Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. PAOLO MENGOZZI
presentadas el 27 de abril de 2017 [1]

Asunto C-648/15

República de Austria
contra

República Federal de Alemania

«Artículo 273 TFUE — Controversia entre Estados miembros sometida al Tribunal de Justicia en virtud de un compromiso — Competencia — Fiscalidad — Interpretación de un convenio para evitar la doble imposición — Tributación de determinados títulos o instrumentos financieros (*Genussscheine*) — Intereses de crédito — Concepto de "rendimientos procedentes de derechos o de créditos con participación en los beneficios" — Obligaciones participativas — Préstamos participativos — Socio pasivo»

I. Introducción

1. El presente asunto constituye el primero por el que un Estado miembro, en el caso de autos la República de Austria, ha sometido al Tribunal de Justicia, en virtud del artículo 273 TFUE, una controversia «relacionada con el objeto de los Tratados» y «sometida en virtud de un compromiso», que le enfrenta a otro Estado miembro, la República Federal de Alemania.

2. Dicha controversia versa sobre la interpretación y la aplicación del artículo 11 del Convenio, de 24 de agosto de 2000, entre la República de Austria y la República Federal de Alemania, para evitar la doble imposición en materia de los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio [2] (en lo sucesivo, «Convenio germano-austriaco»), a efectos de la imposición de los intereses de títulos nominativos denominados «*Genussscheine*», adquiridos por UniCredit Bank Austria AG (en lo sucesivo, «Bank Austria»), sociedad domiciliada en Austria, a un banco alemán, el Westdeutsche Landesbank Girozentrale Düsseldorf und Münster, actualmente Landesbank NRW (en lo sucesivo, «WestLB»).

3. En esencia, mientras que la República de Austria considera que, como Estado miembro de residencia del beneficiario efectivo de los intereses pagados, es la única que puede gravar tales rendimientos, en virtud del artículo 11, apartado 1, del Convenio germano-austriaco, la República Federal de Alemania reivindica también el derecho a gravar estos mismos rendimientos, como Estado miembro de origen de estos intereses, debido a que estos últimos deben considerarse «rendimientos procedentes de derechos o de créditos con participación en los beneficios», en el sentido del artículo 11, apartado 2, del Convenio germano-austriaco. Este conflicto de interpretación ha provocado la doble imposición de los intereses obtenidos por Bank Austria, lo que ha dado lugar a la controversia promovida ante el Tribunal de Justicia.

1 Lengua original: francés.

2 BGBl. III, 182/2002 (Austria) y BGBl. 2002 II, p. 735 (Alemania), dBStB1 I 2002, 584 (Alemania).

4. Además de la resolución de esta controversia de carácter técnico, el presente asunto brinda al Tribunal de Justicia de forma más general la oportunidad de precisar los límites de la competencia que le confiere el artículo 273 TFUE así como, atendiendo a la naturaleza del litigio de que conoce, las normas procesales, de interpretación y de Derecho sustantivo que se aplican en este contexto.

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión y Derecho internacional

5. El artículo 273 TFUE establece que el Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse sobre cualquier controversia entre Estados miembros relacionada con el objeto de los Tratados si dicha controversia le es sometida en virtud de un compromiso.

6. El artículo 31, apartado 1, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969,[3] prevé que un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

7. El artículo 31, apartado 3, letra c), del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados precisa que juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

8. El artículo 11, apartado 1, del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio establecido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en lo sucesivo, «Modelo de Convenio OCDE»), en su versión de 1998, prevé que los intereses procedentes de un Estado contratante y pagados a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

9. El artículo 11, apartado 2, del Modelo de Convenio OCDE dispone que, sin embargo, «dichos intereses pueden someterse también a imposición en el Estado contratante del que procedan y según la legislación de dicho Estado, pero si el beneficiario efectivo de los intereses es un residente del otro Estado contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del 10 % del importe bruto de los intereses».

10. El artículo 11, apartado 3, del Modelo de Convenio OCDE contiene una definición del concepto de «interés». Este término designa los rendimientos de los créditos de cualquier clase, con o sin garantía hipotecaria o cláusula de participación en los beneficios del deudor, y en particular los rendimientos de valores públicos y rendimientos de bonos y obligaciones, incluidas las primas y los premios vinculados a estos.

B. Convenio germano-austriaco

11. Con arreglo al artículo 11, apartado 1, del Convenio germano-austriaco, los rendimientos en concepto de «intereses» tributan en el Estado de residencia de su beneficiario efectivo.

3 *Colección de Tratados de las Naciones Unidas*, vol. 1155, p. 331.

12. No obstante lo dispuesto en el artículo 11, apartado 1, del Convenio germano-austriaco, el apartado 2 de este artículo establece que los rendimientos procedentes de derechos o de créditos con participación en los beneficios, incluidos los rendimientos percibidos por un socio pasivo sobre su participación de socio pasivo o los rendimientos de préstamos participativos y de obligaciones participativas, podrán gravarse también en el Estado parte del que proceden con arreglo al Derecho de este Estado.

13. El artículo 11, apartado 3, del Convenio germano-austriaco define el concepto de «intereses» como los rendimientos de los créditos de cualquier clase, con o sin garantía hipotecaria o cláusula de participación en los beneficios del deudor.

14. A fin de evitar la doble imposición de tales rendimientos, los dos Estados contratantes han optado por el método denominado «de imputación», definido en el artículo 23 del Convenio germano-austriaco. Corresponde, por tanto, al Estado de residencia o de establecimiento del beneficiario de los intereses deducir del importe del impuesto que debe recaudarse por los rendimientos de dicho beneficiario el impuesto ya retenido por el Estado de origen.

15. El artículo 25 del Convenio germano-austriaco establece un procedimiento de solución de controversias entre autoridades competentes de los Estados parte a iniciativa de quien se considere perjudicado por haber sido gravado de forma contraria a este Convenio. Según el artículo 25, apartado 5, del Convenio germano-austriaco, en caso de dificultades o de dudas en cuanto a la interpretación o aplicación de dicho Convenio que no puedan encontrar solución en el marco del procedimiento de conciliación entre autoridades competentes organizado de conformidad con los apartados anteriores del artículo 25 dentro de un período de tres años a partir de la apertura de dicho procedimiento, los Estados parte están obligados, a instancia de quien haya iniciado el procedimiento, a someter la controversia al Tribunal de Justicia en el marco de un procedimiento de arbitraje en virtud del artículo 239 CE (actualmente artículo 273 TFUE).

16. El artículo 30 del Convenio germano-austriaco precisa que su Protocolo es parte integrante del mismo.

17. El apartado 16 de dicho Protocolo prevé que las estipulaciones del Convenio germano-austriaco, que están redactadas de conformidad con las disposiciones pertinentes del Modelo de Convenio OCDE, tienen en general el mismo significado que las que figuran en los Comentarios a los artículos del Modelo de Convenio OCDE.[4] Este mismo apartado del Protocolo indica que la frase anterior no se aplicará en lo que respecta a las cuestiones siguientes:

– cualquier comentario efectuado por los dos Estados contratantes relativo al Modelo de Convenio OCDE o a los Comentarios a los artículos de dicho Modelo;

– cualquier interpretación contraria que figure en el Protocolo;

– cualquier interpretación contraria, efectuada por uno de los dos Estados contratantes en una declaración publicada que se haya presentado a la autoridad competente del otro Estado contratante antes de la entrada en vigor del Convenio germano-austriaco;

– cualquier interpretación contraria que hayan convenido las autoridades competentes de los dos Estados contratantes después de la entrada en vigor del Convenio germano-austriaco.

4 Los Comentarios a los artículos del Modelo de Convenio OCDE están redactados por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, que reúne a los expertos de los Gobiernos de los países miembros de la OCDE. Estos comentarios se utilizan con frecuencia como fuente de interpretación de los convenios fiscales bilaterales que toman como base el Modelo de Convenio OCDE. El Tribunal de Justicia también se refiere a los mismos, incluso en el contexto del procedimiento prejudicial, en particular cuando tales comentarios forman parte del marco jurídico del litigio principal. Véase la sentencia de 19 de enero de 2006, Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51), apartados 51, 52 y 56. Véase asimismo la sentencia de 23 de febrero de 2006, van Hilten-van der Heijden (C-513/03, EU:C:2006:131), apartado 48.

18. El apartado 16 del Protocolo indica también que los Comentarios a los artículos del Modelo de Convenio OCDE constituyen un medio de interpretación del Convenio germano-austriaco en el sentido del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

19. El Convenio germano-austriaco entró en vigor el 1 de enero de 2003.

III. Hechos del litigio principal

20. Entre 1996 y 1998, Bank Austria, sociedad domiciliada en Austria y que está sujeta al pago de impuestos por obligación personal en este Estado miembro, adquirió títulos nominativos denominados «*Genussscheine*» a una entidad bancaria alemana, el WestLB.

21. Según las afirmaciones de la República de Austria, que no han sido refutadas por la República Federal de Alemania, las características de estos títulos, que se desprenden de sus condiciones de emisión, pueden resumirse del siguiente modo:

– los títulos dan derecho a un pago anual de un importe correspondiente a un porcentaje fijo de su valor nominal;

– si el pago anual puede generar una pérdida contable, su importe se reducirá en una cuantía correspondiente;

– no obstante, los títulos dan derecho, durante su período de existencia, al pago de los atrasos durante los años siguientes, siempre que esta regularización no dé lugar a una pérdida contable;

– el pago de los intereses y de los atrasos prevalecerá sobre la dotación a las reservas y sobre los pagos a los garantes;

– el importe de los capitales puestos a disposición del emisor a cambio de los títulos será reembolsado al valor nominal de los mismos;

– no obstante, si se registra una pérdida en el balance, el importe del crédito de devolución se reducirá en una cuantía correspondiente. Asimismo en este caso, la diferencia con el valor nominal del título se compensará durante los años siguientes, siempre que tal regularización no dé lugar a una pérdida contable;

– los títulos no dan derecho a participar en el producto de la liquidación de la sociedad emisora;

– el emisor dispone de un derecho de rescisión cuando los títulos no generen deducibilidad fiscal.

22. De conformidad con las condiciones de emisión, el importe del pago anual ascendía, según las tres categorías de títulos en cuestión, denominadas T1, T2 y T3, y en función de los años pertinentes, a un porcentaje del valor nominal del título comprendido entre el 4,36 % y el 7,36 %. [5]

23. Consta que el emisor obtuvo beneficios durante todo el período de existencia de los títulos y, por lo tanto, que los intereses se pagaron en todo momento según el tipo fijo anual previsto en las condiciones de emisión.

5 Más concretamente, el importe del pago anual ascendía, para los títulos T1, al 4,36 % para el año 1996; al 5,36 % para los años 1997 y 1998, y al 7,36 % para los demás años. Para los títulos T2, este importe ascendía, para todos los años, al 5,60 % y, para los títulos T3, también para todos los años, al 5,65 % del valor nominal del título.

24. Si bien tampoco se rebate que los rendimientos de tales títulos son «intereses» en el sentido del artículo 11 del Convenio germano-austriaco (y no «dividendos» en el sentido del artículo 10 de este Convenio), la República de Austria y la República Federal de Alemania discrepan sobre si dichos rendimientos están comprendidos en el ámbito de aplicación del apartado 1 o del apartado 2 del citado artículo 11. Más concretamente, la República de Austria considera que la remuneración de los títulos controvertidos no da lugar a la «participación en los beneficios» del emisor, en el sentido de este último apartado, mientras que la República Federal de Alemania afirma lo contrario.

25. Esta discrepancia ha llevado a estos dos Estados miembros a reivindicar el derecho a gravar los intereses percibidos por Bank Austria, lo que ha dado lugar a que dicha sociedad se haya visto sometida a una doble imposición respecto de los períodos impositivos comprendidos entre 2003 y 2009.

26. Con arreglo al artículo 25 del Convenio germano-austriaco, Bank Austria presentó una solicitud de apertura de un procedimiento de conciliación a las autoridades austriacas. Dicho procedimiento fue iniciado por la República de Austria, si bien concluyó debido al fracaso del mismo a finales del año 2011.

27. Bank Austria solicitó entonces a la República de Austria que la controversia fuera sometida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 25, apartado 5, del Convenio germano-austriaco.

IV. Pretensiones de las partes y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

28. La República de Austria solicita al Tribunal de Justicia que:

– Declare que los rendimientos de los títulos controvertidos no deben considerarse «créditos con participación en los beneficios», en el sentido del artículo 11, apartado 2, del Convenio germano-austriaco y que, en consecuencia, el derecho exclusivo a gravar los rendimientos de los títulos adquiridos por Bank Austria corresponde a la República de Austria, como Estado de residencia del beneficiario efectivo.

– Declare que la República Federal de Alemania debe abstenerse de gravar los rendimientos de los títulos controvertidos y devolver el impuesto ya retenido correspondiente a dichos rendimientos.

– Condene en costas a la República Federal de Alemania.

29. La República Federal de Alemania solicita al Tribunal de Justicia que:

– Declare que los rendimientos de los títulos controvertidos deben considerarse «créditos con participación en los beneficios», en el sentido del artículo 11, apartado 2, del Convenio germano-austriaco y que, en consecuencia, el derecho exclusivo a gravar los rendimientos de dichos títulos corresponde a la República Federal de Alemania, como Estado de origen de tales rendimientos.

– Declare que la República de Austria debe, por lo tanto, evitar la doble imposición de los rendimientos de los títulos controvertidos por medio de su imputación y devolver el impuesto ya recaudado sobre dichos rendimientos.

– Condene en costas a la República de Austria.

30. Las partes de la controversia presentaron sus informes orales en la vista de 9 de diciembre de 2016.

V. Análisis

31. Antes de llevar a cabo cualquier análisis en cuanto al fondo, considero que procede examinar la cuestión de si el Tribunal de Justicia es competente para dirimir la controversia que se le ha sometido. En efecto, aun cuando las partes convienen en que la controversia reúne los requisitos para que se aplique el artículo 273 TFUE, corresponde al Tribunal de Justicia comprobar si este es el caso. Además, el principio según el cual un órgano jurisdiccional deberá estar facultado para determinar su propia competencia es inherente a las funciones jurisdiccionales y arbitrales. [6] Por otra parte, el examen relativo a la competencia del Tribunal de Justicia para dirimir la presente controversia debe, en mi opinión, incluir asimismo la cuestión de si, como solicita cada una de las partes de la controversia en la segunda de sus pretensiones, el Tribunal de Justicia está facultado para dictar requerimientos dirigidos a las partes.

A. Sobre la competencia del Tribunal de Justicia

32. Como he indicado en mis palabras introductorias, nunca hasta ahora se había sometido una controversia al Tribunal de Justicia en virtud del artículo 273 TFUE.

33. Este artículo enumera tres condiciones de activación de la competencia del Tribunal de Justicia.

34. En primer lugar, la controversia de que conoce el Tribunal de Justicia debe enfrentar exclusivamente a «Estados miembros», condición que indiscutiblemente se cumple en el presente asunto.

35. En segundo lugar, la controversia debe someterse al Tribunal de Justicia «en virtud de un compromiso».

36. En su sentencia de 27 de noviembre de 2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756), apartado 172, el Tribunal de Justicia reconoció que, a pesar de la remisión al concepto de «compromiso», nada impedía, dado el objetivo pretendido por el artículo 273 TFUE, que el acuerdo a ese efecto se manifestase previamente, mediante referencia a una categoría de controversias definidas de antemano, en virtud de una cláusula de tipo arbitral o compromisoria. En efecto, en la medida en que los Estados miembros de que se trate deseen atribuir una competencia de tipo arbitral o compromisoria al Tribunal de Justicia, es irrelevante que presten su consentimiento antes o después del nacimiento de la controversia.

37. En el presente asunto, la controversia se ha sometido al Tribunal de Justicia con arreglo a la cláusula arbitral contenida en el artículo 25, apartado 5, del Convenio germano-austriaco. Esta disposición prevé, en particular, que «en caso de dificultades o de dudas en cuanto a la interpretación o aplicación [del Convenio germano-austriaco], que no puedan encontrar solución en el marco [del] procedimiento de conciliación […], los Estados partes están obligados […] a someter la controversia al Tribunal de Justicia en el marco de un procedimiento de arbitraje en virtud del artículo [273 TFUE]».

38. En la medida en que, por una parte, ha quedado acreditado que se cumplen los requisitos formales previstos en el artículo 25 del Convenio germano-austriaco, que deben concurrir antes del sometimiento obligatorio de la controversia al Tribunal de Justicia, y, por otra parte, las dificultades o las dudas relativas a la interpretación o aplicación de dicho Convenio no se han resuelto amistosamente, también se cumple el segundo requisito previsto en el artículo 273 TFUE.

6 Véanse en particular, en este sentido, las sentencias de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia de 2 de octubre de 1995, Fiscal c. Tadić, asunto n.º IT-94-1-AR72, apartado 18, y del Tribunal de Arbitraje (arbitraje relativo a las fronteras terrestre y marítima) de 30 de junio de 2016, República de Croacia c. República de Eslovenia, apartados 148 a 157.

39. En tercer lugar, el artículo 273 TFUE exige que la «controversia» sometida al Tribunal de Justicia esté «relacionada con el objeto de los Tratados».[7]

40. Este requisito material, a pesar de su formulación genérica, debe, desde mi punto de vista, delimitarse de manera suficientemente precisa. En efecto, de no ser así, los Estados miembros que decidan recurrir al método de resolución de sus controversias conforme al artículo 273 TFUE pueden verse expuestos a un doble riesgo.

41. Por una parte, se trata del riesgo de que el ámbito sobre el que los Estados miembros se pongan de acuerdo para dirimir su controversia con arreglo al artículo 273 TFUE pueda, en realidad, formar parte de las materias en relación con las cuales el Tribunal de Justicia tiene competencia exclusiva en virtud de otras disposiciones del Tratado FUE. Se trataría en tal caso de controversias relativas a la interpretación o a la aplicación de los Tratados, en el sentido del artículo 344 TFUE.[8] Así, es evidente que, como reconoce la República de Austria, los Estados miembros no pueden acogerse al artículo 273 TFUE para dirimir controversias que deban someterse al procedimiento previsto en el artículo 259 TFUE, que autoriza a un Estado miembro a recurrir al Tribunal de Justicia si considera que otro Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados. Ahora bien, si, a pesar de ello, se somete al Tribunal de Justicia tal controversia sobre la base del artículo 273 TFUE, este órgano debería declinar su competencia para resolverlo por cuanto el fundamento jurídico de la demanda de que conoce es errónea.

42. De ello se desprende que el artículo 273 TFUE permite, sobre la base de un compromiso, extender la competencia del Tribunal de Justicia a controversias que no se refieren al Derecho de la Unión, en cuyo caso entrarían dentro de su competencia exclusiva prevista en el artículo 344 TFUE, sino al Derecho internacional, siempre que el ámbito del Derecho internacional en cuestión esté relacionado con el objeto de los Tratados.

43. Esta última precisión me lleva, por otra parte, a referirme al segundo riesgo al que pueden exponerse los Estados miembros, a saber, el riesgo de atribuir una competencia al Tribunal de Justicia en virtud del artículo 273 TFUE que no cumpliría el requisito relativo a la relación con el objeto de los Tratados. Ciertamente, el criterio relativo a la «relación» no debe ser objeto de una interpretación estricta. En efecto, por una parte, numerosas versiones lingüísticas del artículo 273 TFUE se refieren simplemente a los conceptos de «vínculo» o de «conexión» con el objeto de los Tratados,[9] lo que pone de manifiesto la idea de un nexo que podría ser más laxo, menos estricto, con dicho objeto que el que suscita el término «relación».[10] Por otra parte, puesto que el Derecho de la Unión es evolutivo por naturaleza, la apreciación efectuada sobre el vínculo que existe entre una controversia y el objeto de los Tratados debe, en mi opinión, ser suficientemente generosa para dotar de efecto útil al artículo 273 TFUE.

44. Dicho esto, la vía del artículo 273 TFUE no puede utilizarse para dirimir las controversias entre Estados que sean ajenas al objeto de los Tratados o estén excesivamente alejadas del mismo. Así pues, la decisión de dos Estados miembros de recurrir a esta disposición para solucionar una controversia relativa a su soberanía territorial, marítima o insular respectiva, se enfrentaría, en mi opinión, a grandes dificultades para satisfacer el requisito relativo a la relación con el objeto de los Tratados.

7 Véase asimismo la sentencia de 27 de noviembre de 2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756), apartado 173.

8 Véase, en este sentido, la sentencia de 30 de mayo de 2006, Comisión/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345), apartados 123 y 127.

9 Véanse, en particular, las versiones española («relacionada con el objeto de los Tratados»), inglesa («which relates to the subject matter of the Treaties»), portuguesa («relacionado com o objeto dos Tratados»), rumana («în legătură cu obiectul tratatelor»), eslovena («ki se nanašajo na predmet Pogodb») y finesa («joka on yhteydessä perussopimusten kohteeseen»).

10 Si bien se trata del mismo término que se utiliza en francés tanto en el artículo 273 TFUE como, por ejemplo, en el artículo 54, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, que se refiere a la acumulación de asuntos por razón de conexidad, la versión inglesa de este último artículo utiliza, a diferencia del texto del artículo 273 TFUE en esta lengua, el término «connection».

45. Para resolver estas dificultades, debe existir por lo tanto un vínculo suficiente y objetivamente identificable entre la controversia, en el sentido del artículo 273 TFUE, y la acción o los objetivos de la Unión Europea.

46. Así ocurre, desde mi punto de vista, en el presente asunto.

47. En efecto, sin estar comprendida en el objeto de los Tratados, una controversia relativa a la interpretación de un convenio fiscal bilateral para evitar la doble imposición, como aquella de la que trae causa el presente asunto, guarda una relación evidente con el objeto de los Tratados.

48. En este sentido, es preciso recordar que, como ha declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia, al no existir medidas de unificación o de armonización comunitaria,[11] los Estados miembros siguen siendo competentes para fijar, mediante convenio o de forma unilateral, los criterios de reparto de su poder tributario con el fin, en particular, de suprimir la doble imposición y que les corresponde adoptar las medidas necesarias para evitar situaciones de doble imposición, en particular, utilizando los criterios seguidos en la práctica tributaria internacional.[12] En efecto, en su estado actual y en una situación como la del presente asunto, el Derecho de la Unión no prescribe criterios generales para el reparto de competencias entre los Estados miembros en lo que se refiere a la eliminación de dobles imposiciones dentro de la Unión.[13]

49. El Tribunal de Justicia dedujo de ello la consecuencia procesal de que no es competente, en el marco del procedimiento prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE, para resolver acerca de la eventual infracción por un Estado miembro contratante de lo dispuesto en convenios bilaterales celebrados por los Estados miembros destinados a eliminar o atenuar los efectos negativos derivados de la coexistencia de sistemas tributarios nacionales.[14]

50. Asimismo, el Tribunal de Justicia ha declarado que tampoco puede entrar a examinar la relación entre una medida nacional y lo dispuesto en un convenio para evitar la doble imposición, dado que no se trata de una cuestión de interpretación del Derecho de la Unión.[15]

51. Si bien no se refiere al objeto de los Tratados, una controversia relativa a la interpretación de las disposiciones de un convenio para evitar la doble imposición entre Estados miembros está relacionada con el objetivo de creación del mercado interior, tal como se prevé en el artículo 3 TUE, apartado 3, en la medida en que la eliminación o la prevención de la doble imposición por vía de convenio está dirigida a facilitar la consecución de este último[16] y el ejercicio de las libertades de circulación.

52. Esta afirmación sigue siendo válida, en mi opinión, incluso tras la derogación, por el Tratado de Lisboa, del artículo 293 CE, segundo guion, que invitaba a los Estados miembros a entablar, en tanto fuese necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales la supresión de la doble imposición dentro de la Comunidad.

11 Es preciso señalar que la Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros (DO 2003, L 157, p. 49), no es aplicable al litigio del que trae causa la controversia puesto que Bank Austria y WestLB no son sociedades asociadas. Además, esta Directiva no ha sido objeto de las observaciones presentadas por los dos Estados miembros partes de la controversia y, en consecuencia, no será examinada en las presentes conclusiones.

12 Véanse, en particular, las sentencias de 16 de julio de 2009, Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471), apartado 30 y jurisprudencia citada, y de 8 de diciembre de 2011, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-157/10, EU:C:2011:813), apartado 31, y el auto de 19 de septiembre de 2012, Levy y Sebbag (C-540/11, no publicado, EU:C:2012:581), apartado 19.

13 Véase, por analogía, la sentencia de 16 de julio de 2009, Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471), apartado 33 y jurisprudencia citada.

14 Sentencia de 16 de julio de 2009, Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471), apartado 22 y jurisprudencia citada.

15 Sentencia de 16 de julio de 2009, Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471), apartado 22 y jurisprudencia citada.

16 Véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 1976, Industrie tessili italiana Como (12/76, EU:C:1976:133), apartado 9.

53. En efecto, así como este artículo no tenía por objeto establecer una norma jurídica operativa como tal,[17] su derogación no afecta a la apreciación de que la celebración entre dos Estados miembros de un convenio para evitar la doble imposición favorece la realización del mercado interior, puesto que dicho instrumento tiene como finalidad eliminar o reducir los efectos negativos del ejercicio no coordinado de la potestad tributaria entre esos Estados miembros que restringen, disuaden o hacen menos atractivo el ejercicio de las libertades de circulación previstas en el Tratado FUE.

54. De ello se desprende, en mi opinión, que la controversia se ha sometido de forma válida al Tribunal de Justicia sobre la base del artículo 273 TFUE.

55. Queda por examinar, como ya he indicado en el punto 31 de las presentes conclusiones, si, en el marco del artículo 273 TFUE, el Tribunal de Justicia, como solicitan los dos Estados parte en sus respectivas segundas pretensiones, está facultado para dirigir requerimientos a estas últimas, es decir, ya sea con respecto a la República Federal de Alemania, para obligarle a que deje de gravar los intereses controvertidos y devuelva el impuesto recaudado en exceso, como solicita la República de Austria, o, con respecto a esta última, para exigirle que evite la doble imposición de estos intereses y devuelva el impuesto recaudado en exceso, como pide la República Federal de Alemania.

56. No me cabe ninguna duda de que, al optar por someter la resolución de las controversias relacionadas con la interpretación y la aplicación del Convenio germano-austriaco a la competencia del Tribunal de Justicia de conformidad con el artículo 273 TFUE, los dos Estados parte han prestado asimismo su consentimiento para que este órgano aplique, a falta de otras disposiciones en dicho Convenio, el conjunto de las disposiciones del Derecho de la Unión que regulan sus competencias y sus procedimientos.

57. Pues bien, salvo en el supuesto de las medidas provisionales impuestas por el juez de medidas provisionales en virtud del artículo 279 TFUE, respecto de las que el Tribunal de Justicia ha admitido que pueden incluir requerimientos adecuados dirigidos a la otra parte,[18] incluso cuando, sin prejuzgar ni neutralizar la decisión que posteriormente se dicte en cuanto al fondo, son accesorias a un recurso que tiene por objeto que se declare que un Estado miembro ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados,[19] ninguna disposición de los Tratados atribuye al Tribunal de Justicia la competencia para dirigir un requerimiento a un Estado miembro a fin de que adopte o se abstenga de adoptar un comportamiento determinado.

58. En cuanto atañe más concretamente a los asuntos en los que se solicita al Tribunal de Justicia que declare que un Estado miembro ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados (artículos 258 TFUE y 259 TFUE) o que anule un acto de una institución, de un órgano o de un organismo de la Unión (artículo 263 TFUE), los artículos 260 TFUE y 266 TFUE establecen respectivamente que los Estados miembros y las instituciones, órganos u organismos de la Unión en

17 Véanse la sentencia de 12 de mayo de 1998, Gilly (C-336/96, EU:C:1998:221), apartado 15, y el auto de 19 de septiembre de 2012, Levy y Sebbag (C-540/11, no publicado, EU:C:2012:581), apartado 27.

18 Véanse los autos del Presidente del Tribunal de Justicia de 5 de agosto de 1983, CMC y otros/Comisión (118/83 R, EU:C:1983:225), apartado 53, y de 24 de abril de 2008, Comisión/Malta (C-76/08 R, no publicado, EU:C:2008:252), apartado 19. El Tribunal de Justicia también ha reconocido que puede dictar medidas provisionales con arreglo al artículo 279 TFUE en el marco de un recurso por incumplimiento promovido por un Estado miembro contra otro Estado miembro en virtud del artículo 259 TFUE; véase la sentencia de 30 de mayo de 2006, Comisión/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345), apartado 138.

19 Véase el auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 24 de abril de 2008, Comisión/Malta (C-76/08 R, no publicado, EU:C:2008:252), apartados 17 y 19. Véase asimismo, en este sentido, el auto del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 1980, Comisión/Francia (24/80 R y 97/80 R, no publicado, EU:C:1980:107), apartados 16 a 19.

cuestión están obligados a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia dictada. Esta apreciación lleva por lo tanto al juez de la Unión a afirmar que, en el ejercicio de sus competencias, las disposiciones de los Tratados no le permiten dirigir requerimientos a las instituciones de la Unión ni a los Estados miembros. [20]

59. Ciertamente, el artículo 273 TFUE no está redactado en términos análogos a los de los artículos 260 TFUE y 266 TFUE. Sin embargo, no puede, en mi opinión, deducirse *a sensu contrario* y dado que el artículo 273 TFUE no se pronuncia al respecto, que las Altas Partes Contratantes pretendieron conferir una facultad para dictar requerimientos al Tribunal de Justicia en el marco de la resolución de las controversias previstas en el artículo 273 TFUE. El Tribunal de Justicia, al igual que todas las demás instituciones de la Unión, se rige por el principio de atribución, tal como se recuerda, en esencia, en el artículo 13 TUE, apartado 2. La facultad, que hubiera podido conferirse al Tribunal de Justicia, de requerir a un Estado miembro para que adopte un comportamiento determinado debería, desde mi punto de vista, desprenderse sin ambigüedad de las disposiciones de los Tratados. Sin embargo, este no es el caso.

60. Ciertamente, no cabe excluir que, con carácter excepcional, en virtud del artículo 273 TFUE, los Estados miembros partes del compromiso en virtud del cual han sometido la controversia al Tribunal de Justicia puedan conferir de común acuerdo una facultad para dictar requerimientos a este órgano jurisdiccional. Sin embargo, en el presente asunto, de ninguna de las disposiciones del Convenio germano-austriaco se desprende que este sea el caso o que la competencia del Tribunal de Justicia que, cabe recordar, no solo se extiende a la interpretación, sino también a «la aplicación» de este Convenio, pueda incluir tal facultad de dictar requerimientos.

61. En estas circunstancias, considero que el Tribunal de Justicia carece de competencia para dirigir requerimientos a ninguno de los Estados miembros partes en el Convenio germano-austriaco para que adopten un comportamiento determinado. Estos Estados miembros deberán, de conformidad con el espíritu de su compromiso y el principio de buena fe, deducir todas las consecuencias de la sentencia que se dicte y adoptar las medidas necesarias para su ejecución.

B. Sobre el fondo

62. Como ya he indicado en la introducción de las presentes conclusiones, la controversia entre los Estados miembros partes en el Convenio germano-austriaco se refiere a la interpretación y al alcance de la expresión «rendimientos procedentes […] de créditos con participación en los beneficios [del deudor]» que figura en el artículo 11, apartado 2, de este Convenio. En el supuesto de que los rendimientos que han originado la controversia pertenezcan a la categoría de «intereses» prevista en el artículo 11, apartado 2, del Convenio germano-austriaco, podrían gravarse «también» en el Estado miembro del que proceden, es decir, en Alemania. En el supuesto contrario, estos rendimientos pertenecerían a la categoría genérica de «intereses» prevista en el artículo 11, apartado 1, de este Convenio y se gravarían en el Estado miembro de residencia de su beneficiario, es decir, en Austria.

63. Lógicamente, la República de Austria defiende por tanto lo que podemos calificar, por economía verbal, como una interpretación «estricta» de la expresión «rendimientos procedentes de […] créditos con participación en los beneficios [del deudor]», que figura en el artículo 11, apartado 2, del Convenio germano-austriaco, mientras que la República de Alemania defiende una interpretación «amplia» de esta expresión.

20 Con respecto al control de la legalidad basado en el artículo 263 TFUE y el recurso por omisión previsto en el artículo 265 TFUE, véanse, en particular, el auto de 24 de noviembre de 2016, Petraitis/Comisión (C-137/16 P, no publicado, EU:C:2016:904), apartados 31 y 32 y jurisprudencia citada, así como los autos de 16 de noviembre de 2009, Goldman Management/Comisión y Bulgaria (T-354/09, no publicado, EU:T:2009:439), apartado 17, y de 26 de junio de 2012, Szarvas/Hungría (T-129/12, no publicado, EU:T:2012:319), apartado 10.

64. Antes de examinar de forma más exhaustiva las alegaciones formuladas por los dos Estados miembros, partes en la controversia, en apoyo de sus respectivas tesis, es preciso recordar que estos dos Estados miembros están de acuerdo en que los títulos controvertidos (*Genussscheine*), que dieron lugar al asunto de que conoce el Tribunal de Justicia, son equiparables a obligaciones y no a participaciones en el capital social de la sociedad emisora. Por consiguiente, el presente asunto no tiene por objeto un conflicto de calificación jurídica de la remuneración de los instrumentos financieros de los que trae causa la controversia en función de que esta remuneración sea considerada por uno de los Estados parte en el Convenio germano-austriaco como «dividendos» y por el otro Estado como «intereses».

65. Por consiguiente, es pacífico que los rendimientos procedentes de los títulos de los que trae causa la controversia no deben calificarse como «dividendos», en el sentido del artículo 10 del Convenio germano-austriaco, sino como «intereses», en el sentido del artículo 11, apartado 3, de este Convenio, puesto que representan la remuneración de un crédito, es decir, la puesta a disposición de fondos sujeta a reembolso. [21]

66. Las consecuencias que se derivan de esta constatación ya ejercen, en mi opinión, una cierta influencia en uno de los puntos de desacuerdo de la controversia, es decir, la cuestión de si se debe recurrir, como afirma la República de Austria, de manera preponderante, a una interpretación autónoma de la expresión «rendimientos procedentes […] de créditos con participación en los beneficios [del deudor]» o, por el contrario, si procede definir esta expresión prioritariamente en referencia al Derecho interno del Estado miembro de origen de los rendimientos, como parece alegar la República Federal de Alemania.

67. El artículo 11, apartado 3, del Convenio germano-austriaco define los «intereses» en el sentido de que designan, en particular, los rendimientos de los créditos de cualquier clase, con o sin derecho de participación en los beneficios del deudor.

68. Esta definición es análoga a la que figura en el artículo 11, apartado 3, del Modelo de Convenio OCDE. En efecto, en las dos lenguas en que está redactado, francés e inglés, el Modelo de Convenio OCDE define los «intereses» como «los rendimientos de los créditos de cualquier clase, con o sin […] cláusula de participación en los beneficios del deudor» (en francés, «les revenus de créances de toute nature, assorties ou non […] d'une clause de participation aux bénéfices du débiteur» y en inglés, «income from debt-claims of everykind, whether or not […] carrying a right to participate in the debtor's profits»).

69. La definición facilitada en el artículo 11, apartado 3, del Modelo de Convenio OCDE resulta pertinente para la que figura en el artículo 11, apartado 3, del Convenio germano-austriaco. En efecto, con arreglo al apartado 16 del Protocolo de este Convenio, las disposiciones del Convenio germano-austriaco que están redactadas de conformidad con las disposiciones pertinentes del Modelo de Convenio OCDE tienen, salvo que los Estados parte en el Convenio germano-austriaco indiquen lo contrario, el mismo significado que el asignado en los Comentarios a los artículos del Modelo de Convenio OCDE. [22]

21 De forma esquemática, los «intereses» consisten en rendimientos procedentes de la puesta a disposición de fondos (créditos), hasta su devolución, pagados sobre una base contractual y que proceden de una financiación de la deuda, mientras que los «dividendos» constituyen la remuneración por la contribución del capital de riesgo (participación en el capital social), pagados en el marco de una relación accionarial y que proceden de una financiación por participación de capital. Véase, en este sentido, en particular, Hoor, O., *Le modèle OCDE de convention fiscale, Analyse technique détaillée*, Legitech, Luxemburgo, 2016, p. 106.

22 Véanse los Comentarios del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, publicados en *Modelo de convenio fiscal sobre la renta y sobre el patrimonio, versión abreviada*, OCDE, París, 1998.

70. El apartado 21 de los citados Comentarios indica que la definición de los intereses prevista en el artículo 11, apartado 3, primera frase, del Modelo de Convenio OCDE tiene carácter exhaustivo y que se ha considerado preferible no añadir al texto una fórmula de remisión subsidiaria a las normativas internas. Las razones alegadas son: a) que esta definición cubre prácticamente todos los tipos de rendimientos que las distintas normativas internas consideran como intereses; b) que la fórmula utilizada ofrece una mayor seguridad jurídica y protege a los convenios de las modificaciones introducidas posteriormente en una normativa interna, y c) que, en el Modelo de Convenio OCDE, las remisiones a las normativas internas deben evitarse en la medida de lo posible.

71. Esta circunstancia ya constituye, desde mi punto de vista, un elemento que aboga por la tesis de la República de Austria según la cual el concepto de «intereses» utilizado en el artículo 11 del Convenio germano-austriaco, y más concretamente la expresión «rendimientos procedentes […] de créditos con participación en los beneficios [del deudor]», que figura en su artículo 11, apartados 2 y 3, debe ser objeto de una interpretación autónoma, independiente de la que pueda adoptar la normativa interna de cualquiera de los Estados parte en dicho Convenio.

72. Esta apreciación queda confirmada por la naturaleza del Convenio germano-austriaco, que, como reconocen los dos Estados miembros partes en la controversia, es un tratado internacional cuyas normas de interpretación siguen los principios codificados en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Pues bien, es importante, en este sentido, recordar que el artículo 31, apartado 1, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados prevé que un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin,[23] mientras que el apartado 3, letra c), de este artículo establece que la interpretación de un tratado debe efectuarse teniendo en cuenta toda regla pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes de este tratado.[24]

73. En estas circunstancias, al margen de la cuestión de cuál sea el valor general, en Derecho internacional, de los Comentarios a los artículos del Modelo de Convenio OCDE, debe recordarse que, con arreglo al apartado 16, última frase, del Protocolo del Convenio germano-austriaco, los Estados parte en dicho Convenio han pretendido considerar dichos comentarios como una de las normas de interpretación del Convenio germano-austriaco, en el sentido del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

74. Desde mi punto de vista, estas consideraciones respaldan la tesis según la cual el concepto de «intereses», incluida la expresión «rendimientos procedentes […] de créditos con participación en los beneficios [del deudor]», debe interpretarse de forma autónoma, en el contexto de las normas de interpretación propias de los Tratados internacionales e independientemente del Derecho interno de los Estados miembros partes en la controversia.[25]

75. La remisión efectuada por el artículo 11, apartado 2, del Convenio germano-austriaco «al Derecho» del Estado de origen, o sea, en el presente asunto, el Derecho de la República Federal de Alemania, no puede, en mi opinión, modificar esta conclusión. Además, la República Federal de Alemania no ha afirmado que deba reconocerse tal alcance a esta remisión al Derecho nacional del Estado de origen de los intereses previstos en el artículo 11, apartado 2, de dicho Convenio.

23 En lo que atañe a la observancia de estas normas de interpretación en el marco de los acuerdos internacionales celebrados por la Unión, véase, en particular, la sentencia de 24 de noviembre de 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896), apartado 94 y jurisprudencia citada.

24 Véase, en este sentido, en particular, la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Consejo/Frente Polisario (C-104/16 P, EU:C:2016:973), apartado 86 y jurisprudencia citada.

25 Asimismo, algunos autores señalan que la práctica totalidad de los Convenios bilaterales para evitar la doble imposición celebrados por la República Federal de Alemania desde el año 1991 no contiene ninguna referencia al Derecho del Estado de origen para definir el concepto de «intereses»: véase, en particular, *Bärsch, S-E.*, «The Definitions of Dividends and Interest Contained in the OECD Model, Actual Tax Treaties, and the German Model», *Intertax*, n.º 6-7, 2014, p. 438.

76. En efecto, el artículo 11, apartado 2, del Convenio germano-austriaco establece, en esencia, que «los rendimientos procedentes de derechos o de créditos con participación en los beneficios […] *podrán* gravarse […] en el Estado parte del que proceden, *con arreglo al Derecho de este Estado*». [26] El objeto del artículo 11, apartado 2, del Convenio germano-austriaco no consiste en facilitar una definición del término «intereses» o de la expresión «rendimientos procedentes […] de créditos con participación en los beneficios [del deudor]», sino en especificar la distribución de las competencias tributarias entre los Estados miembros partes en este Convenio.

77. Así, la expresión «con arreglo al Derecho» del Estado de origen de los rendimientos se refiere únicamente a la elección («podrán gravarse») de este Estado de ejercer su competencia tributaria para gravar o abstenerse de gravar los rendimientos en cuestión. En efecto, el Estado de origen podría renunciar perfectamente a dicho gravamen sobre la totalidad o sobre parte de los rendimientos que están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 11, apartado 2, del Convenio germano-austriaco.

78. Del mismo modo, el hecho de que los Estados parte en el Convenio germano-austriaco hayan optado por distribuir de manera diferente su potestad tributaria en el marco del artículo 11, apartados 1 y 2, de este Convenio con respecto a la distribución que se desprende del artículo 11, apartados 1 y 2, del Modelo de Convenio OCDE no afecta a la definición de «intereses», común a estos dos instrumentos.

79. La necesidad de dar una interpretación autónoma de la expresión «rendimientos procedentes […] de créditos con participación en los beneficios [del deudor]», independiente del Derecho de los Estados parte en el Convenio germano-austriaco, tampoco resulta desvirtuada por la alegación de la República Federal de Alemania basada en el artículo 3, apartado 2, de este Convenio.

80. Con arreglo al artículo 3, apartado 2, del Convenio germano-austriaco, «para la aplicación del Convenio en un momento determinado por parte de un Estado contratante, cualquier término o expresión que no esté definido en el mismo tendrá, *a menos que el contexto exija una interpretación diferente*, el sentido que le atribuya en ese momento el Derecho de este Estado en relación con los impuestos a los que se aplica el Convenio». [27]

81. Pues bien, como acabo de subrayar, al efectuar una remisión al Modelo de Convenio OCDE y a los Comentarios a los artículos del mismo, comentarios que ponen precisamente de manifiesto la necesidad de facilitar una interpretación exhaustiva, independiente de las normas nacionales, del término «interés», el Convenio germano-austriaco pretendió, en lo que respecta al menos a la definición de dicho término, incluida la expresión «rendimientos procedentes […] de créditos con participación en los beneficios [del deudor]», que figura en el artículo 11, apartados 2 y 3, de este Convenio, no basarse en el sentido que podría conferirle el Derecho interno del Estado de origen de estos rendimientos.

82. En estas circunstancias, interpretar el artículo 3, apartado 2, y el artículo 11, apartado 2, del Convenio germano-austriaco en el sentido de que implican que la definición y el alcance del término «intereses» dependen del Derecho interno de los Estados parte en dicho Convenio estaría en conflicto, a mi parecer, con la voluntad común de estos últimos, que encuentra su expresión en el apartado 16 del Protocolo, en referencia al Modelo de Convenio OCDE y a sus comentarios, de disociar dicho concepto, incluidos los «rendimientos procedentes […] de créditos con participación en los beneficios [del deudor]», del sentido que le conferiría el Derecho nacional de estos Estados. [28]

26 El subrayado es mío.

27 El subrayado es mío.

28 El apartado 12 de los Comentarios al artículo 3, apartado 2, del Modelo de Convenio OCDE, que sirve de base para el artículo 3, apartado 2, del Convenio germano-austriaco, confirma que el «contexto» está constituido, en particular, por la intención de las partes contratantes en la firma del Convenio fiscal.

83. Por último, esta conclusión queda corroborada *sensu contrario* por la definición de los «dividendos», prevista en el artículo 10, apartado 3, del Convenio germano-austriaco, el cual, al igual que el artículo 10, apartado 3, del Modelo de Convenio OCDE, remite a la normativa del Estado de origen, es decir, al Derecho del Estado de residencia de la sociedad que distribuye los beneficios.

84. Dicho esto, procede examinar a continuación el nudo de la controversia sometida al Tribunal de Justicia en relación con la interpretación de la expresión «rendimientos procedentes […] de créditos con participación en los beneficios [del deudor]» que figura en el artículo 11, apartado 2, del Convenio germano-austriaco.

85. Al igual que la expresión equivalente que figura en el artículo 11, apartado 3, del Modelo de Convenio OCDE, esta expresión no aparece definida en el Convenio germano-austriaco.

86. En este sentido, es preciso señalar que ambos Estados miembros están de acuerdo en que, para que los intereses estén comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 11, apartado 2, del Convenio germano-austriaco, el producto de los créditos debe depender de los beneficios.

87. En cambio, la República de Austria y la República Federal de Alemania discrepan en torno a la intensidad del vínculo de dependencia.

88. Al tiempo que señala que hay participación en los beneficios cuando una persona participa en los resultados de explotación positivos de otra persona, la República Federal de Alemania considera que, para que se cumpla el vínculo de dependencia, es suficiente con que el pago de los intereses acordados esté subordinado al hecho de que el deudor posea suficiente liquidez u obtenga suficientes beneficios. En el asunto del que trae causa la controversia, el hecho de que únicamente se hayan pagado intereses a tipo fijo expresados en función del valor nominal de los títulos no significa, según este Estado miembro, que estos intereses no dependan de los beneficios del deudor, puesto que, de acuerdo con las condiciones de emisión de los títulos en cuestión, la remuneración acordada está subordinada al resultado de explotación del emisor o a la existencia de beneficios suficientes por parte del deudor que permitan el pago de dichos intereses, que no se pagarán en caso de pérdida contable.

89. En cambio, la República de Austria sostiene que debe satisfacerse un requisito adicional y decisivo, a saber, que el vínculo de dependencia debe materializarse, por lo menos, en el pago de un interés complementario, que depende del beneficio del deudor, al interés fijo previsto por las condiciones de emisión del título. En el asunto que dio lugar a la controversia, la remuneración convenida a un tipo de interés fijo únicamente estaría vinculada a las posibles pérdidas, puesto que el pago del interés se suspendería en caso de pérdida contable o se reduciría en una cuantía correspondiente si pudiera, por sí mismo, generar un pérdida contable y se acompañaría de un derecho al pago de los atrasos durante los años siguientes. Por lo tanto, no se trataría, desde el punto de vista de la República de Austria, de una situación que se caracterice por una «participación en los beneficios», en el sentido del artículo 11, apartado 2, del Convenio germano-austriaco, sino, a lo sumo, por una «participación en las pérdidas» que estaría comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 11, apartado 1, de este Convenio.

90. Como ya se ha señalado, el artículo 31, apartado 1, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, prevé que un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

91. En el marco del examen del sentido corriente de la expresión «rendimientos procedentes […] de créditos con participación en los beneficios», procede señalar en primer lugar que se dio preferencia a esta expresión sobre las que hubieran tenido, en mi opinión, un alcance más amplio, de «rendimientos procedentes […] de créditos dependientes de los beneficios» o de «rendimientos procedentes […] de créditos con participación en los resultados».

92. Como ha defendido la República de Austria, cuyas definiciones, con arreglo al sentido corriente de la expresión controvertida, expuestas en su demanda no han sido refutadas en este sentido por la República Federal de Alemania, el derecho a la «participación en los beneficios» alude a la idea del derecho a obtener una parte o una fracción de los beneficios de la empresa. [29]

93. Esta idea se ve respaldada, en mi opinión, por dos de los ejemplos de instrumentos financieros enumerados en el artículo 11, apartado 2, del Convenio germano-austriaco.

94. De este modo, como ha alegado en esencia la República de Austria, las obligaciones participativas («Gewinnobligationen»; en inglés, «profit-sharing bonds») se definen, en general, como obligaciones que dan derecho, además de al interés fijo que ofrecen, a una parte de los beneficios del emisor. [30]

95. De igual modo, los «préstamos participativos» («partiarischen Darlehen»; en inglés, «profit-participating loans»), se caracterizan con frecuencia por un interés básico, que puede ser fijo o variable, complementado por un interés vinculado al importe de los beneficios del deudor. [31]

96. En cambio, resulta más difícil extraer una conclusión concreta de la referencia a la participación del «socio pasivo» («stiller Gesellschafter»; en inglés, «silent partnership») por lo específica que dicha institución jurídica parece ser del Derecho nacional de los dos Estados miembros partes en el Convenio germano-austriaco. Además, parece que, al menos por lo que se refiere al Derecho alemán, este distingue en el propio seno de esta institución jurídica al socio pasivo típico («typischer stiller Gesellschafter») del socio pasivo atípico («atypischer stiller Gesellschafter»), cuyas principales diferencias parecen estar vinculadas al grado de asociación, en la intensidad de la comunidad de intereses, entre el proveedor de fondos (el socio pasivo) y la entidad que recibe dichos fondos, puesto que la calificación adecuada dependerá del conjunto de circunstancias específicas de cada asunto. [32] De forma esquemática, aunque el socio pasivo típico mantiene un estatuto asimilable al del acreedor, participa en los beneficios del deudor, e incluso en los beneficios y pérdidas de este último, compartiendo un cierto número de riesgos con él. El socio pasivo típico puede, a su vez, contar con un poder de decisión en la empresa deudora y participa, en general, también en las reservas ocultas y en las plusvalías latentes, lo que lo asimila a un coempresario. [33]

97. El artículo 11, apartado 2, del Convenio germano-austriaco se limita a mencionar, de forma genérica, al socio pasivo, sin referirse a su forma típica o atípica. Sin embargo, me parece que no cabe duda de que el socio pasivo, independientemente de su forma típica o atípica, participa, al menos, en los beneficios del deudor, como ha señalado la República de Austria sin que este punto haya sido rebatido por la República Federal de Alemania.

29 Véase también, en particular, Cornu, G., *Vocabulaire juridique*, 9.ª ed., PUF, París, 2012, p. 733, que da la siguiente definición de esta expresión: «derecho a una fracción de los beneficios de la empresa o de una explotación, que puede proceder de diversas fuentes (sociedad, préstamo, contrato de trabajo)».

30 Véase también, en particular, Munn, G.G., García, F.L. y Woelfel, C.J., *The Encyclopedia of Banking and Finance*, 10.ª ed., Salem Press, Chicago, 1993; Auckenthaler, F., *Droit des marchés de capitaux*, L.G.D.J, París, 2004, p. 50, y Antoine, J., y Capiau-Huart, M., *Dictionnaire des marchés financiers*, De Boeck & Larcier, Bruselas, 2006, p. 361.

31 Además de las referencias en alemán indicadas por la República de Austria en su demanda, véase, en particular, Bundgaard, J., y Dyppel, K.J., «Profit-Participating Loans in International Tax Law», *Intertax*, n.º 12, 2010, p. 644. Es preciso señalar que estos autores utilizan la expresión «profit-participating loans» en un sentido general que designa varios tipos de instrumentos financieros, en particular, las «Gewinnobligationen» y los «partiarischen Darlehen». Véase, también, Hasbargen, U., y Johnsen, K.M., «Financing of German subsidiairies — German and US tax treatment of silent partnerships and profit participating loans», *Intertax*, n.º 8/9, 1990, p. 377, que precisan que el «profit-participating loan» «is in all respects identical to a fixed interest loan except that the return is variable, as it is calculated on the basis of the company's profits or gross revenues».

32 Respecto de las dificultades que plantean estas instituciones jurídicas en el Derecho tributario internacional, véanse, en este sentido, en particular, Hasbargen, U., y Johnsen, K.M., «Financing of German subsidiairies — German and US tax treatment of silent partnerships and profit participating loans», *Intertax*, n.º 8/9, 1990; Heidemann, M., y Knebel, A., «Double Taxation Treaties: The Autonomous Interpretation Method in German and English Law as demonstrated by the Case of the Silent Partnership», *Intertax*, n.º 3, 2010, p. 136; Schnaffer, J., *Droit fiscal international*, Promoculture-Larcier, Windhof, 2014, pp. 349 a 352 y p. 444, y Lipp, M., «The German Silent Partnership», *European Taxation*, 2015, p. 325.

33 Véanse, en particular, Schnaffer, J., *Droit fiscal international*, Promoculture-Larcier, Windhof, 2014, pp. 349 a 352, y Lipp, M., «The German Silent Partnership», *European Taxation*, 2015, p. 327.

98. En conclusión, el examen de la expresión «rendimientos procedentes […] de créditos con participación en los beneficios», que figura en el artículo 11, apartado 2, del Convenio germano-austriaco, tomando igualmente en consideración los instrumentos financieros que pretenden ilustrar, conduce, en mi opinión, a propugnar la tesis de que la participación en los beneficios se materializa en una remuneración de los fondos puestos a disposición del deudor que varía, aunque solo sea parcialmente, en función del importe de los beneficios de este último.

99. Esta interpretación estricta de la expresión controvertida, que determina asimismo el alcance del artículo 11, apartado 2, del Convenio germano-austriaco, me parece coherente con el sistema del artículo 11 de este Convenio y la distribución de competencias tributarias acordada entre los dos Estados parte en lo que se refiere a la categorías de los «intereses».

100. En efecto, el artículo 11, apartado 1, del Convenio germano-austriaco postula el principio según el cual los «intereses» son gravados en el Estado de residencia de su beneficiario efectivo, mientras que el apartado 2 de este artículo admite únicamente, con carácter excepcional («no obstante»), el gravamen por el Estado de origen de los «rendimientos procedentes de […] créditos con participación en los beneficios». Esta distribución de la competencia tributaria entre los dos Estados miembros para esta categoría de rendimientos se distingue en dos aspectos de la que se desprende del artículo 11, apartados 1 y 2, del Modelo de Convenio OCDE. Por una parte, el Modelo de Convenio OCDE reconoce una facultad impositiva tanto al Estado de residencia como al Estado de origen en relación con el conjunto de la categoría de los rendimientos calificados como «intereses» en el sentido del Modelo, mientras que el artículo 11, apartado 2, del Convenio germano-austriaco limita el derecho del Estado de origen a los intereses que representen una participación en los beneficios del deudor. Por otra parte, mientras que el Modelo de Convenio OCDE limita la facultad impositiva del Estado de origen al 10 % del importe bruto de los intereses, el artículo 11, apartado 2, del Convenio germano-austriaco no establece ningún límite.

101. Una interpretación amplia o extensiva de la expresión «participación en los beneficios» contenida en el artículo 11, apartado 2, del Convenio germano-austriaco autorizaría al Estado de origen a recaudar, sin límite especificado en dicho Convenio, un impuesto sobre los intereses pagados a un sujeto pasivo establecido en el otro Estado parte, sin que el tipo de estos intereses varíe, siquiera parcialmente, en función de los beneficios del deudor. Dicha interpretación autorizaría por tanto una injerencia en la competencia del Estado de residencia del beneficiario efectivo de los intereses, tal como esta competencia figura en el artículo 11, apartado 1, del Convenio germano-austriaco. Además, en la medida en que el tipo impositivo que puede aplicar el Estado de origen no está limitado en el artículo 11 del Convenio germano-austriaco, sino que depende únicamente del Derecho interno de este Estado, al Estado miembro de residencia podría resultarle imposible eliminar, en una amplia medida, la doble imposición mediante la aplicación del método de imputación previsto en el artículo 23, apartado 2, letra b), del Convenio germano-austriaco.

102. De ello se desprende, en mi opinión, que, habida cuenta de su sentido corriente, del contexto en el que la expresión «rendimientos procedentes […] de créditos con participación en los beneficios» se utiliza y del objetivo perseguido por el artículo 11 del Convenio germano-austriaco, esta expresión debe interpretarse en sentido estricto y limitarse a las situaciones en las que la remuneración del crédito varíe, por lo menos parcialmente, en función del importe de los beneficios del deudor.

103. En el asunto que dio lugar a la controversia, consta que, de conformidad con las condiciones de emisión, los títulos T1, T2 y T3 dan derecho al pago de intereses anuales a tipo fijo calculado sobre el valor nominal de dichos títulos y predeterminado en el momento de la suscripción de los mismos. Las condiciones de emisión en modo alguno establecen que el tipo de interés se complete, como mínimo, con un elemento de variación que represente una parte o una fracción de los beneficios obtenidos por el deudor. Así pues, tanto si los beneficios obtenidos por el deudor son de un millón como si son de diez millones de euros, el tipo de interés pagado como remuneración de la obligación suscrita será el establecido en las condiciones de emisión, y se basará únicamente en el valor nominal de los títulos.

104. En efecto, como reconoce la República de Austria, con arreglo a las condiciones de emisión, el tipo de interés puede reducirse hasta alcanzar un 0 % si el deudor incurre en pérdidas.

105. No obstante, si no se producen pérdidas durante los años posteriores, el acreedor obtiene un derecho al pago de los atrasos durante estos años posteriores, puesto que la diferencia con el valor nominal de los títulos —y no, siquiera parcialmente, en función del importe de los beneficios posteriormente obtenidos por el deudor— se compensará durante los citados años. Por lo tanto, se trata de una cláusula de aplazamiento de intereses en caso de pérdidas más que de una cláusula de participación en los beneficios del deudor.

106. En efecto, es innegable que, con arreglo a las condiciones de emisión, el suscriptor de los títulos se compromete a soportar un cierto riesgo, a saber, el riesgo de que el emisor incurra en pérdidas durante uno o varios ejercicios. No obstante, esta asimetría en la remuneración de los títulos, es decir, un interés cuyo tipo puede variar en caso de pérdidas, pero que no depende del importe de los beneficios obtenidos por el deudor, no puede considerarse, en mi opinión, como una remuneración que otorga total o parcialmente al acreedor una parte o una fracción de los beneficios del deudor. En estas circunstancias, no se trata de «rendimientos procedentes de […] créditos con participación en los beneficios [del deudor]», en el sentido del artículo 11, apartado 2, del Convenio germano-austriaco.

107. El hecho, sobre el que la República Federal de Alemania se ha basado con vehemencia en sus escritos, de que el Bundesfinanzhof (Tribunal Supremo de lo Tributario, Alemania) llegó a una conclusión inversa en una sentencia de 26 de agosto de 2010 [34] no puede modificar esta conclusión. En efecto, en el marco de la aplicación del artículo 273 TFUE, el Tribunal de Justicia no puede quedar vinculado por las apreciaciones efectuadas por un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros partes en la controversia, so pena de privar por completo de efecto útil a la cláusula arbitral en virtud de la cual estos Estados han decidido someterle la resolución de dicha controversia. En el presente asunto, puesto que esa cláusula se refiere a la interpretación y a la aplicación del Convenio germano-austriaco, el Tribunal de Justicia es, como es natural, completamente libre para interpretar este Convenio a la luz de los principios de interpretación que se derivan del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

108. Por todas estas razones, considero que procede estimar las pretensiones formuladas por la República de Austria. En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia que declare que la expresión «rendimientos procedentes de derechos o de créditos con participación en los beneficios», prevista en el artículo 11, apartado 2, del Convenio germano-austriaco, debe interpretarse en el sentido de que comprende los rendimientos que conceden al acreedor una parte o una fracción de los beneficios del deudor, con exclusión de los que pueden variar únicamente en caso de que dicho deudor incurra en pérdidas.

VI. Costas

109. El artículo 137 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia establece que se decidirá sobre las costas en la sentencia o en el auto que ponga fin al proceso. Asimismo, el artículo 138 de este mismo Reglamento prevé que la parte que haya visto desestimadas sus pretensiones será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte.

110. Dado que la República de Austria ha solicitado la condena en costas de la República Federal de Alemania y que, en mi opinión, deben desestimarse las pretensiones de esta última, propongo que el Tribunal de Justicia estime la solicitud de la República de Austria.

34 GZ I R 53/09.

VII. Conclusión

111. Por todas estas razones, propongo al Tribunal de Justicia que:

– Declare que la expresión «rendimientos procedentes de derechos o de créditos con participación en los beneficios», prevista en el artículo 11, apartado 2, del Convenio, de 24 de agosto de 2000, entre la República de Austria y la República Federal de Alemania para evitar la doble imposición en materia de los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, debe interpretarse en el sentido de que comprende los rendimientos que conceden al acreedor una parte o una fracción de los beneficios del deudor, con exclusión de los que pueden variar únicamente en caso de que dicho deudor incurra en pérdidas.

– Condene en costas a la República Federal de Alemania.