Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. ATHANASIOS RANTOS
presentadas el 30 de septiembre de 2021 [1]

Asunto C-257/20

«Viva Telecom Bulgaria» EOOD
contra
Direktor na Direktsia «Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika» — Sofia,
con la intervención de:
Varhovna administrativna prokuratura na Republika Bulgaria

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Varhoven administrativen sad (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Bulgaria)]

«Procedimiento prejudicial — Fiscalidad directa — Régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros — Artículo 63 TFUE — Libre circulación de capitales — Artículo 49 TFUE — Libertad de establecimiento — Directiva 2003/49/CE — Exclusión de pagos en concepto de intereses o cánones — Pagos de préstamos sin interés — Directiva 2011/96/UE — Directiva 2008/7/CE — Principio de plena competencia — Sujeción a retención en origen de los intereses no pagados — Fraude, evasión y abuso en materia fiscal»

I. Introducción

1. El presente asunto versa sobre la cuestión de si el Derecho de la Unión se opone a una legislación tributaria de un Estado miembro que prevé, en aplicación del «principio de plena competencia» y en vista de la lucha contra la evasión fiscal, la tributación mediante la retención en origen de los intereses ficticios que una filial residente, que se benefició de un préstamo sin interés concedido por su sociedad matriz no residente, habría tenido que abonar a esta última según las condiciones de mercado. De este modo, este asunto plantea una problemática conocida por el Tribunal de Justicia, a saber, la compatibilidad con las disposiciones relativas a la libre circulación de las legislaciones nacionales contra las prácticas abusivas adoptadas en materia de impuestos directos.

2. La presente petición de decisión prejudicial se ha planteado en el marco de un litigio fiscal búlgaro relativo a un préstamo sin interés convertible en aportaciones de capital concedido a una sociedad establecida en Bulgaria, a saber, «Viva Telecom Bulgaria» (en lo sucesivo, «demandante»), por su único accionista, una sociedad establecida en Luxemburgo, InterV Investment Sàrl (en lo sucesivo, «InterV Investment»).

[1] Lengua original: francés.

3. El presente asunto brindará al Tribunal de Justicia la ocasión de pronunciarse sobre la conformidad de una legislación tributaria nacional sobre lucha contra el fraude con el Derecho primario y el Derecho derivado de la Unión en un ámbito muy sensible, el de la imposición de las transacciones intragrupo en la Unión Europea.

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

1. Adhesión de la República de Bulgaria a la Unión Europea

4. El artículo 20 del Protocolo relativo a las condiciones y al procedimiento de admisión de la República de Bulgaria y de Rumanía a la Unión Europea [2] y el artículo 23 del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión Europea, [3] sobre las medidas transitorias, establecen que las medidas enumeradas en los Anexos VI de dicho Protocolo y de dicha Acta se aplicarán respecto de la República de Bulgaria con arreglo a las condiciones establecidas en dichos Anexos.

5. Dichos Anexos, titulados, respectivamente, «Lista contemplada en el artículo 20 del Protocolo: Medidas transitorias para Bulgaria» y «Lista contemplada en el artículo 23 del Acta de adhesión: Medidas transitorias para Bulgaria», mencionan, en los puntos 3 de sus secciones 6, tituladas «Fiscalidad», la Directiva 2003/49/CE, [4] en su versión modificada por la Directiva 2004/76/CE, [5] e indican lo siguiente:

«Bulgaria estará autorizada a no aplicar lo dispuesto en el artículo 1 de la [Directiva 2003/49] hasta el 31 de diciembre de 2014. Durante dicho período transitorio, el tipo impositivo sobre los pagos de intereses o cánones efectuados a una sociedad asociada de otro Estado miembro o a un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro de una sociedad asociada de un Estado miembro no deberá superar el 10 % hasta el 31 de diciembre de 2010 ni el 5 % durante los años siguientes hasta el 31 de diciembre de 2014.»

2. Directiva 2003/49

6. Los considerandos 2 y 4 de la Directiva 2003/49 tienen el siguiente tenor:

«(2) En la actualidad no se cumple esta exigencia por lo que respecta a los pagos de intereses y cánones. Las legislaciones fiscales nacionales, combinadas en su caso con convenios bilaterales o multilaterales, quizás no siempre garanticen la eliminación de la doble imposición y que su aplicación implica a menudo trámites administrativos onerosos y problemas de tesorería para las sociedades afectadas.

[…]

[2] DO 2005, L 157, p. 29.

[3] DO 2005, L 157, p. 203, en lo sucesivo, «Acta de adhesión».

[4] Directiva 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).

[5] Directiva del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se modifica la Directiva 2003/49 (DO 2004, L 157, p. 106).

(4) La supresión de los impuestos sobre los pagos de intereses y cánones en el Estado miembro en el que se generan, recaudados bien mediante retención a cuenta o bien mediante estimación de la base imponible, constituye la solución más adecuada para eliminar dichas cargas y trámites y conseguir la igualdad de trato fiscal entre las transacciones nacionales y las transfronterizas. Se impone proceder a la supresión de dichos impuestos por lo que respecta a los pagos efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, así como a los realizados entre establecimientos permanentes de dichas sociedades.»

7. El artículo 1 de dicha Directiva, titulado «Ámbito de aplicación y procedimiento», está redactado en los siguientes términos:

«1. Los pagos de intereses o cánones procedentes de un Estado miembro estarán exentos de cualquier impuesto sobre dichos pagos (ya sean recaudados mediante retención a cuenta o mediante estimación de la base imponible) en dicho Estado de origen, siempre que el beneficiario efectivo de los intereses o cánones sea una sociedad de otro Estado miembro o un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro de una sociedad de un Estado miembro.

2. Se considerará que procede de un Estado miembro (Estado de origen) el pago efectuado por una sociedad de dicho Estado o por un establecimiento permanente radicado en dicho Estado de una sociedad de otro Estado miembro.

[…]

4. Una sociedad de un Estado miembro será tratada como el beneficiario efectivo de los intereses o cánones únicamente si recibe tales pagos en su propio beneficio y no en calidad de intermediario, esto es de agente, depositario o mandatario.

[…]»

8. A tenor de lo dispuesto en la letra a) del artículo 2 de la citada Directiva, titulado «Definición de intereses y cánones»:

«A los efectos de la presente Directiva se entenderá por:

“intereses”: el rendimiento de los créditos de cualquier clase, estén o no garantizados por una hipoteca o una cláusula de participación en los beneficios del deudor, y en particular el rendimiento de bonos y obligaciones, incluidas las primas y lotes vinculados a estos. Los recargos por pago atrasado no se considerarán intereses».

9. El artículo 4 de esta Directiva, titulado «Exclusión de pagos en concepto de intereses o cánones», establece lo siguiente:

«1. El Estado miembro de origen no estará obligado a garantizar las ventajas de la presente Directiva en los casos siguientes:

a) los pagos que se traten como distribución de beneficios o como reembolso del capital, con arreglo a la legislación del Estado de origen;

[…]

d) los pagos procedentes de créditos que no contengan disposiciones sobre la devolución del principal o cuya devolución sea devengable más de 50 años después de la fecha de emisión.

2. Cuando, debido a una relación especial entre el pagador y el beneficiario efectivo de los intereses o cánones, o entre ambos y un tercero, el importe de dichos intereses o cánones supere el que habrían convenido ambos de no existir dicha relación especial entre ellos, lo dispuesto en la presente Directiva se aplicará, en su caso, exclusivamente a este último si lo hubiere.»

10. Con arreglo al artículo 5 de la Directiva 2003/49, titulado «Fraude y abuso»:

«1. La presente Directiva no se opondrá a la aplicación de disposiciones nacionales o contractuales destinadas a impedir el fraude fiscal y los abusos.

2. Los Estados miembros podrán denegar el amparo de la presente Directiva o negarse a aplicarla a cualquier transacción cuyo móvil principal o uno de cuyos móviles principales sea el fraude fiscal, la evasión fiscal o el abuso.»

3. Directiva 2008/7/CE

11. A tenor de lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 2008/7/CE,[6] titulado «Aportaciones de capital»:

«A efectos de la presente Directiva y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, tendrán la consideración de "aportaciones de capital" las siguientes operaciones:

[…]

h) el incremento del patrimonio social de una sociedad de capital, por medio de prestaciones efectuadas por un socio, que no suponga un aumento del capital social, pero que dé lugar a una modificación de los derechos sociales o pueda aumentar el valor de las partes sociales;

i) el préstamo que contrate una sociedad de capital, si el acreedor tuviere derecho a una cuota-parte de los beneficios de la sociedad;

j) el préstamo que contrate una sociedad de capital con un socio, con el cónyuge o con un hijo de un socio, así como el contratado con un tercero, cuando esté garantizado por un socio, a condición de que el préstamo cumpla la misma función que un aumento del capital social.»

12. El artículo 5 de dicha Directiva, titulado «Operaciones no sujetas a impuestos indirectos», prevé, en su apartado 1:

«Los Estados miembros no someterán a las sociedades de capital a ninguna forma de imposición indirecta en lo que respecta a lo siguiente:

a) aportaciones de capital;

b) préstamos o prestaciones efectuadas en el ámbito de aportaciones de capital;

[6] Directiva 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).

[…]»

4. Directiva 2011/96/UE

13. Los considerandos 3 a 5 de la Directiva 2011/96/UE[7] tienen el siguiente tenor:

«(3) El objetivo de la presente Directiva es eximir de retención en origen los dividendos y otros beneficios distribuidos por filiales a sus sociedades matrices, y eliminar la doble imposición de esas rentas en la sociedad matriz.

(4) Los grupos de sociedades de Estados miembros diferentes pueden ser necesarios para crear en la Unión condiciones análogas a las de un mercado interior y para garantizar así el buen funcionamiento de dicho mercado interior. No se deben dificultar estas operaciones con restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros. Por consiguiente, es necesario establecer para esos grupos de sociedades de Estados miembros diferentes unas normas fiscales neutras respecto a la competencia con el fin de permitir que las empresas se adapten a las exigencias del mercado interior, aumenten su productividad y refuercen su posición de competitividad en el plano internacional.

(5) Los grupos en cuestión pueden desembocar en la creación de grupos de sociedades matrices y filiales.»

14. A tenor de lo dispuesto en el artículo 1 de dicha Directiva:

«1. Cada Estado miembro aplicará la presente Directiva:

[…]

b) a las distribuciones de beneficios efectuadas por sociedades de dicho Estado miembro a sus sociedades filiales en otros Estados miembros;

[…]

2. Los Estados miembros no acordarán los beneficios contemplados en la presente Directiva a un arreglo o una serie de arreglos falseados, vistos todos los hechos y circunstancias pertinentes, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la presente Directiva.

Un arreglo podrá estar constituido por más de una fase o parte.

3. A efectos del apartado 2, un arreglo o una serie de arreglos se considerarán falseados en la medida en que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica.

[7] Directiva del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DO 2011, L 345, p. 8), en su versión modificada por la Directiva (UE) 2015/121 del Consejo, de 27 de enero de 2015 (DO 2015, L 21, p. 1) (en lo sucesivo, «Directiva 2011/96»).

4. La presente Directiva no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias para la prevención de la evasión fiscal, el fraude fiscal o las prácticas abusivas.»

15. El artículo 5 de dicha Directiva está redactado en los siguientes términos:

«Los beneficios distribuidos por una sociedad filial a su sociedad matriz quedarán exentos de la retención en origen.»

B. Derecho búlgaro

16. El artículo 1, punto 4, de la zakon za korporativnoto podohodno oblagane (Ley del impuesto sobre sociedades) [8] (en lo sucesivo, «ZKPO») dispone lo siguiente:

«La presente ley regula la imposición de los rendimientos a los que se refiere, percibidos en la República de Bulgaria por personas jurídicas residentes o no residentes.»

17. Con arreglo al artículo 5 de la ZKPO:

«1. Los beneficios estarán sujetos al impuesto sobre sociedades.

2. Los rendimientos percibidos por personas jurídicas residentes o no residentes a que se refiere la presente ley estarán sujetos a una retención en origen.»

18. El artículo 12, apartado 5, de la ZKPO tiene el siguiente tenor:

«Cuando quienes los perciban sean personas jurídicas residentes, empresarios individuales residentes o bien personas jurídicas no residentes o empresarios individuales no residentes a través de un establecimiento permanente o de un establecimiento concreto en el país, o cuando sean abonados a personas jurídicas no residentes por personas físicas residentes o por personas físicas no residentes que disponen de un establecimiento concreto, los siguientes rendimientos tendrán la consideración de rendimientos de origen nacional:

1) los intereses, incluidos los intereses de la devolución de las cuotas de arrendamiento financiero.

[…]»

19. El artículo 16 de la ZKPO, titulado «Fraude fiscal», prevé:

«1. ([…] en vigor desde el 1 de enero de 2010) Cuando una o varias operaciones, incluidas aquellas entre personas no vinculadas, se realicen en condiciones que conduzcan al fraude fiscal, para la determinación de su base imponible no se tendrán en cuenta esas operaciones, algunas de sus condiciones o su forma jurídica, sino que se tomará en consideración la base imponible que resultaría de la realización de una operación habitual del mismo tipo a precio de mercado que persiga el mismo resultado económico sin conducir al fraude fiscal.

[8] DV n.º 105, de 22 de diciembre de 2006.

2. También tendrán la consideración de fraude fiscal:

[…]

3) la obtención o la concesión de préstamos a un tipo de interés diferente del tipo de interés habitual en el mercado en el momento de la celebración de la operación, incluidos los casos de préstamos sin interés u otras ayudas financieras gratuitas limitadas en el tiempo, así como la condonación de préstamos o el reembolso por cuenta propia de préstamos no vinculados a la actividad;

[…]»

20. El artículo 20 de la ZKPO, titulado «Tipo impositivo», tiene el siguiente tenor:

«El tipo impositivo del impuesto sobre sociedades será del 10 %.»

21. La tercera parte de la ZKPO, titulada «Retención en origen», incluye, en particular, los artículos 195 a 202a.

22. El artículo 195 de la ZKPO, titulado «Retención en origen de los rendimientos percibidos por los no residentes», establece lo siguiente:

«1. […] (en vigor desde el 1 de enero de 2011) Los rendimientos percibidos por personas jurídicas no residentes con origen en territorio nacional […] estarán sujetos a una retención en origen cuyo pago satisface definitivamente la deuda tributaria.

2. El impuesto a que se refiere el apartado 1 será retenido por las personas jurídicas residentes […] que efectúen los pagos correspondientes a las personas jurídicas no residentes […]

[…]

6. No estarán sujetos a la retención en origen:

[…]

3) ([…] en vigor desde el 1 de enero de 2015) Los rendimientos procedentes de intereses, de derechos de autor y de licencias, en las condiciones previstas en los apartados 7 a 12;

[…]

7. ([…] en vigor desde el 1 de enero de 2015) Los rendimientos procedentes de intereses, de derechos de autor y de licencias no estarán sujetos a la retención en origen si a la vez se cumplen los siguientes requisitos:

[…]

11. ([…] en vigor desde el 1 de enero de 2015) Los apartados 7, 8, 9 y 10 no se aplicarán a:

1) Rendimientos que constituyan una distribución de beneficios o un reembolso de capital;

[…]

4) Los rendimientos procedentes de créditos que no contengan disposiciones sobre la devolución del principal o cuya devolución se produzca más de 50 años después de la fecha de emisión;

[…]

7) Los rendimientos procedentes de operaciones cuyo motivo principal o uno de cuyos motivos principales sea el fraude fiscal o la evasión fiscal.»

23. El artículo 199 de la ZKPO, titulado «Base imponible del impuesto retenido en origen a partir de los rendimientos de los no residentes», prevé, en su apartado 1:

«La base imponible para determinar la cuota del impuesto que será retenido en origen a partir de los rendimientos a los que se refiere el artículo 195, apartado 1, será el importe bruto de dichos rendimientos […]»

24. El artículo 200 de la ZKPO, titulado «Tipo impositivo», disponía, en su apartado 2, en su versión en vigor a partir del 1 de enero de 2011:

«[…] El tipo impositivo del impuesto sobre los rendimientos a los que se refiere el artículo 195 será del 10 %, salvo en los casos previstos en el artículo 200a.»

25. A partir del 1 de enero de 2015, esta disposición ha sido modificada como sigue:

«[…] El tipo impositivo del impuesto sobre los rendimientos a los que se refiere el artículo 195 será del 10 %.»

26. El artículo 200a de la ZKPO, en su versión en vigor a partir del 1 de enero de 2011, modificado y completado a partir del 1 de enero de 2014, preveía, hasta su derogación con efectos a partir del 1 de enero de 2015:

«1. El tipo impositivo del impuesto sobre los rendimientos procedentes de intereses, de derechos de autor y de licencias será del 5 %, si a la vez se cumplen los siguientes requisitos;

[…]

5. Las disposiciones de los apartados 1 a 4 no se aplicarán a:

1) Rendimientos que constituyan una distribución de beneficios o un reembolso de capital;

[…]

4) Rendimientos procedentes de créditos que no contengan disposiciones sobre la devolución del principal o cuya devolución sea exigible más de 50 años después de la fecha de emisión;

[…]»

27. El artículo 202a, titulado «Nuevo cálculo del impuesto retenido en origen», en su versión en vigor a partir del 1 de enero de 2010, dispone, en sus apartados 1 a 4:[9]

«1. […] Una persona jurídica no residente que es residente fiscal de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado del Espacio Económico Europeo podrá optar por un nuevo cálculo del impuesto retenido en origen por lo que respecta a los rendimientos a que se refiere el artículo 12, apartados 2, 3, 5 y 8. Cuando la persona no residente opte por un nuevo cálculo del impuesto retenido en origen, dicho nuevo cálculo incluirá todos los rendimientos a que se refiere el artículo 12, apartados 2, 3, 5 y 8, percibidos durante el ejercicio.

2. Cuando la persona no residente opte por un nuevo cálculo del impuesto retenido en origen por lo que respecta a los rendimientos percibidos, el impuesto objeto del nuevo cálculo equivaldrá al impuesto sobre sociedades que se habría adeudado sobre dichos rendimientos si los hubiera percibido una persona jurídica residente. Cuando la persona no residente haya efectuado gastos relacionados con los rendimientos en el sentido de la primera frase sobre los que se habría adeudado un impuesto sobre los gastos si los hubiera efectuado una persona jurídica residente, dicho impuesto se añadirá al importe del impuesto objeto del nuevo cálculo.

3. Cuando el importe de la retención en origen a que se refiere el artículo 195, apartado 1, supere la cuota del impuesto objeto del nuevo cálculo con arreglo al apartado 2, la diferencia deberá ser reembolsada hasta el importe de la retención en origen a que se refiere el artículo 195, apartado 1, que la persona no residente no puede deducir del impuesto adeudado en su Estado de residencia.

4. La declaración fiscal anual presentada indicará si se ha optado por el nuevo cálculo del impuesto retenido en origen. La persona no residente presentará su declaración fiscal al Teritorialna direktsia na Natsionalna agentsia za prihodite — Sofia [Dirección territorial de la Agencia nacional de Hacienda pública de Sofía, Bulgaria] antes del 31 de diciembre del año siguiente al de la percepción de los rendimientos.»

III. Litigio principal, cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

28. El 22 de noviembre de 2013, la demandante celebró, en calidad de prestataria, un acuerdo relativo a un préstamo con su accionista único, a saber, InterV Investment, por la que esta última, en calidad de prestamista, le concedió un préstamo convertible sin interés, con vencimiento 60 años después de la entrada en vigor de dicho acuerdo (en lo sucesivo, «préstamo controvertido»). Este acuerdo preveía que la obligación de la prestataria de devolver el préstamo se extinguiría en cualquier momento después de la fecha de concesión de la financiación en caso de que tomara la decisión de realizar una aportación en especie a su capital por el importe adeudado del préstamo.

29. Mediante resolución de 16 de octubre de 2017, la Teritorialna direktsia na Natsionalnata agentsia za prihodite (Director de la Dirección territorial de la Agencia nacional de Hacienda pública, Bulgaria) (en lo sucesivo, «Administración Tributaria») procedió a una regularización tributaria de la demandante, liquidando a cargo de esta un impuesto mediante retención en

[9] El contenido de esta disposición no ha sido facilitado por el órgano jurisdiccional remitente, sino por la Administración Tributaria (parcialmente) y el Gobierno búlgaro (íntegramente) en sus observaciones escritas.

origen, con arreglo al artículo 195, apartado 2, de la ZKPO, respecto de los rendimientos por intereses pagados a InterV Investment, en relación con el período comprendido entre el 14 de febrero de 2014 y el 31 de marzo de 2015.

30. Tras constatar que, en la fecha en que se llevó a cabo la inspección fiscal, el préstamo controvertido no se había transformado en capital [10] y que la prestataria ni había devuelto dicho préstamo ni pagado intereses, la Administración Tributaria concluyó que existía una operación que conducía al «fraude fiscal», en el sentido del artículo 16, apartado 2, punto 3, de la ZKPO, que califica como tal la obtención o la concesión de préstamos a un tipo de interés diferente del tipo de interés habitual en el mercado en el momento de la concertación del negocio jurídico, incluidos los casos de préstamos sin interés. La Administración Tributaria estableció en su resolución el tipo de interés del mercado que debía aplicarse al préstamo para calcular los intereses no satisfechos por la prestataria antes de practicar respecto de tales intereses una retención en origen del 10 %.

31. Mediante sentencia de 29 de marzo de 2019, el Administrativen sad Sofia (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Sofía, Bulgaria), que conoció de un recurso interpuesto por la demandante dirigido a impugnar la legalidad de la resolución controvertida, desestimó dicho recurso al considerar que el préstamo controvertido era un activo financiero de dicha sociedad que le había generado beneficios debido a la falta de pago de intereses, mientras que la prestamista, por su parte, había sufrido una pérdida económica como consecuencia de la pérdida de esos intereses. Según dicho órgano jurisdiccional, el importe del préstamo se utilizó para cubrir determinadas obligaciones financieras de la prestataria previstas en el acuerdo relativo al préstamo y no constituía, por lo tanto, fondos propios.

32. La demandante interpuso recurso de casación ante el órgano jurisdiccional remitente, el Varhoven administrativen sad (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Bulgaria) dirigido a obtener la anulación de dicha sentencia.

33. En apoyo de su recurso de casación, la demandante alegó que la retención en origen fue liquidada sobre rendimientos de intereses ficticios, sin tener en cuenta la existencia acreditada de un interés comercial para la concesión del préstamo sin interés. Asimismo, aduce que no disponía de ningún medio para el pago de los intereses del préstamo controvertido y que InterV Investment era la única accionista en el momento en que se celebró el acuerdo relativo a dicho préstamo. Arguyó también que el artículo 16, apartado 2, punto 3, de la ZKPO era contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, puesto que no permite a las partes de un contrato de préstamo sin interés demostrar que existen razones económicas admitidas para la concesión del préstamo.

34. Con carácter subsidiario, la demandante alega que, dado que la República de Bulgaria ha ejercido la opción contemplada en el artículo 4, apartado 1, letra d), de la Directiva 2003/49, que permite a los Estados miembros excluir del ámbito de aplicación de dicha Directiva los intereses de los préstamos que traten fiscalmente como rendimientos derivados de instrumentos de capital, es aplicable la Directiva 2011/96, que se refiere a este tipo de rendimientos. Pues bien, en virtud del artículo 5 de dicha Directiva, los beneficios distribuidos por una sociedad filial residente a su sociedad matriz no residente quedarán exentos de la retención en origen. Añadió que el

[10] Esta conversión se efectuó el 31 de octubre de 2018.

préstamo controvertido constituía una aportación de capital, en el sentido del artículo 3, letras h) a j), de la Directiva 2008/7, que, con arreglo al artículo 5 de dicha Directiva, no debe estar sujeto a ningún impuesto indirecto.

35. En estas circunstancias, el Varhoven administrativen sad (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Se oponen el principio de proporcionalidad recogido en los artículos 5 [TUE], apartado 4, y 12 [TUE], letra b), y el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [en lo sucesivo, "Carta"], a una normativa nacional como la establecida en el artículo 16, apartado 2, punto 3, de la [ZKPO]?

2) ¿Constituye el pago de intereses en virtud del artículo 4, apartado 1, letra d), de la Directiva [2003/49] una distribución de beneficios a la que se aplica el artículo 5 de la Directiva [2011/96]?

3) ¿Es aplicable lo dispuesto en el artículo 1, apartados 1, letra b), y 3, y en el artículo 5 de la Directiva [2011/96] a los pagos correspondientes a un préstamo sin interés, comprendido en el ámbito del artículo 4, apartado 1, letra d), de la Directiva [2003/49], que vence 60 años después de la celebración del contrato?

4) ¿Se oponen los artículos 49 [TFUE] y 63 [TFUE], apartados 1 y 2, el artículo 1, apartados 1, letra b), y 3, y el artículo 5 de la Directiva [2011/96] y el artículo 4, apartado 1, letra d), de la Directiva [2003/49] a una normativa nacional como la establecida en los artículos 195, apartado 1, y 200, apartado 2, […] y en el artículo 200a, apartados 1 y 5, punto 4, de la ZKPO (derogado) en las respectivas versiones en vigor entre el 1 de enero de 2011 y el 1 de enero de 2015, así como en el artículo 195, apartados 1, [apartado] 6, punto 3, y [apartado] 11, punto 4, de la ZKPO, en la versión vigente a partir del 1 de enero de 2015, y a una práctica tributaria conforme a la cual están sujetos a una retención en origen los intereses no pagados, resultantes de un préstamo sin interés, que una sociedad matriz establecida en otro Estado miembro concedió a una sociedad filial residente y que vence 60 años después del 22 de noviembre de 2013?

5) ¿Se oponen el artículo 3, apartado 1, letras h) a j), el artículo 5, apartado 1, letras a) y b), el artículo 7, apartado 1, y el artículo 8 de la Directiva [2008/7] a una normativa nacional como la establecida en el artículo 16, apartados 1 y 2, punto 3, y en el artículo 195, apartado 1, de la ZKPO, relativos a la tributación en origen de rendimientos ficticios por intereses resultantes de un préstamo sin interés concedido a una sociedad residente por una sociedad de otro Estado miembro que es el único accionista de la prestataria?

6) ¿Viola los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima la transposición de la Directiva [2003/49] en 2011, antes de la expiración del período transitorio previsto en el anexo VI, sección "Fiscalidad", punto 3, del Acta [de adhesión], por el artículo 200, apartado 2, y por el artículo 200a, apartados 1 y 5, punto 4, de la ZKPO, estableciendo a un tipo impositivo del 10 % en lugar del tipo máximo del 5 % previsto en el Acta [de adhesión] y el Protocolo [de admisión]?»

36. Han presentado observaciones escritas la demandante, la Administración Tributaria, el Gobierno búlgaro y la Comisión Europea. Estas partes también formularon observaciones orales en la vista celebrada el 30 de junio de 2021.

IV. Análisis

A. Observaciones preliminares

37. Mediante sus seis cuestiones prejudiciales, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la retención en origen es contraria, por una parte, al Derecho primario de la Unión resultante de los artículos 5 TUE, apartado 4, y 12 TUE, letra b), del artículo 47 de la Carta y de los artículos 49 TFUE y 63 TFUE (cuestiones prejudiciales primera y cuarta) y/o, por otra parte, al Derecho derivado de la Unión resultante, respectivamente, de la Directiva 2003/49 (cuestiones prejudiciales segunda, tercera, cuarta y sexta), de la Directiva 2011/96 (cuestiones prejudiciales segunda, tercera y cuarta) y de la Directiva 2008/7 (quinta cuestión prejudicial).

38. Antes de efectuar el análisis jurídico de las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, conviene formular las siguientes observaciones preliminares.

1. Soberanía fiscal de los Estados miembros y Derecho de la Unión

39. Es preciso recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros y no se exige un planteamiento armonizado de dicha tributación, los Estados miembros deben ejercer no obstante esta competencia con arreglo al Derecho de la Unión. [11] Dicha jurisprudencia admite asimismo que las disposiciones relativas a las libertades previstas por los Tratados pueden limitar los derechos del Estado miembro a establecer los requisitos y las modalidades de gravamen de los rendimientos de los nacionales de otros Estados miembros resultantes de una actividad ejercida en el territorio del Estado miembro de imposición. [12]

40. Procede observar asimismo que, si bien los Estados miembros disponen de autonomía en el ámbito de la constatación del fraude, el Tribunal de Justicia ha precisado que, para poder considerar que una normativa nacional tiene por finalidad evitar fraudes y abusos, su fin específico debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, cuyo fin sea acogerse indebidamente a una ventaja tributaria. [13]

[11] Véanse las sentencias de 14 de febrero de 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31), apartado 21, y de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), apartado 29.

[12] Véase la sentencia de 14 de febrero de 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31), apartado 24.

[13] Véase la sentencia de 20 de diciembre de 2017, Deister Holding y Juhler Holding (C-504/16 y C-613/16, EU:C:2017:1009), apartado 60.

2. Práctica fiscal internacional y Derecho de la Unión

a) Disposiciones contra las prácticas abusivas

41. La intención de eliminar la doble imposición sin dar lugar a una ausencia de imposición o a una imposición reducida mediante la evasión y el fraude fiscal —en particular, mediante el recurso a la elección abusiva de los convenios más favorables— es un objetivo de política fiscal perseguido a escala internacional.

42. Dicho objetivo se manifiesta especialmente en el marco de los convenios internacionales en materia fiscal, en los que se establecen disposiciones contra las prácticas abusivas cuyo objeto es excluir, en caso de fraude o de abuso, la aplicación de las disposiciones que confieren derechos al contribuyente. Estas cláusulas se han plasmado tanto en el Derecho de la Unión como en el ordenamiento jurídico interno de varios Estados miembros, como pone de relieve el presente asunto.

43. Es preciso recordar, a este respecto, que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un contribuyente no puede disfrutar de un derecho o de una ventaja que se deriven del Derecho de la Unión si la operación en cuestión es puramente artificial desde el punto de vista económico y persigue eludir la aplicación de la legislación del Estado miembro de que se trate. [14]

44. Procede señalar asimismo que las Directivas 2003/49 y 2011/96, que son el objeto de las cuestiones prejudiciales, tienen como objetivo común evitar la evasión fiscal y no solo permiten a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para prevenir este tipo de fraude, sino también denegar el amparo de dichas Directiva o negarse a aplicarlas en caso de fraudes o de abusos.

b) Principio de plena competencia

45. El «principio de plena competencia» (*arm's length principle*) —que puede encontrarse, en particular, en el artículo 9 del Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), [15] que refleja el consenso de los miembros de la organización— tiene como objetivo garantizar que los contribuyentes que operan en el seno de un grupo de empresas reciban el mismo trato que los contribuyentes que negocian de manera autónoma en el mercado en el marco del sistema general del impuesto de sociedades.

46. Dicho principio ha sido reconocido asimismo por el Tribunal de Justicia, que consideró, tanto en materia de imposición como en otros ámbitos no fiscales, que el principio de plena competencia es un criterio adecuado para distinguir las construcciones artificiales de las operaciones económicas reales y representa, en este contexto, un elemento objetivo mediante el cual será posible evaluar si la finalidad esencial de la operación de que se trate consiste en obtener una ventaja fiscal. [16]

[14] Véase la sentencia de 26 de febrero de 2019, N Luxembourg 1 y otros (C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16, EU:C:2019:134), apartado 109 y jurisprudencia citada.

[15] Modelo de Convenio de la OCDE de 2017 para la eliminación de la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y para la prevención de la elusión y evasión fiscales, en la versión de la actualización de la OCDE de 2017, de 21 de noviembre de 2017.

[16] Véanse las sentencias de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros (C-255/02, EU:C:2006:121), apartado 86, y de 13 de marzo de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161), apartado 81.

B. Sobre la primera cuestión prejudicial

47. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 16, apartado 2, punto 3, de la ZKPO es contrario a los artículos 5 TUE, apartado 4, y 12 TUE, letra b), y al derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial consagrado en el artículo 47 de la Carta.

48. Conviene señalar antes de nada que, con arreglo al artículo 5 TUE, apartado 4, el principio de proporcionalidad se aplica al «contenido y [a] la forma de la acción de la Unión», mientras que el artículo 12 TUE, letra b), se refiere al papel de los Parlamentos nacionales en materia de respeto del principio de subsidiariedad. Así, estas disposiciones establecen los principios que deben presidir la aplicación del proceso legislativo de la Unión y no la de los Estados miembros. A este respecto, el Tribunal de Justicia consideró que no procedía responder a una cuestión similar planteada por el mismo órgano jurisdiccional remitente en un asunto relativamente reciente, puesto que dichas disposiciones no se refieren a normativas nacionales y no se aplican a una situación como la controvertida en el litigio principal. [17]

49. Por lo que se refiere, a continuación, al derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 47 de la Carta, de reiterada jurisprudencia se desprende que las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales vinculan únicamente a los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión. [18]

50. El artículo 16, apartado 2, punto 3, de la ZKPO prevé que la obtención o la concesión de préstamos a un tipo de interés diferente del tipo de interés habitual en el mercado en el momento de la concertación del negocio jurídico, incluidos los casos de préstamos sin interés, tendrá la consideración de fraude fiscal. Esta disposición de la legislación búlgara no constituye ni la transposición de una Directiva de la Unión, ni la aplicación o ejecución de ninguna otra disposición del Derecho de la Unión.

51. Por los mismos motivos y a la luz del artículo 51 de la Carta, procede considerar que las disposiciones de esta no son aplicables a dicha disposición de Derecho fiscal búlgaro, que no constituye una aplicación del Derecho de la Unión.

52. En consecuencia, propongo que se responda a la primera cuestión prejudicial que el artículo 5 TUE, apartado 4, y el artículo 12 TUE, letra b), así como el artículo 47 de la Carta, deben interpretarse en el sentido de que no se aplican a la interpretación del artículo 16, apartado 2, punto 3, de la ZKPO, puesto que esta última disposición no constituye una aplicación del Derecho de la Unión.

C. Sobre la segunda cuestión prejudicial

53. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pretende, en esencia, que se dilucide si los pagos de intereses a que se refiere el artículo 4, apartado 1, letra d), de la Directiva 2003/49 pueden constituir una distribución de beneficios comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 5 de la Directiva 2011/96.

[17] Véase la sentencia de 25 de julio de 2018, TTL (C-553/16, EU:C:2018:604), apartados 30 a 35.

[18] Véase la sentencia de 19 de septiembre de 2013, Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:571), apartado 70 y jurisprudencia citada.

54. En lo que atañe a la Directiva 2003/49, es preciso recordar que esta, al efectuar una armonización en materia de impuestos directos con el fin de permitir a los operadores económicos disfrutar del mercado interior, tiene por objeto, con arreglo a sus considerandos 2 a 4, la eliminación de la doble imposición en lo que respecta a los pagos de intereses entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros y que dichos pagos sean gravados una vez en un solo Estado miembro, prohibiendo una imposición de los intereses en el Estado miembro de origen en perjuicio del beneficiario efectivo de estos. [19]

55. En primer lugar, se plantea la cuestión de si los intereses ficticios, como los determinados por la Administración Tributaria en el presente asunto, pueden estar incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/49 y considerarse «pagos de intereses», en el sentido del artículo 1, apartado 1, y del artículo 2, letra a), de la citada Directiva, y ello, precisamente, en el caso específico del asunto en cuestión, en el que no se ha efectuado ningún pago separado.

56. Es preciso subrayar que la Directiva 2003/49, como pone de relieve su considerando 5, se aplica a los «pagos». Cabe observar asimismo que, en su artículo 1, titulado «Ámbito de aplicación y procedimiento», dicha Directiva identifica claramente un «beneficiario efectivo de los intereses» situado en otro Estado miembro que recibe un «pago efectuado» por una sociedad establecida en el Estado de origen.

57. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende asimismo que, dado que el artículo 2, letra a), de la Directiva 2003/49 define los intereses como «el rendimiento de los créditos de cualquier clase», únicamente el beneficiario «efectivo» puede recibir intereses como rendimiento de tales créditos y que, por lo tanto, el concepto de «beneficiario efectivo de los intereses», en el sentido de dicha Directiva, debe interpretarse en el sentido de que se refiere a las entidades que disfrutan «realmente», desde el punto de vista económico, de los intereses «que les son pagados» y que, por lo tanto, disponen de la facultad de decidir libremente el destino de estos. [20]

58. Pues bien, cuando la Administración Tributaria fija y grava los intereses ficticios relativos a un préstamo sin interés, [21] el prestamista no recibe ningún interés y, por lo tanto, no puede ser considerado, desde mi punto de vista, un «beneficiario efectivo» de los mismos.

59. En segundo lugar, es preciso subrayar que, en cualquier caso, incluso admitiendo que los intereses ficticios puedan considerarse «pagos de intereses», en el sentido de la Directiva 2003/49, estos pagos, en la medida en que se refieren a un préstamo sin interés que vence 60 años después de su celebración, estarían cubiertos por la excepción prevista por el artículo 4, apartado 1, letra d), de dicha Directiva, que excluye de su ámbito de aplicación «los pagos procedentes de créditos que no contengan disposiciones sobre la devolución del principal o cuya devolución sea devengable más de 50 años después de la fecha de emisión». Pues bien, la vigencia del préstamo controvertido era de 60 años, lo que determina la imposibilidad de aplicar la Directiva 2003/49 en el presente asunto.

[19] Véanse las sentencias de 21 de julio de 2011, Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499), apartados 24, 25 y 28, y de 26 de febrero de 2019, N Luxembourg 1 y otros (C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16, EU:C:2019:134), apartados 85, 86 y 108.

[20] Véase la sentencia de 21 de julio de 2011, Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499), apartado 27.

[21] Cabe observar que la fijación y la imposición de los intereses ficticios tienen por objeto gravar el beneficio que resulta de un préstamo sin interés para el prestatario.

60. En tercer y último lugar, en aras de la exhaustividad, considero que procede tomar asimismo en consideración el hecho de que la Directiva 2003/49 persigue un doble objetivo, a saber, por una parte, la prevención de la doble imposición [22] y, por otra parte, la lucha contra el fraude fiscal y los abusos. [23]

61. Así, con el fin de evitar una doble imposición de los pagos de intereses transfronterizos, se prohíbe la imposición de los intereses en el Estado de origen en perjuicio del beneficiario efectivo de estos. [24] Pues bien, la posibilidad de una doble imposición que podría ser contraria a la Directiva 2003/49 no existe en el presente asunto, habida cuenta que los intereses ficticios fijados por la Administración Tributaria no pueden ser gravados en Luxemburgo, debido a la falta de transferencia de sus importes en beneficio de la sociedad matriz.

62. En cuanto al riesgo de fraude fiscal y abusos, el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2003/49 no se opone a la aplicación de disposiciones nacionales destinadas a impedir el fraude fiscal y los abusos. Debo observar, por otro lado, que suscribir la interpretación de la demandante llevaría a aceptar una elusión de la legislación tributaria nacional. En la práctica, esto equivaldría a permitir a las sociedades vinculadas suscribir préstamos (o realizar otros tipos de operaciones intragrupo) infringiendo el Derecho nacional, para a continuación invocar el Derecho de la Unión para eludir la legislación tributaria nacional (y, eventualmente, también el impuesto). Pues bien, dicha interpretación sería contraria a los objetivos de la citada Directiva, entre los que se encuentra la lucha contra la evasión fiscal. [25]

63. Habida cuenta de lo anterior, considero que las disposiciones de la Directiva 2003/49 no pueden aplicarse en un asunto como el controvertido en el litigio principal.

64. En consecuencia, propongo que se responda a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 4 de la Directiva 2003/49 debe interpretarse en el sentido de que no exige que los pagos de intereses, como los contemplados en el artículo 4, apartado 1, letra d), de dicha Directiva, se consideren «distribuciones de beneficios» incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 5 de la Directiva 2011/96.

D. Sobre la tercera cuestión prejudicial

65. Mediante su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pretende, en esencia, que se dilucide si el artículo 1, apartados 1, letra b), y 3, y el artículo 5 de la Directiva 2011/96 son aplicables a los pagos correspondientes a un préstamo sin interés, que vence 60 años después de su celebración y que está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 1, letra d), de la Directiva 2003/49.

22 Véanse los considerandos 2 a 4 de la Directiva 2003/49.

23 Véase el artículo 5 de la Directiva 2003/49.

24 Véase la sentencia de 21 de julio de 2011, Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499), apartados 24, 25 y 28.

25 Véase la sentencia de 26 de febrero de 2019, N Luxembourg 1 y otros (C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16, EU:C:2019:134), apartado 109 y jurisprudencia citada.

66. Por lo que se refiere a la Directiva 2011/96, es preciso recordar que esta tiene como objetivo eximir de retención en origen los dividendos y otros beneficios distribuidos por filiales establecidas en un Estado miembro a sus sociedades matrices establecidas en otro Estado miembro, así como eliminar la doble imposición de esas rentas en la sociedad matriz con el fin de facilitar los grupos de sociedades a escala de la Unión. [26]

67. Desde esta perspectiva, el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2011/96 prevé que esta se aplica a las «distribuciones de beneficios» efectuadas, en una relación transfronteriza, por una filial a su sociedad matriz.

68. Es preciso observar que el concepto de «distribución de beneficios» no se define como tal en la citada Directiva.

69. A este respecto, el Tribunal de Justicia declaró que el Estado miembro de residencia de una sociedad puede legítimamente tratar los intereses abonados por esta sociedad a la sociedad matriz establecida en otro Estado miembro como una distribución de beneficios. [27] Sin embargo, esta conclusión se aplicó en un contexto en el que la filial había pagado efectivamente intereses por el préstamo, lo que no sucede en el presente asunto.

70. Así, considero que los intereses ficticios que únicamente han sido determinados por la Administración Tributaria, con el fin de gravar una operación que se considera oculta con arreglo al Derecho nacional, no pueden considerarse una «distribución de beneficios», en el sentido de la Directiva 2011/96, en particular porque no se ha efectuado un pago real de intereses entre estas dos sociedades del mismo grupo.

71. Cabe observar también que, a semejanza de la Directiva 2003/49, entre los objetivos principales de la Directiva 2011/96 figuran tanto la prevención de la doble imposición como la prevención de los abusos y el fraude en materia fiscal. A este respecto, me remito al razonamiento expuesto en los puntos 61 y 62 de las presentes conclusiones que se aplica *mutatis mutandis* a la Directiva 2011/96.

72. Por las razones expuestas, considero que la Directiva 2011/96 no es aplicable a una situación como la controvertida en el litigio principal.

73. Propongo, por lo tanto, que se responda a la tercera cuestión prejudicial que la Directiva 2011/96 debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a una retención en origen practicada sobre rendimientos ficticios por intereses resultantes de un préstamo sin interés concedido por la sociedad matriz a su filial.

E. Sobre la cuarta cuestión prejudicial

74. La cuarta cuestión prejudicial comprende dos partes principales, que es preciso diferenciar.

75. La primera parte se refiere a si la retención en origen de los supuestos pagos de intereses de un préstamo sin interés es conforme con la Directiva 2003/49 y con la exención de la retención en origen prevista en la Directiva 2011/96. La segunda parte plantea la misma cuestión, si bien a la luz de las exigencias establecidas en el artículo 49 TFUE, y en el artículo 63 TFUE, apartados 1 y 2.

[26] Véase la sentencia de 2 de abril de 2020, GVC Services (Bulgaria) (C-458/18, EU:C:2020:266), apartado 31.

[27] Véase la sentencia de 13 de marzo de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161), apartado 89.

76. A este respecto, según la reciente sentencia dictada por el Tribunal de Justicia (en formación de Gran Sala) en los asuntos acumulados N Luxembourg 1 y otros,[28] deben distinguirse, de entrada, dos hipótesis.

77. Conforme a la primera hipótesis, la inaplicabilidad del régimen de exención de la retención en origen establecido por la Directiva 2003/49 resulta de la constatación de la existencia de un fraude fiscal o de un abuso en el sentido del artículo 5 de esta Directiva. En tal hipótesis, una sociedad residente de un Estado miembro no puede, a la vista de la jurisprudencia recordada en el punto 43 de las presentes conclusiones, pretender el amparo de las libertades consagradas por el Tratado FUE para cuestionar la normativa nacional que rige la tributación de los intereses pagados a una sociedad residente de otro Estado miembro. Habida cuenta de que la Directiva 2011/96 contiene, en su artículo 1, apartado 2, una disposición similar al artículo 5 de la Directiva 2003/49 por lo que se refiere a su inaplicabilidad en caso de fraude o de abuso, considero que esta hipótesis debe aplicarse *mutatis mutandis* a la Directiva 2011/96.

78. La segunda hipótesis parte de que la inaplicabilidad del régimen de exención de la retención en origen previsto por la Directiva 2003/49 (y la inaplicabilidad de la Directiva 2011/96 por analogía) se deriva del hecho de que los requisitos de aplicación de dicho régimen de exención no se cumplen, sin que se haya constatado no obstante la existencia de un fraude fiscal o de un abuso en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2003/49 (o del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 2011/96). En esta segunda hipótesis, es necesario verificar si los artículos 49 TFUE y 63 TFUE, apartados 1 y 2, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional relativa a la tributación de esos intereses como la examinada en el asunto principal.[29]

79. Es preciso observar, antes de nada, que la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente se refiere únicamente a la compatibilidad con los artículos 49 TFUE y 63 TFUE, apartados 1 y 2, de los artículos 195, 200 y 202a de la ZKPO, que prevén, respectivamente, las modalidades de retención en origen y del procedimiento de recálculo y de devolución del impuesto de que pueden beneficiarse los no residentes.

80. Sin embargo, considero que el análisis de dicha cuestión no debería limitarse únicamente a las disposiciones del Derecho nacional citadas, sino que procede tener en cuenta en su totalidad el régimen fiscal búlgaro aplicable a las sociedades no residentes.[30] Propongo, por lo tanto, incluir en el análisis que sigue tanto el artículo 16 de la ZKPO (que prevé las modalidades de imposición mediante retención en origen por los rendimientos de las sociedades no residentes en caso de violación del principio de plena competencia) como el artículo 199 de la ZKPO (que se refiere a la base imponible que se aplica a las sociedades no residentes) y el artículo 202a (que establece el régimen de recálculo y de devolución del impuesto retenido en origen de que pueden beneficiarse las sociedades no residentes).

81. En efecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el examen no debe limitarse a la exención de un determinado tipo de impuesto desde el punto de vista formal, debiendo efectuarse, por lo tanto, un examen exhaustivo (desde el punto de vista material) que tenga en cuenta la totalidad del contexto fiscal de la imposición de las sociedades no residentes.[31]

[28] Véase la sentencia de 26 de febrero de 2019, N Luxembourg 1 y otros (C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16, EU:C:2019:134), apartado 155.

[29] Véase la sentencia de 26 de febrero de 2019, N Luxembourg 1 y otros (C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16, EU:C:2019:134), apartado 156.

[30] Esta apreciación se entiende sin perjuicio del monopolio de interpretación del juez nacional en relación con la legislación nacional.

[31] Véase la sentencia de 2 de junio de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402), apartados 29 y ss.

1. Por lo que respecta a las Directivas 2003/49 y 2011/96

82. La respuesta a esta cuestión prejudicial por lo que respecta a las Directivas 2003/49 y 2011/96 se ha facilitado en el marco de las respuestas que se proponen para las cuestiones prejudiciales segunda y tercera, respecto de las que he concluido que dichas Directivas no eran aplicables a los hechos del presente asunto. [32]

2. Por lo que respecta a los artículos 49 TFUE y 63 TFUE

83. Con el fin de responder a la cuarta cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente, procede, antes de nada, examinar si los artículos 49 TFUE y 63 TFUE se oponen a una legislación nacional en virtud de la cual el régimen que se aplica automáticamente a las sociedades no residentes, a diferencia de las sociedades residentes, no les permite deducir los gastos relativos al préstamo en cuestión. En caso afirmativo, será preciso examinar si tal diferencia de trato puede, por una parte, suprimirse mediante un mecanismo de recálculo y de devolución del impuesto, al que pueden acogerse las sociedades no residentes y, por otra parte, estar justificada por razones imperiosas de interés general. En tal caso, también es necesario que la aplicación de esta restricción sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

a) Sobre las disposiciones pertinentes del Tratado FUE

84. En la medida en que el órgano jurisdiccional remitente interroga al Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de la legislación búlgara en cuestión con las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de capitales (artículo 49 TFUE y 63 TFUE), es preciso preguntarse, en primer lugar, con arreglo a cuál de estas disposiciones del Tratado debe evaluarse dicha legislación.

85. Es preciso señalar que, en principio, las cuestiones relativas al tratamiento fiscal de los intereses y de los rendimientos de capital abonados entre sociedades de dos Estados miembros pueden estar comprendidas tanto en el ámbito de aplicación de la libre circulación de capitales [33] como en el de la libertad de establecimiento, en particular, por lo que se refiere a esta última, cuando dos sociedades vinculadas celebran un acuerdo relativo a un préstamo, siendo una sociedad de un Estado miembro titular en el capital de una sociedad establecida en otro Estado miembro de una participación tal que le confiere una influencia real en las decisiones de la sociedad y le permite determinar las actividades de esta. [34]

86. No obstante, según jurisprudencia reiterada, para determinar si una normativa nacional se inscribe en el ámbito de una u otra de las libertades de circulación, procede tomar en consideración el objeto de la legislación de que se trate. [35]

87. Pues bien, de la resolución de remisión se desprende que el artículo 16, apartado 2, punto 3, de la ZKPO se aplica a todas las situaciones de concesión de préstamos sin interés, más allá de las sociedades vinculadas, y con independencia de la magnitud de la participación de la sociedad que

[32] Véanse los puntos 53 a 73 de las presentes conclusiones.

[33] Véase la sentencia de 3 de octubre de 2013, Itelcar (C-282/12, EU:C:2013:629), apartado 14 y jurisprudencia citada.

[34] Véase la sentencia de 17 de septiembre de 2009, Glaxo Wellcome (C-182/08, EU:C:2009:559), apartado 47 y jurisprudencia citada.

[35] Véase la sentencia de 21 de enero de 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26), apartado 25 y jurisprudencia citada.

concede el préstamo en el capital de la prestataria. A primera vista, este elemento debería llevarnos a examinar la cuarta cuestión prejudicial desde la perspectiva de la libre circulación de capitales.

88. Considero, no obstante, que el marco fáctico del presente asunto nos lleva a examinar la normativa búlgara en cuestión a la luz de la libertad de establecimiento. En efecto, además de que InterV Investment era el único accionista de la demandante en el momento en que se celebró el acuerdo relativo al préstamo controvertido, las características de este último, en particular su vigencia y las condiciones de su devolución, indican que solo podría haberse celebrado entre sociedades vinculadas. Así, no cabe duda de que existe una relación de interdependencia entre estas sociedades que confería a InterV Investment, habida cuenta de su participación en el capital de la demandante, una influencia real en las decisiones de esta última, permitiéndole al mismo tiempo determinar sus actividades.

89. Este planteamiento sería, además, conforme con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en una serie de asuntos en los que las normativas nacionales en cuestión presentan características comunes con la legislación búlgara. Es preciso observar a este respecto que, en el asunto SGI, el Tribunal de Justicia examinó, a la luz de la libertad de establecimiento, la normativa belga que permitía a la Administración tributaria incluir, en concepto de impuesto sobre la renta, en los beneficios de una sociedad residente los intereses ficticios de un préstamo sin interés concedido a una filial no residente debido a que, aunque dicha legislación no solo se aplicaba a sociedades vinculadas, la situación controvertida en dicho asunto se refería a sociedades vinculadas. [36]

90. Aunque tiendo a pensar que es más adecuado examinar la cuarta cuestión prejudicial a la luz de la libertad de establecimiento, es totalmente factible examinar la normativa nacional en cuestión desde la perspectiva de la libre circulación de capitales.

91. Sin embargo, a pesar de la decisión de efectuar el análisis de la compatibilidad de las medidas nacionales en cuestión a la luz de la libertad de establecimiento, de un análisis de la cuestión con arreglo a la libre circulación de capitales se desprenden asimismo conclusiones análogas a las que se exponen a continuación. En efecto, al igual que la libertad de establecimiento, la libre circulación de capitales prohíbe las medidas que pueden disuadir a los no residentes de realizar inversiones en un Estado miembro o a los residentes de dicho Estado miembro de hacerlo en otros Estados. [37]

92. Por último, aun suponiendo que la normativa nacional en cuestión tenga efectos restrictivos sobre la libre circulación de capitales, tales efectos serían la consecuencia inevitable de un posible obstáculo a la libertad de establecimiento y no justifican, por lo tanto, un examen autónomo de la referida normativa a la luz del artículo 63 TFUE. [38]

[36] Véase la sentencia de 21 de enero de 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26), apartados 25 a 37.

[37] Véase la sentencia de 30 de abril de 2020, Société Générale (C-565/18, EU:C:2020:318), apartado 22 y jurisprudencia citada.

[38] Véase el auto de 10 de mayo de 2007, Lasertec (C-492/04, EU:C:2007:273), apartado 25.

b) ¿Establecen los artículos 195 y 199 de la ZKPO una discriminación entre sociedades residentes y no residentes?

93. Según jurisprudencia reiterada, el artículo 49 TFUE pretende garantizar a las sociedades el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida y prohíbe cualquier discriminación basada en el lugar de su domicilio social [39] así como, de manera general, cualquier restricción injustificada al ejercicio de dicha libertad. [40]

94. Pues bien, de la lectura del artículo 16, apartado 2, punto 3, de la ZKPO se desprende que esta disposición se aplica a todos los préstamos sin interés, con independencia de que quienes lo suscriban sean únicamente sociedades residentes o también sociedades no residentes. Además, no se discute que se aplica un mismo tipo impositivo del 10 %, con independencia de si el prestamista es una sociedad residente o una sociedad no residente.

95. No obstante, de la lectura de los artículos 195 y 199 de la ZKPO resulta que las sociedades no residentes que llevan a cabo el mismo tipo de operaciones reciben un tratamiento fiscal diferente. Así, mientras que a los intereses ficticios relativos a un préstamo concedido por una sociedad no residente se les practica una retención en origen que constituye una imposición inmediata y definitiva sin que sea posible deducir los gastos vinculados a la concesión de dicho préstamo, la imposición de que son objeto los intereses ficticios relativos a un préstamo concedido por una sociedad residente depende, en el marco de la tributación por el impuesto de sociedades, de los beneficios obtenidos o de su resultado deficitario, después de tener en cuenta los posibles gastos relacionados con la concesión de dicho préstamo.

96. He de subrayar, en esta fase de mi análisis, que en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia abundan las sentencias que han abordado esta problemática, tanto desde el punto de vista de la libre circulación de capitales como de la libertad de establecimiento. Más concretamente, en una serie de asuntos cuyos hechos se aproximan a los del litigio principal, el Tribunal de Justicia declaró que una normativa nacional con arreglo a la cual una sociedad no residente debe tributar, por la vía de la retención en origen practicada por una sociedad residente, por los intereses que le paga esta última, sin posibilidad de deducción de los gastos directamente relacionados con la actividad derivada del préstamo en cuestión, como los gastos por intereses soportados, mientras que las sociedades residentes que perciben intereses de otra sociedad residente sí que pueden deducir tales gastos, constituye una restricción a la libertad de establecimiento. [41] Se ha extraído la misma conclusión por lo que se refiere a la libre circulación de capitales. [42]

97. Habida cuenta de lo anterior, considero que esta diferencia en las modalidades de cálculo del impuesto puede constituir una restricción comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 49 TFUE.

98. El presente asunto se distingue no obstante de estos asuntos, ya que el Derecho búlgaro parece establecer en el artículo 202a de la ZKPO un procedimiento que permite a las sociedades no residentes recibir el mismo trato que las sociedades residentes en el plano fiscal. Por lo tanto, antes de proceder al examen de una posible justificación de la medida discriminatoria

[39] Véase la sentencia de 3 de marzo de 2020, Vodafone Magyarország (C-75/18, EU:C:2020:139), apartado 39 y jurisprudencia citada.

[40] Véase la sentencia de 20 de enero de 2021, Lexel (C-484/19, EU:C:2021:34), apartado 33 y jurisprudencia citada.

[41] Véanse las sentencias de 12 de junio de 2003, Gerritse (C-234/01, EU:C:2003:340), apartados 29 y 55; de 3 de octubre de 2006, FKP Scorpio Konzertproduktionen (C-290/04, EU:C:2006:630), apartado 42, y de 15 de febrero de 2007, Centro Equestre da Lezíria Grande (C-345/04, EU:C:2007:96), apartado 23.

[42] Véanse las sentencias de 17 de septiembre de 2015, Miljoen y otros (C-10/14, C-14/14 y C-17/14, EU:C:2015:608), apartado 57, y de 26 de febrero de 2019, N Luxembourg 1 y otros (C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16, EU:C:2019:134), apartado 17.

introducida por los artículos 195 y 199 de la ZKPO, conviene examinar si el artículo 202a de la ZKPO permite eliminar la diferencia de trato mencionada anteriormente entre sociedades residentes y no residentes.

c) ¿Permite el artículo 202a de la ZKPO eliminar las características discriminatorias del régimen fiscal aplicable a los no residentes con arreglo a los artículos 195 y 199 de la ZKPO?

1) Ámbito de aplicación del artículo 202a de la ZKPO

99. De las observaciones escritas presentadas por la Administración Tributaria y el Gobierno búlgaro se desprende que el artículo 202a de la ZKPO establece un mecanismo que permite a las sociedades no residentes acogerse al régimen de imposición previsto para las sociedades residentes. Así, este procedimiento les permite, por una parte, deducir gastos, como los gastos en intereses directamente relacionados con la actividad del préstamo en cuestión y, por otra parte, obtener la devolución o la exención del impuesto retenido en origen en caso de situación deficitaria.

100. La Administración Tributaria y el Gobierno búlgaro sostienen que, si la demandante hubiera optado en el presente asunto por dicho régimen, no habría tributado por el impuesto de sociedades en Bulgaria, puesto que (con arreglo a lo que alega la demandante) su situación era deficitaria durante el período en cuestión.

101. Por su parte, la demandante alberga dudas en cuando a la aptitud del procedimiento establecido en el artículo 202a de la ZKPO para atenuar la discriminación que persistiría aunque una empresa no residente hubiera optado por acogerse a dicha disposición, habida cuenta de que el procedimiento de devolución no sería inmediato.

102. Atendiendo a las precisiones facilitadas por la demandante, la Administración Tributaria y el Gobierno búlgaro en la vista, el procedimiento de recálculo y de devolución establecido en el artículo 202a de la ZKPO puede resumirse del siguiente modo.

103. El procedimiento establecido en el artículo 202a de la ZKPO no se aplica por defecto. Para poder acogerse al mismo, una sociedad no residente deberá expresamente optar por dicho procedimiento, indicándolo en su declaración tributaria. Aunque una sociedad se decida por esta opción, la retención en origen se practicará con arreglo al régimen previsto en los artículos 195 y 199 de la ZKPO, a saber, el impuesto será retenido directamente en origen sobre estos rendimientos brutos. Solo en un segundo momento podrá beneficiarse la sociedad no residente de una devolución del impuesto si, una vez que la Administración Tributaria revise su situación, queda acreditada su situación deficitaria.

104. En cuanto a la duración del procedimiento de recálculo y de devolución previsto en el artículo 202a de la ZKPO, en la vista se puso de relieve una divergencia de puntos de vista entre, por una parte, la demandante, que sostiene que dicho procedimiento puede ser especialmente largo, y, por otra parte, la Administración Tributaria y el Gobierno búlgaro, que niegan que dicho procedimiento sea excesivamente prolongado.

105. Han de formularse las siguientes observaciones en relación con la descripción del régimen de devolución del impuesto previsto en el artículo 202a de la ZKPO.

106. En primer lugar, de la lectura conjunta del artículo 202a, apartados 1 a 4, de la ZKPO se deduce que dicho régimen permite, en efecto, a las sociedades no residentes solicitar un nuevo cálculo del impuesto que ya ha sido objeto de una retención en origen con arreglo al régimen aplicable a las sociedades residentes. Esta disposición parece querer armonizar —o al menos aproximar— el tratamiento fiscal de las sociedades no residentes con el tratamiento que se da a las sociedades domiciliadas en Bulgaria.

107. A este respecto, he de observar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el derecho a deducción puede materializarse también con posterioridad a la práctica de la retención en origen mediante el reembolso de una parte proporcional del impuesto retenido. [43]

108. Es preciso constatar, sin embargo, que a pesar de esta posibilidad que se ofrece a las sociedades no residentes, persiste el riesgo de que las sociedades residentes puedan beneficiarse de una ventaja fiscal. En efecto, parece resultar de ello que podría ofrecerse una ventaja de tesorería a las sociedades residentes, puesto que, en caso de situación deficitaria, estas no deberían pagar el impuesto sobre los intereses ficticios, a diferencia de las sociedades no residentes.

109. Más concretamente, para una sociedad no residente deficitaria, esta «desventaja de tesorería» se corresponde con el desfase temporal entre la fecha de la retención en origen y la de la devolución del impuesto recaudado en exceso por la Administración Tributaria.

110. En mi opinión, la importancia de la ventaja de tesorería que se desprende de esta diferencia de trato, y que puede constituir un elemento de discriminación, depende considerablemente de las normas procesales nacionales, así como de la práctica seguida por la Administración Tributaria al llevar a cabo el procedimiento previsto en el artículo 202a de la ZKPO. Así, si la duración del procedimiento de recálculo y de una posible devolución supera un plazo razonable, como afirmó la demandante en la vista, la ventaja de tesorería de que se beneficiaría una sociedad residente en comparación con una sociedad no residente puede ser considerable y, por ello, constituir una discriminación o un obstáculo a la libre circulación de capitales. Por el contrario, si este plazo es razonable, dicha medida podría atenuar o corregir la discriminación entre sociedades residentes y no residentes. Es preciso observar que el hecho de que la legislación búlgara prevea intereses de demora permitiría, en su caso, atenuar esta discriminación de tesorería en la medida en que dicho plazo no sea excesivo.

111. A este respecto, quiero hacer hincapié en que la apreciación de la existencia de un eventual trato desfavorable de los intereses pagados a las sociedades no residentes debe realizarse para cada ejercicio fiscal, individualmente considerado. [44]

112. En segundo lugar, conviene precisar asimismo que, aparte de la cuestión de la duración de la devolución, el examen de la aplicación del artículo 202a de la ZKPO debe tener en cuenta todos los elementos que pueden dar lugar a una diferencia de trato entre sociedades residentes y no residentes. Aun cuando este artículo tiene por objeto establecer la igualdad de trato entre estos dos tipos de sociedades, lo que, en principio, debería excluir las diferencias de trato (aparte de la ventaja de tesorería constatada anteriormente), es preciso asegurarse de que su aplicación no dé lugar a otras formas de discriminación. En consecuencia, este punto está estrechamente vinculado a las modalidades de pago previstas por el Derecho búlgaro en materia de impuestos

[43] Véase la sentencia de 13 de julio de 2016, Brisal y KBC Finance Ireland (C-18/15, EU:C:2016:549), apartado 42.

[44] Véanse las sentencias de 2 de junio de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402), apartado 41, y de 22 de noviembre de 2018, Sofina y otros (C-575/17, EU:C:2018:943), apartados 30 y 52.

sobre sociedades, incluida su periodicidad y la posibilidad de aplazar el pago del impuesto o de obtener otras facilidades que puedan aumentar la ventaja de tesorería constatada. A modo de ejemplo, en el supuesto de que el Derecho búlgaro permitiera a una sociedad residente deficitaria ajustar o diferir su imposición a un ejercicio posterior con beneficios, esto podría aumentar su ventaja de tesorería frente a una sociedad no residente. [45]

113. En tercer y último lugar, considero que, en el plano práctico, la medida en que dicha disposición es apta para atenuar esta discriminación dependerá asimismo de la posibilidad de que dispone, por una parte, la sociedad no residente de aportar la prueba de los gastos que pretende deducir y, por otra parte, la Administración Tributaria del Estado de residencia de la sociedad prestataria, en el presente asunto Bulgaria, de ejercer un control efectivo. A este respecto, he de señalar que ni el órgano jurisdiccional remitente ni las demás partes del litigio principal han invocado la existencia de un acuerdo bilateral entre el Gran Ducado de Luxemburgo y la República de Bulgaria que cubra este tipo de situaciones.

114. Pues bien, un proceso que permite asegurar que no existe discriminación por lo que respecta a las sociedades no residentes, garantizando al mismo tiempo la posibilidad de que las autoridades tributarias controlen si los gastos incurridos justifican un reembolso, solo puede basarse en la cooperación y el intercambio de información entre las autoridades tributarias de los Estados miembros (o terceros) de que se trate. Es preciso observar además que, aparte de los tratados bilaterales celebrados entre los Estados miembros, dicha cooperación se prevé asimismo en la Directiva 2011/16/UE, [46] que tiene por objeto, en particular, evitar tanto la doble imposición como la no imposición que puede resultar de situaciones de fraude o de abusos. [47]

115. Por lo tanto, corresponde en principio al órgano jurisdiccional remitente examinar, a la vista de las precisiones ofrecidas y teniendo en cuenta las normas de procedimiento y la práctica administrativa nacional en materia fiscal, si la diferencia de trato entre sociedades residentes y sociedades no residentes que han hecho uso de la posibilidad que se ofrece en el artículo 202a de la ZKPO puede conferir una ventaja de tesorería.

2) Sobre la comparabilidad objetiva de la situación fiscal de las sociedades residentes y no residentes

116. Según jurisprudencia bien asentada, una discriminación solo puede consistir en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes. [48]

117. Por lo que se refiere, antes de nada, al artículo 16 de la ZKPO, no cabe duda de que dicha disposición se aplica de la misma manera tanto a las sociedades residentes como a las no residentes.

[45] Véase la sentencia de 22 de noviembre de 2018, Sofina y otros (C-575/17, EU:C:2018:943), apartado 34.

[46] Directiva del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE (DO 2011, L 64, p. 1).

[47] Así, como lo demuestra la práctica fiscal internacional, tal mecanismo impide el doble cómputo de los gastos deducibles puesto que, cuando lo aplica el primer Estado, este puede comprobar qué gastos profesionales han sido computados al calcular el impuesto pagado en el segundo. También es habitual que, en el marco de dicho mecanismo, las autoridades tributarias de un Estado puedan informar al Estado de residencia del contribuyente sujeto por obligación real de la solicitud de devolución presentado por este último.

[48] Véase la sentencia de 14 de febrero de 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31), apartado 30.

118. No obstante, como ya se ha expuesto, aun cuando las sociedades residentes y no residentes están sujetas a una retención en origen, las modalidades de cálculo del impuesto para estos dos tipos de sociedades son diferentes. Así, la legislación tributaria búlgara establece una diferencia de trato entre las sociedades no residentes sujetas a una retención en origen sobre sus rendimientos brutos, en virtud de los artículos 195 y 199 de la ZKPO (que constituye, por lo demás, el régimen automáticamente aplicable) y las sociedades residentes sujetas a una retención en origen sobre sus rendimientos netos.

119. Si bien el Tribunal de Justicia declaró, en la sentencia Truck Center, que una diferencia de trato consistente en la aplicación de técnicas de imposición diferentes en función del lugar de residencia del sujeto pasivo se refiere a situaciones que no son objetivamente comparables,[49] es preciso señalar que, a diferencia de dicho asunto, en el que la retención sobre las rentas de capital mobiliario en cuestión solo se percibía sobre los intereses abonados a las sociedades beneficiarias no residentes, en el litigio principal, la legislación aplicable somete tanto a los contribuyentes residentes como a los no residentes a la misma modalidad de percepción del impuesto sobre los dividendos, a saber, a una retención en origen.[50]

120. Así, a partir del momento en que un Estado miembro sujeta al mismo impuesto no solo a las sociedades residentes, sino también a las sociedades no residentes, por los intereses que reciben de una sociedad establecida en dicho Estado, las situaciones respectivas de estas dos categorías de contribuyentes se asemejan y estas deben, por lo tanto, estar sujetas a un trato fiscal equivalente.[51]

121. Pues bien, es preciso constatar que de la lectura de los artículos 195 y 199 de la ZKPO se desprende que la ventaja de tesorería concedida a las sociedades residentes no se extiende a las sociedades no residentes. No obstante, la opción que se ofrece en el artículo 202a de la ZKPO, sin perjuicio de las apreciaciones expuestas en los puntos 109 a 115 de las presentes conclusiones, podría realizar este objetivo.

3) Sobre el carácter opcional del artículo 202a de la ZKPO

122. Según jurisprudencia reiterada, un régimen nacional restrictivo de las libertades de circulación puede seguir siendo incompatible con el Derecho de la Unión, aun cuando su aplicación sea facultativa, puesto que la existencia de una opción que permita en su caso hacer que una situación sea compatible con el Derecho de la Unión no tiene por efecto paliar, por sí sola, el carácter ilegal de un sistema que sigue conteniendo un mecanismo tributario no compatible con ese Derecho.[52]

123. Se plantea, por lo tanto, la cuestión de si el régimen previsto en el artículo 202a de la ZKPO debe considerarse opcional, en cuyo caso este último no puede eliminar los efectos discriminatorios del régimen previsto en los artículos 195 y 199 de la ZKPO.

[49] Véase la sentencia de 22 de diciembre de 2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762), apartado 41.

[50] Véase la sentencia de 17 de septiembre de 2015, Miljoen y otro (C-10/14, C-14/14 y C-17/14, EU:C:2015:608), apartado 72.

[51] Véanse la sentencia de 8 de noviembre de 2007, Amurta (C-379/05, EU:C:2007:655), apartados 38 y 39, y el auto de 12 de julio de 2012, Tate & Lyle Investments (C-384/11, no publicado, EU:C:2012:463), apartados 31 y 32 y jurisprudencia citada.

[52] Véase la sentencia de 8 de junio de 2016, Hünnebeck (C-479/14, EU:C:2016:412), apartado 42 y jurisprudencia citada.

124. Debe precisarse que, en la vista, la Comisión alegó que el régimen previsto en el artículo 202a de la ZKPO no debe considerarse opcional, habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en particular, de las sentencias Gielen [53] y Autoridade Tributária e Aduaneira (Impuesto sobre las plusvalías inmobiliarias), [54] sino más bien como un mecanismo de devolución del impuesto.

125. He de observar que estos dos asuntos se distinguen del litigio principal en particular a dos niveles. Antes de nada, es cierto que, contrariamente al régimen búlgaro en cuestión, la elección de los sujetos pasivos en estos dos asuntos incidía directamente en el impuesto que se les imputaba. Pues bien, con arreglo al régimen búlgaro en cuestión, la elección de una sociedad no residente de optar por uno de los dos regímenes disponibles es indiferente, puesto que dicha sociedad estará sujeta a una retención en origen sobre sus rendimientos brutos. Solo en un segundo momento se revisará su situación fiscal y podrá obtener una devolución, siempre que haya optado por el régimen previsto en el artículo 202a de la ZKPO. Cabe destacar asimismo que, contrariamente al presente asunto, los asuntos antes citados no se presentaban en un contexto de un posible abuso o de fraude fiscal.

126. Considero, sin embargo, que no cabe cuestionar el carácter opcional del artículo 202a de la ZKPO.

127. Así, el propio hecho de que el contribuyente tenga la posibilidad de optar por dos regímenes diferentes, con independencia del trato fiscal que estos le dispensen, pone de relieve su carácter opcional. Es así, máxime en el caso de que, como parece suceder en el presente asunto, el mecanismo incompatible con el Derecho de la Unión sea el automáticamente aplicado a falta de elección por parte del contribuyente.

128. Considero asimismo que el hecho de que el mecanismo establecido en el artículo 202a de la ZKPO se asemeje más a un mecanismo de devolución del impuesto en el marco de la retención en origen no puede poner en cuestión su carácter opcional para el contribuyente.

d) Sobre las justificaciones

129. La última cuestión que se plantea consiste en si la diferencia de trato de la que son objeto las sociedades no residentes puede estar justificada. Para ello, es preciso examinar a) si la legislación búlgara persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y se justifica por razones imperiosas de interés general; b) si es adecuada para garantizar la realización del objetivo en cuestión, y c) si no va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

130. A este respecto, la Administración Tributaria y el Gobierno búlgaro sostienen que la legislación en cuestión persigue de forma moderada objetivos políticos legítimos, que resultan en particular de la preservación del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros (1) y de la prevención del fraude o de la evasión fiscal (2).

[53] Véase la sentencia de 18 de marzo de 2010 (C-440/08, EU:C:2010:148), apartado 43 y jurisprudencia citada.

[54] Véase la sentencia de 18 de marzo de 2021 (C-388/19, EU:C:2021:212), apartado 45.

1) Sobre la justificación basada en la preservación del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros

131. El Tribunal de Justicia ha declarado que el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros puede admitirse como justificación de una restricción a las libertades fundamentales, en particular cuando el régimen de que se trata tiene por objeto prevenir conductas que puedan comprometer el derecho de un Estado miembro a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades realizadas en su territorio. [55]

132. Es preciso recordar que este objetivo refleja la soberanía fiscal de los Estados miembros, que incluye el derecho de un Estado a proteger sus ingresos fiscales, en particular en lo que respecta a los beneficios generados en su territorio (principio de territorialidad), y el derecho de un Estado a configurar su sistema tributario de manera autónoma (principio de autonomía). [56]

133. Al no existir armonización, la recaudación de los impuestos directos compete, en el estado actual del Derecho de la Unión, a los Estados miembros. Corresponde también a los Estados miembros fijar mediante convenios de doble imposición o con medidas unilaterales los criterios para el reparto de sus potestades tributarias. [57]

134. Como señaló la Abogada General Kokott en sus conclusiones presentadas en el asunto N Luxembourg 1 y otros, [58] en las transacciones con el extranjero no siempre está garantizado que el beneficiario pague debidamente el impuesto sobre la renta. Como regla general, el Estado de residencia del beneficiario de los intereses rara vez tiene conocimiento de sus ingresos procedentes del extranjero cuando no existen sistemas de intercambio de datos entre las autoridades fiscales. Así, en tal caso, la retención en origen en el Estado de residencia del deudor de los intereses constituye una determinada técnica impositiva para garantizar, en esencia, una tributación (mínima) del beneficiario de los intereses.

135. No obstante, según reiterada jurisprudencia, una legislación tributaria nacional, a imagen de los artículos 195 y 199 de la ZKPO, que toma en cuenta los rendimientos brutos de los no residentes sin deducir los gastos profesionales, mientras que los residentes tributan por los rendimientos netos previa deducción de dichos gastos, no puede estar justificada por el objetivo de la preservación del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros. [59] Lo mismo cabe decir si, a pesar de su carácter opcional, de la aplicación del artículo 202a de la ZKPO resultaría una discriminación en forma de ventaja de tesorería en beneficio de las sociedades residentes. [60]

136. Así, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, [61] considero que procede analizar la legislación tributaria búlgara aplicable a las sociedades no residentes en su conjunto, teniendo asimismo en cuenta el artículo 16 de la ZKPO, lo que, habida cuenta de los objetivos perseguidos por esta disposición, nos lleva a examinar la justificación basada en la lucha contra el fraude y las prácticas abusivas.

55 Véase la sentencia de 5 de julio de 2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415), apartado 45.

56 Véanse las conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto Allianzgi-Fonds Aevn (C-545/19, EU:C:2021:372).

57 Véase la sentencia de 5 de julio de 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424), apartados 50 y 51, y jurisprudencia citada.

58 Véanse las conclusiones presentadas por la Abogada General Kokott en el asunto N Luxembourg 1, (C-115/16, EU:C:2018:143).

59 Véanse la jurisprudencia citada en el punto 96 de las presentes conclusiones.

60 Véase la sentencia de 22 de noviembre de 2018, Sofina y otros (C-575/17, EU:C:2018:943), apartado 34.

61 Véase la sentencia de 2 de junio de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402), apartados 29 y ss.

2) Sobre la justificación basada en la lucha contra el fraude y las prácticas abusivas

137. El Tribunal de Justicia ya ha declarado que la lucha contra el fraude o la evasión fiscales constituyen razones imperiosas de interés general que pueden justificar una restricción al ejercicio de las libertades de circulación garantizadas por el Tratado. [62]

138. La determinación de la existencia de un abuso depende de una apreciación global de todas las circunstancias del caso, que deben realizar las autoridades nacionales competentes y que tiene que poder ser objeto de un control jurisdiccional. [63] Si bien es cierto que corresponde al órgano jurisdiccional remitente efectuar esta apreciación global, [64] el Tribunal de Justicia puede no obstante proporcionarle indicaciones útiles, con el fin de determinar si las operaciones se han efectuado en el marco de transacciones comerciales normales o únicamente para beneficiarse abusivamente de las ventajas establecidas en el Derecho de la Unión. [65]

139. He de recordar que el Tribunal de Justicia precisó que la mera circunstancia de que una sociedad residente obtenga un préstamo de una sociedad vinculada establecida en otro Estado miembro no puede invocarse para justificar una presunción general de prácticas abusivas y servir de justificación a una medida que vaya en detrimento del ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el Tratado FUE. [66] No obstante, es preciso recordar que un contribuyente no puede disfrutar de un derecho o de una ventaja que se deriven del Derecho de la Unión si la operación en cuestión es puramente artificial desde el punto de vista económico y persigue eludir la aplicación de la legislación del Estado miembro de que se trate. [67]

140. A este respecto, procede señalar que el artículo 16 de la ZKPO tiene como objetivo la lucha contra la evasión fiscal adaptando el Derecho búlgaro al principio de «plena competencia», principio este que tanto la práctica fiscal internacional como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia reconocen como un medio adecuado para evitar las manipulaciones artificiales de transacciones transfronterizas. [68]

141. Así, considero que, a partir de un análisis global del contexto fiscal en el presente asunto, el tratamiento fiscal previsto por la normativa en cuestión —y en particular por el artículo 16 de la ZKPO— está justificado por un riesgo de no imposición derivado, por una parte, de la no sujeción de los rendimientos por intereses en el Estado miembro que debía beneficiarse de ellos (a saber, el Gran Ducado de Luxemburgo) habida cuenta de las características del préstamo controvertido (y más concretamente de la falta de un beneficiario efectivo de los intereses dado que el préstamo se había concedido sin intereses) y, por otra parte, del hecho de que, hasta el momento en que se efectuó la regularización tributaria, y, por lo tanto, en el período en cuestión en el presente litigio, la demandante no había convertido el préstamo controvertido en capital (y, a

62 Véase la sentencia de 8 de marzo de 2017, Euro Park Service (C-14/16, EU:C:2017:177), apartado 65.

63 Véase la sentencia de 17 de julio de 1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369), apartado 41.

64 Véase la sentencia de 22 de noviembre de 2017, Cussens y otros (C-251/16, EU:C:2017:881), apartado 59 y jurisprudencia citada.

65 Véase la sentencia de 17 de diciembre de 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832), apartado 34 y jurisprudencia citada.

66 Véase la sentencia de 13 de marzo de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161), apartado 73 y jurisprudencia citada.

67 Véase la sentencia de 26 de febrero de 2019, N Luxembourg 1 y otros (C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16, EU:C:2019:134), apartado 109 y jurisprudencia citada.

68 Véase el punto 46 de las presentes conclusiones.

resultas de ello, no podía ser gravado en Bulgaria como aportación de capital).[69] Considero, pues, que el artículo 16 de la ZKPO, como disposición contra las prácticas abusivas, permite garantizar la recaudación efectiva del impuesto.

142. De este modo, en la medida en que el órgano jurisdiccional remitente, de acuerdo con una aplicación coherente con el Derecho de la Unión de los principios existentes en el ordenamiento jurídico nacional, llegue a la conclusión de que existe un montaje abusivo, será de aplicación la retención en origen como la controvertida en el presente asunto. Pero entonces el presente asunto ya no plantearía problemas, ya que dicha retención es consecuencia de un abuso, y según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los justiciables no pueden prevalerse del Derecho de la Unión de forma abusiva.[70]

143. Como se ha expuesto en los puntos 41 a 44 de las presentes conclusiones, este planteamiento es conforme tanto con la práctica fiscal internacional como con el Derecho de la Unión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de abuso y de fraude.

144. Por último, es preciso señalar que el razonamiento anterior no solo puede prosperar si el objetivo legítimo de la prevención del fraude y de los abusos se considera de manera aislada, sino también si este último se examina conjuntamente con el objetivo de la preservación del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros.

145. A este respecto, procede subrayar que el Tribunal de Justicia ha declarado que los objetivos de salvaguardia del equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros y de prevención de la evasión fiscal están relacionados. En efecto, el Tribunal de Justicia ha considerado que los comportamientos que consisten en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el fin de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios derivados de las actividades desarrolladas en el territorio nacional pueden comprometer el derecho de los Estados miembros a ejercer su competencia fiscal en relación con dichas actividades y poner en peligro el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros.[71]

146. No obstante, ha de señalarse que el Tribunal de Justicia ha admitido la toma en consideración conjunta de estos motivos de justificación en situaciones muy específicas, a saber, cuando la lucha contra la evasión fiscal constituye un aspecto particular del interés general vinculado a la necesidad de mantener un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros. Sobre esta base, el Tribunal de Justicia ha podido considerar que, habida cuenta, en particular, de la necesidad de mantener el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, pese a que las medidas controvertidas no tengan por objeto específicamente los montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, creados con la finalidad de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios derivados de actividades desarrolladas en el territorio nacional, tales medidas pueden, no obstante, estar justificadas.[72]

[69] A este respecto, he de recordar que el préstamo fue convertido después de que la Administración Tributaria efectuase la rectificación impositiva.

[70] Véanse las sentencias de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros (C-255/02, EU:C:2006:121), apartado 68, y de 22 de noviembre de 2017, Cussens y otros (C-251/16, EU:C:2017:881), apartado 27.

[71] Véase la sentencia de 18 de julio de 2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439), apartado 62.

[72] Véanse las sentencias de 18 de julio de 2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439), apartados 58, 59 y 63, y de 21 de enero de 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26), apartados 66 y 67.

147. Habida cuenta de estos dos objetivos, relativos a la prevención de la evasión fiscal principalmente, pero también, con carácter accesorio, a la necesidad de salvaguardar el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros (considerado conjuntamente con el primer objetivo citado), soy de la opinión de que una normativa como la controvertida en el litigio principal persigue objetivos legítimos compatibles con el Tratado FUE y que están amparados por razones imperiosas de interés general, así como que es adecuada para garantizar la realización de tales objetivos.

3) Sobre el control de la proporcionalidad

148. En último lugar, se plantea la cuestión de si el procedimiento de imposición previsto por el Derecho búlgaro en el marco de la constatación de la existencia de un abuso o de un fraude es conforme con el principio de proporcionalidad.

149. A este respecto, he de recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para comprobar si una operación persigue un objetivo fraudulento o abusivo, las autoridades nacionales competentes no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder a un examen individual del conjunto de la operación de que se trate. [73]

150. En este contexto, el Tribunal de Justicia ha declarado que una legislación nacional que se basa en un examen de elementos objetivos y verificables para determinar si una transacción presenta el carácter de un montaje puramente artificial con fines exclusivamente fiscales debe considerarse que no va más allá de lo necesario para evitar prácticas abusivas cuando, en primer lugar, en cada caso en que no cabe excluir la existencia de tal montaje, el contribuyente puede presentar, sin estar sujeto a restricciones administrativas excesivas, elementos relativos a los posibles motivos comerciales que le pudieron llevar a celebrar dicha transacción. [74]

151. Para que tal legislación sea compatible con el principio de proporcionalidad, es necesario, en segundo lugar, que, cuando la comprobación de tales elementos llegue a la conclusión de que la transacción de que se trata corresponde a un montaje puramente artificial carente de motivos comerciales reales, la recalificación de los intereses abonados como beneficios distribuidos se limite a la fracción de estos intereses que supere lo que se habría acordado de no haber existido relaciones especiales entre las partes o entre estas y una tercera persona. [75]

152. A este respecto, es preciso señalar que el hecho de que una sociedad residente haya obtenido un préstamo de una sociedad no residente en condiciones que no se corresponden con lo que las sociedades de que se trata habrían acordado en condiciones de libre competencia constituye para el Estado miembro de residencia de la sociedad prestataria un elemento objetivo y verificable por terceros para determinar si la transacción de que se trata constituye, total o parcialmente, un montaje puramente artificial cuyo objetivo esencial es eludir la aplicación de la legislación tributaria de dicho Estado miembro. [76]

[73] Véase la sentencia de 20 de diciembre de 2017, Deister Holding y Juhler Holding (C-504/16 y C-613/16, EU:C:2017:1009), apartado 62 y jurisprudencia citada.

[74] Véanse la sentencia de 13 de marzo de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161), apartado 82, y el auto de 23 de abril de 2008, Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation (C-201/05, EU:C:2008:239), apartado 84.

[75] Véase la sentencia de 13 de marzo de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161), apartado 83.

[76] Véase la sentencia de 13 de marzo de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161), apartado 81.

153. Por otra parte, cabe indicar que el artículo 16 de la ZKPO parece satisfacer asimismo el segundo criterio establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en el sentido de que la medida fiscal correctora prevista por dicha disposición tiene por objeto garantizar que los préstamos entre sociedades vinculadas se celebren en circunstancias de «plena competencia», rectificando el tipo aplicable y asegurándose de que sea conforme con el de mercado para calcular los intereses no pagados.

154. En lo que respecta, por último, a la práctica fiscal de la Administración búlgara, es preciso observar que la posición de la demandante según la cual dicho impuesto se adeuda «en virtud de una presunción irrefutable de evasión fiscal», sin que las partes de la operación puedan invocar la existencia de motivos económicos que justifiquen su conclusión, no parece estar confirmada por el artículo 16 de la ZKPO, que supedita toda regularización tributaria a una apreciación global de las pruebas presentadas por el sujeto pasivo y de las recopiladas por la Administración Tributaria.

155. En estas circunstancias y sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al órgano jurisdiccional remitente sobre los puntos anteriores, considero que el procedimiento de regularización tributaria previsto en el artículo 16 de la ZKPO cumple los requisitos de proporcionalidad establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y no va más allá de lo que es necesario para lograr los objetivos perseguidos.

156. Habida cuenta de lo anterior, propongo que se responda a la cuarta cuestión prejudicial que los artículos 49 TFUE y 63 TFUE, apartados 1 y 2, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen, en principio, a una normativa nacional que prevé, en aplicación del «principio de plena competencia» y en vista de la lucha contra la evasión fiscal, la tributación mediante la retención en origen de los intereses ficticios que una filial residente, que se benefició de un préstamo sin interés concedido por su sociedad matriz no residente, habría tenido que abonar a esta última según las condiciones de mercado, a condición de que la regularización tributaria prevista por dicha normativa se base en un examen individual de la transacción en cuestión, concediendo al mismo tiempo al sujeto pasivo la posibilidad de presentar pruebas de los motivos comerciales que le pudieron llevar a celebrar dicha transacción.

F. Sobre la quinta cuestión prejudicial

157. La quinta cuestión prejudicial tiene por objeto que se dilucide si el artículo 3, letras h) a j), el artículo 5, apartado 1, letras a) y b), el artículo 7, apartado 1, y el artículo 8 de la Directiva 2008/7 se oponen a una normativa nacional como la establecida en el artículo 16, apartados 1 y 2, punto 3, y en el artículo 195, apartado 1, de la ZKPO en materia de tributación en origen de rendimientos ficticios por intereses, resultantes del préstamo controvertido.

158. Antes de nada, por lo que se refiere a la Directiva 2008/7, es preciso recordar que esta lleva a cabo una armonización exhaustiva de los supuestos en los que los Estados miembros pueden someter la concentración de capitales a impuestos indirectos [77] a fin de eliminar, en lo posible, los factores que puedan falsear las condiciones de competencia u obstaculizar la libre circulación de capitales y garantizar así el buen funcionamiento del mercado interior. [78]

[77] Véase la sentencia de 19 de octubre de 2017, Air Berlin (C-573/16, EU:C:2017:772), apartado 27 y jurisprudencia citada.

[78] Véase la sentencia de 22 de abril de 2015, Drukarnia Multipress (C-357/13, EU:C:2015:253), apartado 31.

159. En esta perspectiva, el artículo 5, apartado 1, letra a), de dicha Directiva exige a los Estados miembros que no sometan a las sociedades de capital a ninguna forma de «imposición indirecta» en lo que respecta a las «aportaciones de capital».

160. Con el fin de responder a la cuestión prejudicial, es necesario determinar antes de nada si un préstamo sin interés, como el concedido en el presente asunto por el único titular del capital de la sociedad beneficiaria, constituye una «aportación de capital», en el sentido del artículo 3, letra h), de la Directiva 2008/7.

161. La respuesta a dicha cuestión puede facilitarse tanto habida cuenta del contenido de dicha disposición como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

162. Así, el artículo 3, letra h), de la Directiva 2008/7 define el concepto de «aportación de capital» como «el incremento del patrimonio social de una sociedad de capital, por medio de prestaciones efectuadas por un socio, que no suponga un aumento del capital social, pero que […] pueda aumentar el valor de las partes sociales».

163. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende asimismo que el incremento del patrimonio social comprende, en principio, cualquier forma de aumento del patrimonio social de una sociedad de capital.[79] A este respecto, el Tribunal de Justicia ha señalado que la concesión de un préstamo sin intereses puede constituir una «aportación de capital».[80]

164. Considero, por último, que las características del préstamo controvertido y, en particular, su convertibilidad y su vigencia prolongada constituyen elementos adicionales que indican que cabe calificarlo de «aportación de capital».

165. En lo tocante a la segunda parte de la cuestión prejudicial, que consiste fundamentalmente en dilucidar si el impuesto percibido en virtud de los artículos 16 y 195 de la ZKPO está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/7 y, más en particular, de su artículo 5, apartado 1, letra a), es preciso señalar que esta disposición obliga a los Estados miembros a no someter a las sociedades de capital a ninguna forma de imposición indirecta en lo que respecta a las aportaciones de capital.

166. Sin embargo, la Directiva 2008/7 no exige a los Estados miembros que no sometan las aportaciones de capital a ninguna forma de imposición directa.

167. Como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, dicha Directiva no se refiere a los impuestos directos que, como el impuesto sobre sociedades, pertenecen en principio a la competencia propia de los Estados miembros, dentro del respeto del Derecho de la Unión.[81]

168. No cabe duda de que la retención en origen controvertida en el litigio principal es un impuesto directo sobre la renta y que se trata de una manifestación del impuesto sobre sociedades.

169. Habida cuenta de lo anterior, propongo que se responda a la quinta cuestión prejudicial que la Directiva 2008/7 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una retención en origen como la controvertida en el presente asunto.

[79] Véase la sentencia de 12 de enero de 2006, Senior Engineering Investments (C-494/03, EU:C:2006:17), apartado 34.

[80] Véase la sentencia de 17 de septiembre de 2002, Norddeutsche Gesellschaft zur Beratung und Durchführung von Entsorgungsaufgaben bei Kernkraftwerken (C-392/00, EU:C:2002:500), apartado 18 y jurisprudencia citada.

[81] Véase la sentencia de 18 de enero de 2001, P. P. Handelsgesellschaft (C-113/99, EU:C:2001:32), apartado 24 y jurisprudencia citada.

G. Sobre la sexta cuestión prejudicial

170. Mediante su sexta y última cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente indica que los artículos 200, apartado 2, y 200a, apartados 1 y 5, punto 4, de la ZKPO, en su versión aplicable a partir del 1 de enero de 2011, fijan el tipo de la retención en origen en un 10 %, mientras que el tipo mínimo aplicable en el marco del período transitorio concedido era del 5 %. El órgano jurisdiccional remitente pregunta si esa diferencia viola los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima.

171. Del análisis de la segunda cuestión prejudicial que se expone en los puntos 54 a 63 de las presentes conclusiones se desprende que el préstamo sin interés controvertido en el litigio principal está comprendido, entre otras, en la excepción prevista en el artículo 4, apartado 1, letra d), de la Directiva 2003/49, y que no esta no es aplicable a los hechos del presente asunto.

172. Habida cuenta de lo anterior, considero que la sexta cuestión prejudicial no es pertinente en el marco del presente litigio.

V. Conclusión

173. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Varhoven administrativen sad (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Bulgaria) del siguiente modo:

«1) El artículo 5 TUE, apartado 4, y el artículo 12 TUE, letra b), así como el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea deben interpretarse en el sentido de que no se aplican a la interpretación del artículo 16, apartado 2, punto 3, de la zakon za korporativnoto podohodno oblagane (Ley del impuesto sobre sociedades), puesto que esta última disposición no constituye una aplicación del Derecho de la Unión.

2) El artículo 4 de la Directiva 2003/49/CE Directiva 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, debe interpretarse en el sentido de que no exige que los pagos de intereses, como los contemplados en el artículo 4, apartado 1, letra d), de dicha Directiva, se consideren distribuciones de beneficios incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 5 de la Directiva 2011/96/UE, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.

3) La Directiva 2011/96 debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a una retención en origen practicada sobre rendimientos ficticios por intereses resultantes de un préstamo sin interés concedido por la sociedad matriz a su filial.

4) Los artículos 49 TFUE y 63 TFUE, apartados 1 y 2, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen, en principio, a una normativa nacional que prevé, en aplicación del "principio de plena competencia" y en vista de la lucha contra la evasión fiscal, la tributación mediante la retención en origen de los intereses ficticios que una filial residente, que se benefició de un préstamo sin interés concedido por su sociedad matriz no residente, habría tenido que abonar a esta última según las condiciones de mercado, a condición de que la regularización tributaria prevista por la normativa nacional se base en un examen individual de la

transacción en cuestión, concediendo al mismo tiempo al sujeto pasivo la posibilidad de presentar elementos que acrediten los motivos comerciales que le pudieron llevar a celebrar dicha transacción.

5) La Directiva 2008/7/CE, de 12 de febrero de 2008, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una retención en origen como la controvertida en el presente asunto.»