acciones de ES y EL y de refinanciar la deuda de dichas sociedades.
- 8 En garantía del cumplimiento de todas las obligaciones y responsabilidades asumidas en virtud del *Facilities Agreement*, ONEX, C&B, ES y EL otorgaron ciertas garantías reales o personales mediante el contrato denominado *Security Agreement* (Contrato de Garantías) celebrado entre estas sociedades, en su condición de garantes, y BST, en calidad de beneficiario y agente de garantías.
- 9 En virtud del *Security Agreement*, ONEX otorgó las siguientes garantías y promesas de garantía:
  - prenda de primer rango sobre las acciones de C&B y sobre los derechos inherentes correspondientes;
  - promesa de prenda sobre las nuevas acciones que C&B emita y sobre los derechos inherentes correspondientes;
  - prenda de primer rango sobre cualesquiera créditos existentes [resultantes de prestaciones accesorias, prestaciones adicionales, préstamos u otras deudas subordinadas, otros tipos de cuasicapital u otras formas de financiación en especie o en efectivo (créditos de accionistas)] de que sea titular ONEX, en su condición de sociedad matriz, frente a C&B, y
  - promesa de prenda sobre los futuros créditos de accionistas que ONEX adquiera en el futuro.

- 10 En virtud del *Security Agreement*, C&B otorgó las siguientes garantías y promesas de garantía:
- prenda de primer rango sobre las acciones de ES y de EL y sobre los derechos inherentes correspondientes;
  - promesa de prenda sobre las nuevas acciones que ES y EL emitan y sobre los derechos inherentes correspondientes;
  - prenda de primer rango sobre cualesquiera créditos de accionistas existentes de que sea titular C&B, en su condición de sociedad matriz, frente a ES y EL;
  - promesa de prenda sobre los futuros créditos de accionistas que C&B adquiera en el futuro;
  - prenda de primer rango sobre cualesquiera créditos de que C&B sea titular, incluido el derecho a recibir importes en virtud de los denominados «Hedging Agreement Rights», «Project Document Rights» e «Insurance Agreement Rights» previstos en el *Security Agreement*, que puedan ser objeto de pignoración;
  - cesión de créditos en garantía de cualesquiera créditos que C&B adquiera, incluido el derecho a recibir importes en virtud de los denominados «Future Hedging Agreement Rights», «Future Project Document Rights» y «Future Insurance Agreement Rights» previstos en el *Security Agreement*, que no estén comprendidos en la prenda prevista en el apartado anterior;
  - prenda de primer rango sobre el saldo de las cuentas bancarias titularidad de C&B en la fecha de celebración del *Security Agreement*, y
  - promesa de prenda de primer rango sobre el saldo de las nuevas cuentas bancarias que C&B abra después de la celebración del *Security Agreement*.
- 11 En virtud del *Security Agreement*, ES y EL otorgaron las siguientes garantías y promesas de garantía:
- prenda de primer rango sobre el saldo de las cuentas bancarias titularidad de esas sociedades en la fecha de celebración del *Security Agreement*;
  - promesa de prenda de primer rango sobre el saldo de las nuevas cuentas bancarias que dichas sociedades abran después de la celebración del *Security Agreement*;
  - prenda de primer rango sobre cualesquiera créditos de que tales sociedades sean titulares, incluido el derecho a recibir importes en virtud de los denominados «Project Document Rights» e «Insurance Agreement Rights» previstos en el *Security Agreement*, que puedan ser objeto de pignoración, y

- cesión de créditos en garantía de cualesquiera créditos que esas sociedades adquieran, incluido el derecho a recibir importes en virtud de los denominados «Future Project Document Rights» y «Future Insurance Agreement Rights» previstos en el *Security Agreement*, que no estén comprendidos en la prenda prevista en el apartado anterior.
- 12 La celebración del *Security Agreement* y el otorgamiento de las garantías enumeradas constituían requisitos necesarios y esenciales para la celebración del *Facilities Agreement* y para la consiguiente emisión del empréstito de obligaciones.
- 13 El 27 de enero de 2022, el notario que extendió y autorizó la escritura del *Facilities Agreement* y del *Security Agreement* liquidó el impuesto sobre actos jurídicos documentados de conformidad con la rúbrica 10.3 de la Tarifa General del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, aplicando un tipo del 0,6 % sobre el valor de 348 900 000 euros, resultando así una cuota tributaria de 2 093 400 euros.
- 14 C&B domicilió en su cuenta bancaria el importe de 2 093 400 euros.
- 15 El 3 de agosto de 2022, C&B interpuso un recurso de reposición contra el acto de liquidación del impuesto sobre actos jurídicos documentados.
- 16 El 3 de diciembre de 2022 se cumplió el plazo para considerar desestimado de forma tácita el recurso de reposición al no haberse pronunciado al respecto la Administración Tributaria.
- 17 El 2 de marzo de 2023, C&B presentó la demanda de arbitraje que ha dado lugar al presente procedimiento.

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

- 18 Este procedimiento tiene por objeto la tributación en concepto del impuesto sobre actos jurídicos documentados, en virtud de la aplicación de la rúbrica 10.3 de la Tarifa General anexa al código que regula ese impuesto, de todas las garantías arriba indicadas, otorgadas en relación con el empréstito de obligaciones acordado por C&B y BST con la finalidad de financiar el pago del precio de compraventa de las acciones de ES y EL y de refinanciar la deuda de dichas sociedades.
- 19 En la demanda de arbitraje, C&B aduce, con carácter principal, que la liquidación del impuesto sobre actos jurídicos documentados vulnera el Derecho de la Unión, en particular, la no sujeción a tributación prevista en el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2008/7, y, con carácter subsidiario, que esa liquidación infringe el Derecho nacional, extremo este que incumbe apreciar al órgano jurisdiccional remitente.

- 20 En lo que respecta a la vulneración del Derecho de la Unión, C&B arguye que la tributación de las garantías otorgadas para la formalización del empréstito de obligaciones es ilegal, ya que infringe lo dispuesto en el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2008/7. Alega que el objetivo que persigue dicha Directiva es prohibir la tributación de todos los actos, incluso accesorios, relativos a operaciones de concentración de capitales. Según C&B, a pesar de que las garantías otorgadas se concertaron voluntaria y libremente con BST, eran un requisito esencial para la viabilidad del empréstito de obligaciones. En este sentido, C&B considera que las garantías constituyeron actos formalmente autónomos, pero relativas, desde el punto de vista funcional y económico, a la emisión de obligaciones, de manera que su tributación en concepto del impuesto sobre actos jurídicos documentados equivaldría a gravar la totalidad de la concentración de capitales globalmente considerada.
- 21 C&B sostiene, además, que la excepción a la prohibición que figura en el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2007/8, que se recoge en el artículo 6, apartado 1, letra d), de esa misma Directiva, solo engloba las garantías que se constituyan sobre bienes inmuebles, por lo que no es aplicable en el presente asunto, habida cuenta de que las garantías objeto del presente procedimiento son fundamentalmente prendas y promesas de prenda sobre acciones, sobre saldos de cuentas bancarias y sobre créditos de accionistas y cesiones de créditos en garantía.
- 22 Por su parte, la Administración Tributaria afirma que, en el presente asunto, la emisión de obligaciones acompañada del otorgamiento de garantías es equivalente, desde el punto de vista material, a la celebración de un acuerdo bilateral de préstamo con garantía pignoratícia, dado que las obligaciones emitidas se negociaron directamente con una entidad bancaria, no cabiendo esperar que tales títulos tuvieran como destino principal su negociación en el mercado. Por lo tanto, considera que la tributación en concepto del impuesto sobre actos jurídicos documentados de las garantías otorgadas no puede dar lugar a «discriminaciones, doble imposición y disparidades que obstaculizan la libre circulación de los capitales» (considerando 2 de la Directiva 2008/7), de manera que no está justificado invocar la prohibición que impone el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2008/7.
- 23 Además, según la Administración Tributaria, las garantías otorgadas por C&B no eran un requisito de validez de la emisión de obligaciones a la que pretendieran proteger (es decir, no eran obligatorias) ni tampoco tienen la consideración de operación accesoria (como ocurre con la inscripción de la emisión en el libro registro, con el registro de los obligacionistas, con la eventual autenticación de actas societarias, con la inscripción en registros mercantiles y con la publicación de los acuerdos de emisión adoptados por la sociedad), de modo que no quedan comprendidas en el objeto de la prohibición prevista en la Directiva 2008/7.
- 24 Por otra parte, la Administración Tributaria aduce que, en el presente asunto, resulta en todo caso aplicable la excepción prevista en el artículo 6, apartado 1,

letra d), de la Directiva 2008/7, ya que el concepto de «privilegios» a que se refiere esa norma comprende las garantías pignoraticias y del tenor de tal norma no resulta que esté circunscrita a derechos constituidos sobre bienes inmuebles.

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

- 25 Según el órgano jurisdiccional remitente, debe apreciarse, por lo tanto, si las garantías enumeradas en los apartados 9 a 11 anteriores, otorgadas para asegurar la ejecución y salvaguardar el cumplimiento de todas las obligaciones y responsabilidades derivadas del empréstito de obligaciones acordado por C&B y BST, constituyen una «formalidad [...] relativa» al empréstito, a los efectos del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2008/7.
- 26 En lo que respecta a la interpretación de esa norma, el órgano jurisdiccional remitente cita la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recogida en las sentencias dictadas en los asuntos C-573/16, apartado 32, y C-656/21, apartado 28, y en el auto recaído en el asunto C-335/22, apartados 24 a 28, de la cual resulta, según dicho órgano jurisdiccional, que las «formalidades [...] relativas» a los empréstitos comprendidas en la prohibición de tributación recogida en el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2008/7 son las que están estrechamente relacionadas, es decir, las que se integran o insertan en una operación de concentración de capitales globalmente considerada.
- 27 El órgano jurisdiccional remitente subraya que, sin perjuicio de la amplitud de la interpretación que resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia citada, lo cierto es que las «formalidades [...] relativas» a que se hace referencia en esas sentencias —servicios de compensación en la venta de acciones en bolsa y servicios de comercialización de participaciones en fondos— difieren entre sí y también se diferencian de las que constituyen el objeto del presente asunto, que versa sobre el otorgamiento de garantías en el marco de una suscripción de obligaciones.
- 28 Dado que esas sentencias no hacen referencia a la prohibición de tributación indirecta en relación con el otorgamiento de garantías a raíz de la realización de operaciones de concentración de capitales ni al carácter accesorio de dicho otorgamiento en el contexto de la operación globalmente considerada, el órgano jurisdiccional remitente considera que no puede extrapolarse sin más al presente asunto esa jurisprudencia del Tribunal de Justicia.
- 29 Además, en dichos asuntos, tampoco se discutía la aplicabilidad de la excepción prevista en el artículo 6, apartado 1, letra d), de la Directiva 2008/7, en particular lo que debe entenderse por «privilegios», habida cuenta de las aparentes divergencias de sentido que resultan de las distintas redacciones y versiones de esta Directiva.
- 30 Las diferencias o posturas contradictorias en lo que concierne a la interpretación del Derecho de la Unión quedan plasmadas de forma evidente en las opiniones



defendidas por las partes en sus escritos, de manera que tanto C&B como la Administración Tributaria han solicitado que se planteen cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia.

- 31 El órgano jurisdiccional remitente recuerda que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la remisión prejudicial es un instrumento de cooperación judicial, en virtud de la cual el órgano jurisdiccional nacional y el Tribunal de Justicia, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, deben cooperar en la elaboración de una resolución con el fin de garantizar la aplicación uniforme del Derecho de la Unión en todos los Estados miembros. Recuerda asimismo que el órgano jurisdiccional nacional está facultado a no recurrir a este instrumento sobre la base de la teoría del *acte clair*.
- 32 Habida cuenta de todas las consideraciones expuestas, el órgano jurisdiccional remitente considera que no concurren los presupuestos de aplicación de la teoría del *acte clair*, de manera que resulta obligatorio formular cuestiones prejudiciales para que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la interpretación y la compatibilidad de las normas de Derecho interno con las normas del Derecho de la Unión.

DOCUMENTO DE TRABAJO