CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. JEAN MISCHO

presentadas el 6 de junio de 2002 [1]

1. En el presente asunto se suscitan cuestiones sobre la interpretación de las disposiciones del Tratado CE relativas, por un lado, a la libertad de establecimiento (en particular, los artículos 43 CE, 46 CE y 48 CE) y, por otro, a la libre circulación de capitales (en particular, los artículos 56 CE y 58 CE).

I. Marco jurídico nacional

2. La lagen (1947:576) om statlig inkomstskatt (Ley del impuesto estatal sobre la renta; en lo sucesivo, «SIL»), establece en su artículo 3, apartado 1, letra h), párrafos primero, segundo, tercero y octavo, lo siguiente:

«Se considerará que la cesión a título gratuito de elementos del activo, a la que sea de aplicación lo previsto en los artículos 25 a 31, a favor de una sociedad anónima sueca en la cual el cedente o uno de los miembros de su unidad familiar sean titulares de acciones directa o —en casos distintos a aquellos a los que se refiere el párrafo tercero— indirectamente, constituye una cesión a título oneroso en la cual el precio cobrado por el cedente corresponderá al precio de coste. Lo mismo será de aplicación en el supuesto de una cesión a título oneroso en la que el precio sea inferior tanto al valor de mercado de la participación social como al precio de coste. En el caso de que el valor de mercado sea inferior al precio de coste, se considerará que, en los supuestos señalados, los elementos del activo se ceden a cambio de una contraprestación equivalente a su valor de mercado.

Si no se pagara contraprestación alguna, el precio de coste de las acciones del cedente y de uno de los miembros de su unidad familiar en la sociedad se incrementará en una cuantía equivalente al precio de coste del elemento del activo, o, en el caso previsto en el párrafo primero, tercera frase, al valor de mercado. Si existiera contraprestación, el precio de coste se incrementará en un importe equivalente a la diferencia entre este precio o el valor de mercado y la contraprestación.

La transmisión de elementos del activo a título gratuito o por una contraprestación inferior a su valor de mercado, a la que sea de aplicación lo dispuesto en los

1 — Lengua original: francés.

artículos 25 a 31, a favor de una persona jurídica extranjera en la cual participe directa o indirectamente el cedente o uno de los miembros de su unidad familiar se considerará cesión a título oneroso por una contraprestación equivalente a su valor de mercado. Lo mismo será de aplicación a la transmisión a favor de una sociedad anónima sueca en la cual la persona jurídica extranjera participe directa o indirectamente.

[...]

A efectos de la aplicación de la kommunalskattelagen (1928:370) y de la presente Ley, en los supuestos previstos en los párrafos primero y tercero, se considerará que los elementos del activo han sido adquiridos por el comprador al precio indicado en dichas disposiciones.»

3. Según el órgano jurisdiccional remitente, estas disposiciones fueron adoptadas en 1998 y en 1999 con el fin de esclarecer, mediante una reglamentación más detallada, el tratamiento fiscal de la aportación (a saber, la cesión a título gratuito o a muy bajo precio), especialmente de acciones, a sociedades.

4. En su opinión, las disposiciones mencionadas implican que, en definitiva, la base imponible está constituida por la diferencia entre el valor de mercado y el precio de coste en el caso de que se efectúe una transmisión a favor de una persona jurídica extranjera o de una sociedad sueca en cuyo capital social participe directa o indirectamente esa persona jurídica. En cambio, si se efectúa una transmisión a favor de una sociedad sueca en la que no exista participación extranjera, no se devenga ninguna tributación inmediata. Sin embargo, en este supuesto específico, el importe de la diferencia está generalmente sujeto al impuesto cuando el cedente transmite sus acciones en la sociedad a la que se hubiera cedido la participación. En principio, se aplaza el devengo del impuesto al momento en que el titular transmita definitivamente sus acciones.

5. Por otro lado, el órgano jurisdiccional remitente destaca que la diferencia, desde el punto de vista fiscal, entre la aportación de capital a favor de una sociedad sujeta al impuesto en Suecia y la realizada a favor de otra sociedad que no lo está se justificó, según los trabajos preparatorios de la SIL, por el riesgo que se corría de que la base imponible eludiera el sistema tributario sueco. Esto podría suceder, por ejemplo, en el supuesto de que el titular de una sociedad anónima, antes de trasladar su residencia al extranjero, cediera a muy bajo precio sus acciones en la sociedad a una sociedad extranjera de la que también fuera titular. Inicialmente, sólo estaban comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 1, letra h), párrafo tercero, de la SIL las transmisiones a favor de personas jurídicas extranjeras. No obstante, con ocasión de los sucesivos trabajos legislativos, se consideró que también podría producirse un tipo de evasión fiscal si el titular de las acciones de una sociedad las transmitiese a una sociedad sueca que fuera filial de la sociedad extranjera en la que tuviera una participación mayoritaria. Por tanto, se modificó la disposición con el fin de que su ámbito de aplicación com-

prendiera tanto la transmisión a favor de personas jurídicas extranjeras en las que el cedente o uno de los miembros de su unidad familiar participara directa o indirectamente, como la transmisión a favor de una persona jurídica sueca en la que esa persona jurídica extranjera participara directa o indirectamente.

6. Finalmente, el órgano jurisdiccional remitente señala que a partir del ejercicio de 2002 (renta obtenida en el ejercicio de 2001) en lugar de la SIL se aplicará la inkomstskattelagen (1999:1229) (Ley del impuesto sobre la renta). Esta ley contiene disposiciones cuyos términos son idénticos a los de las disposiciones de la SIL pertinentes en el presente asunto.

II. Antecedentes de hecho del procedimiento principal y cuestión prejudicial

7. X e Y, personas físicas de nacionalidad sueca, solicitaron al Skatterättsnämnden (comisión tributaria) un dictamen previo sobre la aplicación de las disposiciones relativas a las cesiones de acciones que figuran en el artículo 3, apartado 1, letra h), de la SIL.

8. El objetivo del régimen sueco de dictamen previo en cuestiones fiscales consiste en proporcionar a los particulares una respuesta sobre la forma en que una determinada cuestión, que para ellos reviste cierta importancia, debe ser apreciada a efectos de la tributación.

9. En el presente asunto, la solicitud de dictamen previo se refiere a las consecuencias fiscales de la cesión proyectada por parte de X e Y de sus acciones en X AB, sociedad sueca, a favor de Z AB, sociedad igualmente sueca, que es, a su vez, filial de Y SA, sociedad belga.

10. X AB es la sociedad matriz de un grupo de empresas cuyo capital poseen actualmente a partes iguales X e Y, por un lado, y una sociedad maltesa, por otro. Ni X ni Y participan en esta última sociedad. Y SA es igualmente una sociedad matriz de la que son titulares los propietarios actuales de X AB. A raíz de una reestructuración del grupo, X e Y consideraron oportuno reorganizar ciertas actividades mediante una cesión a Y SA.

11. En su solicitud, X e Y se plantean en particular la cuestión de si la diferencia relativa a las consecuencias fiscales que podrían derivarse del hecho de que la transmisión de acciones se efectuara a favor de una sociedad sueca sin accionistas extranjeros [artículo 3, apartado 1, letra h), párrafo primero, de la SIL], o a favor de una sociedad sueca con tales accionistas [artículo 3, apartado 1, letra h), párrafo tercero, segunda frase], podría ser mantenida a la luz, por una parte, de las disposiciones del Acuerdo sobre doble imposición entre Suecia y Bélgica y, por otra, de las disposiciones del Tratado CE relativas a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de capitales.

12. En el dictamen previo, emitido el 27 de septiembre de 1999, el Skatterättsnämnden señaló que la transmisión de acciones de X AB debía considerarse una transmisión efectuada a cambio de una contraprestación equivalente al valor de mercado y que, por lo tanto, el beneficio correspondiente a la diferencia entre el valor de mercado de las acciones y su precio de coste debía estar sujeto a gravamen a cargo de X e Y.

13. Además, el Skatterättsnämnden consideró que el problema no guardaba ninguna relación con la libertad de establecimiento y que, en cuanto a la libre circulación de capitales, era aplicable la excepción prevista en el artículo 58 CE, apartado 1, letra a).

14. X e Y interpusieron un recurso de apelación contra esta resolución ante el Regeringsrätten (Tribunal supremo administrativo) y pidieron, entre otras cosas, que éste último declarara que la cesión debía gravarse sobre la base del precio de la cesión proyectada.

15. X e Y alegaron esencialmente ante el Regeringsrätten que el trato fiscal diferente, mucho menos favorable, de las sociedades suecas en las que el cedente participa a través de una persona jurídica extranjera en la que participa igualmente constituye un claro obstáculo a la libre circulación de capitales (artículo 56 CE) y a la libertad de establecimiento (artículo 43 CE).

16. En estas circunstancias, el Regeringsrätten decidió plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente :

En una situación como la que se examina en el presente procedimiento, ¿se oponen los artículos 43 CE, 46 CE, 48 CE, 56 CE y 58 CE a que se aplique la legislación de un Estado miembro que —al igual que la legislación sueca en este ámbito— implica que una aportación de capital realizada mediante la transmisión de acciones a bajo precio reciba, si se efectúa a favor de una persona jurídica de otro Estado miembro, en la cual el cedente participa directa o indirectamente, o a favor de una sociedad anónima nacional en la cual participa dicha persona jurídica, un trato fiscal menos favorable que si no existiera participación alguna de un titular extranjero?

III. Análisis

Sobre la admisibilidad de la cuestión prejudicial

17. La Comisión observa que el presente asunto se refiere a una situación meramente hipotética, dado que la cesión proyectada por x e Y y a raíz de la cual han interrogado

a la Administración, aún no ha tenido lugar. Sin embargo, añade que, por cuanto está pendiente un litigio ante el órgano jurisdiccional remitente y el Tribunal de Justicia dispone de suficiente información para pronunciarse con carácter prejudicial, procede responder a la cuestión planteada.

18. Personalmente, comparto este punto de vista.

19. En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha tenido la ocasión de pronunciarse en un supuesto análogo [2] sobre cómo debe apreciarse el procedimiento de dictamen previo seguido en el asunto principal de acuerdo con los criterios establecidos por la jurisprudencia relativa a los requisitos de aplicación del artículo 234 CE y ha declarado que el hecho de que la transacción proyectada por los demandantes en el procedimiento principal aún no hubiera tenido lugar no excluía la existencia de un litigio real ante el órgano jurisdiccional nacional.

20. En mi opinión, en el presente asunto debe seguirse el mismo razonamiento. Lejos de tener que pronunciarse sobre un litigio de naturaleza hipotética, se solicita al Tribunal de Justicia que interprete las normas de Derecho comunitario aplicables a un litigio real y se deduce de los elementos que obran en autos que está suficientemente informado para poder responder de forma apropiada a la cuestión que se le plantea.

Sobre la existencia de una restricción a la libertad de establecimiento

21. El Riksskatteverket estima que el presente asunto no entra dentro del ámbito de aplicación de las libertades fundamentales conferidas por el Tratado, al tratarse el caso de autos de una situación interna de un Estado miembro. Cita en este sentido la sentencia Werner. [3] En efecto, el caso de autos se refiere a una reestructuración en la titularidad de una actividad económica en Suecia, actividad que, tras dicha reestructuración, continuará, desarrollándose en este país.

22. No obstante, es preciso señalar que esta consideración no basta para excluir la aplicación de las normas del Tratado al caso de autos. En efecto, de la resolución de remisión se desprende claramente que el trato fiscal de la transacción proyectada depende de la existencia de un elemento de extranjería en relación con Suecia, a saber, el hecho de que la sociedad matriz de la sociedad cesionaria, o los accionistas de ésta, están establecidos en otro Estado miembro. Por tanto, resulta claro que no puede considerarse que el litigio principal tenga por objeto una situación puramente interna de Suecia.

23. Queda, sin embargo, por precisar en qué medida se ven afectadas las normas del Tratado por la disposición nacional en cuestión. A este respecto, recuerdo que de

2 — Sentencia de 18 de noviembre de 1999, X e Y (C-200/98, Rec. p. I-8261), apartados 15 a 23.

3 — Sentencia de 26 de enero de 1993 (C-112/91, Rec. p. I-429).

la resolución de remisión se desprende que dicha disposición determina el régimen fiscal de las cesiones de elementos del activo a favor de una sociedad en la que el cedente es, directa o indirectamente, titular de acciones.

24. La tributación de las plusvalías que se pueden generar mediante la realización de este tipo de transacciones es inmediata cuando la sociedad cesionaria es una persona jurídica extranjera o una sociedad anónima sueca en la que dicha persona jurídica extranjera participa directa o indirectamente.

25. En cambio, la tributación se aplaza cuando el cesionario es una sociedad anónima sueca que no cuenta entre sus accionistas con una persona jurídica extranjera. Esto conlleva evidentemente para el cedente una ventaja de tesorería.

26. Por consiguiente, es indiscutible que, en igualdad de circunstancias, una cesión a una sociedad anónima sueca disfruta de un trato fiscal más favorable que si fuera efectuada a favor de una sociedad que no es sueca o a favor de una sociedad sueca que cuente con accionistas extranjeros.

27. El Gobierno neerlandés considera que, en el litigio principal, la libertad de establecimiento de X e Y en Bélgica sólo entra en consideración en la medida en que su grado de participación en el capital de la sociedad matriz belga en cuestión les confiere cierta influencia sobre las decisiones de la sociedad y les permite determinar las actividades de ésta, en el sentido de la jurisprudencia. [4]

28. Personalmente, comparto este punto de vista. En efecto, de la jurisprudencia [5] resulta que las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento se aplican igualmente a las normas nacionales que pueden disuadir a los agentes económicos del Estado miembro en cuestión de establecerse en otro Estado miembro. Pues bien, la norma nacional controvertida puede disuadir a inversores como X e Y de ejercer su derecho de establecimiento en otro Estado miembro mediante la adquisición de participaciones *significativas* en sociedades establecidas en dicho Estado miembro, ya que el régimen de cesiones a favor de tales sociedades es menos favorable que el régimen que se aplica a las sociedades establecidas en Suecia y que no cuentan con accionistas extranjeros.

29. Sin embargo, no es ésta la única restricción a la libertad de establecimiento que puede observarse en el presente asunto. En efecto, es preciso subrayar, como lo hacen tanto la Comisión como el Órgano de Vigilancia de la AELC, que la medida nacional en cuestión puede también restringir el derecho de establecimiento en Suecia de una sociedad extranjera, como es el caso de la sociedad belga en el asunto

4 — Sentencia de 13 de abril de 2000, Baars (C-251/98, Rec. p. I-2787).

5 — Sentencia de 27 de septiembre de 1988, Daily Mail and General Trust (81/87, Rec. p. 5483).

principal. En efecto, su libertad para invertir y establecerse en Suecia y, en el presente asunto, para organizarse en los distintos Estados miembros, incluida Suecia, se ve limitada por cuanto en este país no podrá beneficiarse de cesiones, como la controvertida, en las mismas condiciones que una sociedad sueca que no cuenta en su accionariado con una sociedad extranjera.

30. En este contexto, el Órgano de Vigilancia de la AELC también alegó, con razón, que la diferencia de trato en cuestión puede disuadir a sociedades extranjeras de abrir un establecimiento secundario en Suecia.

31. Además, recuerdo que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que una diferencia de trato relativa al momento en que el impuesto es exigible y basada en razones de residencia o falta de residencia de las sociedades de que se trate en un Estado miembro constituye una restricción a la libertad de establecimiento. [6]

32. De cuanto precede se desprende que, en el caso de autos, se trata de una restricción de este tipo.

Sobre la justificación de la restricción de la libertad de establecimiento

33. El Riksskatteverket y, en menor medida, el Gobierno neerlandés son los únicos que consideran que la medida nacional controvertida puede justificarse.

34. El primero alega que es preciso situar la ventaja fiscal de que disfrutan las sociedades suecas, a saber, la tributación diferida de la cesión, en el contexto del régimen fiscal de las plusvalías. En efecto, la concesión de esta ventaja supone que los capitales cuya tributación se difiere de esta manera quedan sujetos a gravamen en Suecia. Si la cesión es efectuada, directa o indirectamente, a favor de una sociedad extranjera, una cesión posterior de los mismos títulos efectuada por esta última no podrá quedar sujeta a gravamen en Suecia. En su opinión, esto explica la exclusión de las sociedades extranjeras del beneficio de la tributación diferida.

35. El Riksskatteverket, al igual que el Gobierno neerlandés, cita en particular la jurisprudencia Bachmann [7] y estima que la diferencia de trato puede especialmente basarse en la necesidad de garantizar la coherencia del régimen fiscal y la eficacia del control fiscal. A su juicio, un Estado miembro puede, en principio, prever que los beneficios latentes queden en un momento u otro sujetos a gravamen en el

6 — Sentencia de 8 de marzo de 2001, Metallgesellschaft y otros (asuntos acumulados C-397/98 y C-410/98, Rec. p. I-1727).

7 — Sentencia de 28 de enero de 1992 (C-204/90, Rec. p. I-249).

país en que tienen su origen. Se trata de proteger sus ingresos fiscales y de garantizar la eficacia de los controles fiscales, consideraciones que, en su opinión, permiten justificar la restricción de la libertad de establecimiento.

36. El Gobierno neerlandés añade que el presente asunto es, en sustancia, análogo al que fue objeto de la sentencia Bachmann, antes citada. En efecto, los dos asuntos tienen por objeto una «exención» temporal, compensada por un impuesto posterior. En el asunto Bachmann, antes citado, la «exención» se hacía en forma de una deducción de primas a la que correspondía un impuesto posterior sobre los pagos. Cuando éste no se garantizaba, no se concedía la «exención».

37. En el presente caso, la exención (temporal) finaliza con la transmisión posterior de las acciones de las que es titular el sujeto pasivo en la sociedad cesionaria, momento en que se devenga el impuesto sobre las plusvalías exentas al efectuarse la cesión.

38. Ahora bien, según el Gobierno neerlandés, en caso de que la cesión se efectúe a una sociedad establecida en el extranjero o a una sociedad sueca de cuyas acciones sea titular tal sociedad, esta exacción posterior no está garantizada y, por tanto, no debe concederse la exención temporal. En efecto, el crédito fiscal sólo estará garantizado durante el período en que el cedente siga teniendo su residencia en Suecia y tribute en este país por sus ingresos mundiales. Sin embargo, ello deja de suceder desde el momento en que abandone Suecia. En efecto, la deuda fiscal extranjera no se extiende a las ventajas obtenidas a través de acciones en una sociedad establecida en el extranjero.

39. Por consiguiente, según el Gobierno neerlandés, existe un vínculo directo entre la exención temporal y el impuesto posterior. Es el mismo impuesto, abonado por el mismo sujeto pasivo, de forma diferida. Ahora bien, este vínculo desaparece en caso de emigración del sujeto pasivo. La coherencia del sistema exige, por tanto, que un Estado miembro pueda tomar medidas, como la restricción controvertida, para evitar ese riesgo.

40. El Gobierno neerlandés se basa, además, en la jurisprudencia Safir [8] para destacar que el sistema fiscal sueco tiene por objeto cubrir una laguna fiscal garantizando que se perciba en todos los casos el impuesto sobre las plusvalías de acciones nacidas durante el período de residencia fiscal.

41. Por su lado, el Riksskatteverket alega además que, como el trato diferente que establece la disposición nacional controvertida puede ser justificado sobre la base de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales, en particular el artículo 58 CE, apartados 1 y 2, se deduce del artículo 43 CE, párrafo segun-

8 — Sentencia de 28 de abril de 1998 (C-118/96, Rec. p. I-1897).

do, última frase, que esta disposición nacional tampoco puede ser declarada injustificada en virtud del artículo 43 CE.

42. ¿Qué debe pensarse de esta serie de argumentos?

43. En lo que se refiere al argumento relativo a la posibilidad de justificar las restricciones de la libertad de establecimiento con fundamento en las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales, debe señalarse que se contradice con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

44. En efecto, se desprende de ésta,[9] que, en los supuestos en que ha debido pronunciarse respecto a la compatibilidad de una disposición nacional tanto con las disposiciones del Tratado relativas al derecho de establecimiento como con las relativas a los capitales, el Tribunal de Justicia ha declarado que, siempre y cuando la violación del derecho de establecimiento quedara comprobada, ya no era necesario examinar las disposiciones nacionales controvertidas a la luz de los artículos relativos a los capitales. De forma implícita pero necesariamente, de lo anterior se desprende que el Tribunal de Justicia no ha considerado pertinente la posibilidad de que las normas nacionales controvertidas sean conformes con la libre circulación de capitales. Dicha conformidad no habría podido justificar, por tanto, una violación del derecho de establecimiento.

45. Tampoco comparto los argumentos basados en la necesidad de hacer frente a la reducción de los ingresos fiscales o de impedir que se produzca una laguna fiscal. En efecto, de una jurisprudencia reiterada se deduce que tales consideraciones, de carácter económico, no pueden invocarse para justificar una restricción a una libertad fundamental del Derecho comunitario, como es la libertad de establecimiento.

46. Así, en diversas sentencias el Tribunal de Justicia[10] ha declarado expresamente que «la reducción de los ingresos fiscales no puede considerarse una razón imperiosa de interés general susceptible de ser invocada para justificar una medida contraria, en principio, a una libertad fundamental».[11]

47. En lo que se refiere a la posibilidad de justificar las discriminaciones controvertidas en el caso de autos sobre la base de la lucha contra el fraude fiscal o la utilización abusiva de las libertades que confiere el Derecho comunitario, debo hacer las siguientes observaciones.

48. Cabe señalar que, contrariamente a las consideraciones que acabo de examinar, la lucha contra el fraude fiscal y la necesidad de controles fiscales constituyen claramente razones imperiosas de interés general que, en principio, pueden justificar restricciones de la libertad de establecimiento.

9 — Véanse, en particular, las sentencias x e Y, antes citada, apartado 30; Baars, antes citada, apartado 42, y Metallgesellschaft y otros, antes citada, apartado 75.

10 — Sentencia Metallgesellschaft y otros, antes citada, apartado 59, y, en el mismo sentido, sentencia de 16 de julio de 1998, ICI (C-264/96, Rec. p. I-4695), apartado 28.

11 — Sentencia de 6 de junio de 2000, Verkooijen (C-35/98, Rec. p. I-4071), apartado 59.

49. Sin embargo, de una jurisprudencia reiterada [12] se desprende que, para que esta justificación pueda admitirse, la medida controvertida debe no solamente ser apta para alcanzar su objetivo, sino que, además, no debe restringir las libertades fundamentales conferidas por el Derecho comunitario de manera excesiva en relación con lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo.

50. Pues bien, en mi opinión, esta exigencia de proporcionalidad no ha sido respetada en el presente asunto. En efecto, como señala igualmente la Comisión, la norma nacional controvertida, que trata de forma desfavorable todas las transacciones que implican un elemento de extranjería en relación con Suecia, supone presumir la existencia de un fraude o abuso cuando una transacción implica a una sociedad establecida en otro Estado miembro o a una sociedad sueca que cuenta con un accionista que es una persona jurídica establecida en otro Estado miembro.

51. Dicha situación se contradice con una jurisprudencia ya consolidada, de la que se deduce que las autoridades de un Estado miembro no pueden presumir la existencia de un fraude o de un abuso del simple ejercicio por un agente económico de una libertad conferida por el Tratado. [13]

52. Las observaciones formuladas por el Riksskatteverket respecto a la existencia, en el presente asunto, de una tentativa de fraude suscitan, por lo demás, cierto asombro. En efecto, no se ve de qué manera el simple hecho de que X e Y utilizaran el procedimiento de dictamen previo puede ser indicativo de una intención de sustraerse al impuesto, máxime cuando el objetivo de dicho dictamen es precisamente que el contribuyente pueda valorar por anticipado las consecuencias fiscales de la operación que proyecta realizar.

53. En todo caso, corresponde al órgano jurisdiccional nacional, que sin embargo no ha hecho alusión a esta cuestión en su resolución de remisión, pronunciarse en la medida en que sea necesario sobre este aspecto.

54. De las explicaciones dadas en la vista por el propio Gobierno sueco se deduce que la medida tiene por objeto evitar que, en caso de traslado al extranjero de la persona que cede las acciones, la plusvalía escape al impuesto en Suecia. La desproporción de la medida en relación con el objetivo resulta, por tanto, manifiesta.

55. En efecto, la denegación del beneficio de la tributación diferida es aplicable aun cuando el cedente no cambie de residencia y, es más, incluso cuando la sociedad cesionaria es sueca. Por tanto, esta denegación puede oponerse incluso en un supuesto en que tanto el cesionario como el cedente permanecen en Suecia y, en consecuencia, Hacienda pueda dirigirse tanto a uno como a otro para obtener el pago del impuesto.

12 — Véase, a modo de ejemplo, la sentencia de 15 de mayo de 1997, Futura Participations y Singer (C-250/95, Rec. p. I-2471), apartado 26.

13 — Sentencias de 9 de marzo de 1999, Centros (C-212/97, Rec. p. I-1459), apartado 27, y Metallgesellschaft y otros, antes citada, apartado 57.

No se ve de qué manera el hecho de que la sociedad sueca cesionaria cuente con uno o varios accionistas establecidos en otro Estado miembro impediría que las autoridades suecas consideraran esta sociedad como sujeto pasivo del impuesto en cuestión.

56. Por tanto, si la desproporción resulta manifiesta en un caso como el debatido en el presente asunto, en que tanto el cedente como el cesionario permanecen en Suecia, considero que esta desproporción existe igualmente cuando la sociedad cesionaria está establecida en otro Estado miembro.

57. Es cierto que este supuesto no corresponde a los hechos del litigio principal. Sin embargo, a él se refiere también la disposición nacional que es objeto de la cuestión planteada por el Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional remitente, al que corresponde apreciar tanto la necesidad como la pertinencia de la cuestión planteada.

58. Por consiguiente, sobre este punto, haré las observaciones siguientes.

59. En efecto, cabe destacar que, incluso en el supuesto de que la sociedad cesionaria se encuentre establecida en otro Estado miembro, el problema de la recaudación del impuesto mencionado por el Gobierno sueco sólo se plantea en el caso de que el cedente fije su residencia fuera de Suecia. En consecuencia, una medida conforme con el principio de proporcionalidad deberá referirse únicamente a los particulares que abandonan efectivamente el territorio nacional y establecer, por ejemplo, como expone la Comisión, un régimen de garantías para que el impuesto no sea eludido.

60. Además, como destaca acertadamente el Órgano de Vigilancia de la AELC, la normativa sueca controvertida no establece ninguna distinción en función de la carga fiscal que soporta la sociedad cesionaria en el Estado de su establecimiento, ni en función de que el cedente sea el único accionista o el accionista mayoritario o minoritario de la sociedad extranjera.

61. Ahora bien, resulta claro que las probabilidades e incluso las posibilidades de fraude o de montajes puramente artificiales pueden variar de manera decisiva en función de estas consideraciones. Por tanto, una medida proporcionada deberá tenerlo en cuenta.

62. De cuanto precede se desprende que el carácter desproporcionado de la medida nacional controvertida impide considerarla justificada por la necesidad de un control fiscal.

63. Me queda aún por examinar el argumento basado en la necesidad de garantizar la coherencia del sistema fiscal sueco.

64. A este respecto, comparto el escepticismo de la Comisión sobre la pertinencia de dicho concepto en el presente asunto. En efecto, cuesta trabajo considerar que es necesario para la coherencia del sistema una disposición que discrimina a los cesionarios según cuál sea su lugar de establecimiento o el de sus accionistas, alegando que es necesario protegerse frente al riesgo de un cambio de residencia del cedente.

65. Es preciso señalar, por tanto, que, en el caso de autos, este concepto parece coincidir en realidad con las exigencias de control fiscal que he examinado anteriormente.

66. Además, ha de destacarse que el objeto del litigio en el asunto principal presenta una diferencia importante respecto al asunto Bachmann, antes citado, invocado por el Reino de los Países Bajos y el Riksskatteverket. En efecto, en este último asunto existía una probabilidad de que el beneficiario de las prestaciones de seguro abandonara el territorio nacional, rompiendo así todo vínculo entre éste y la ejecución del contrato de seguro, ya que la entidad aseguradora estaba establecida en otro Estado miembro. En cambio, en el caso de autos, como el propio Riksskatteverket señaló en otro contexto, la actividad económica a que afecta la transacción se sigue desarrollando en Suecia, a cuyo territorio continúan vinculados los elementos del activo aportados, a saber, las acciones en una sociedad sueca.

67. De ello se deduce que, contrariamente a lo que ocurría en el asunto Bachmann, antes citado, el beneficiario de la cesión nunca escapa completamente a la Hacienda sueca en un caso incluido entre los contemplados por la disposición nacional controvertida, dado que, aun cuando esté establecida en el extranjero, la sociedad cesionaria es titular de acciones en una sociedad sueca. Esto es cierto *a fortiori,* cuando, como sucede en el litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente, la sociedad cesionaria es una sociedad sueca.

68. Por otra parte, en el asunto Bachmann, antes citado, una disposición legal nacional, a la que el Tribunal de Justicia atribuyó una importancia esencial, preveía expresamente la no sujeción de las cantidades debidas por la entidad aseguradora en caso de que las primas no fuesen deducibles. En el caso de autos, no existe ninguna disposición equivalente que vincule expresamente la ventaja del pago diferido del impuesto a los casos en los que se sepa que el impuesto se percibirá posteriormente.

69. Igualmente, cabe recordar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual la coherencia del sistema fiscal no debe necesariamente garantizarse en un contexto

puramente nacional. En efecto, es preciso tener en cuenta además los eventuales convenios firmados para evitar la doble imposición. [14] Pues bien, de los elementos presentados al Tribunal de Justicia durante la vista resulta que el Convenio bilateral para evitar la doble imposición firmado por el Reino de Suecia y el Reino de Bélgica, que entró en vigor el 24 de febrero de 1993, puede presentar cierta relevancia en la medida en que la sujeción a gravamen de las plusvalías aparece repartida entre ambos Estados contratantes. Es incluso probable que lo mismo ocurra con otros convenios de este tipo, existentes entre el Reino de Suecia y otros Estados miembros.

70. De lo anterior puede deducirse que, teniendo en cuenta el efecto de dichos convenios, que permiten en principio evitar que, como consecuencia de un cambio de residencia, no quede ningún Estado competente para gravar la plusvalía, es dudoso que la disposición nacional controvertida pueda reivindicar la función de garantizar la coherencia del sistema fiscal.

71. En cualquier caso, se desprende de la jurisprudencia que, para que así suceda, la medida nacional en cuestión debe respetar el principio de proporcionalidad sin ir más allá de lo necesario para garantizar la coherencia del sistema fiscal. [15] Ahora bien, por las razones anteriormente expuestas en el marco de los argumentos basados en la necesidad de control fiscal estimo, *mutatis mutandis,* que la disposición nacional controvertida restringe el derecho de establecimiento más allá de lo que podría justificar la necesidad de garantizar la coherencia del sistema fiscal.

72. Por tanto, procede desestimar también esta alegación por la que se pretende justificar la disposición nacional controvertida.

73. De todo cuanto precede se deduce que ésta última restringe de forma injustificada la libertad de establecimiento que confiere el Derecho comunitario.

Sobre la libre circulación de capitales

74. En mi opinión, en el caso de autos no es necesario responder a la cuestión prejudicial planteada, en la medida en que se refiere a los artículos 56 CE y 58 CE, habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la que se ha aludido anteriormente y en virtud de la cual no procede examinar una disposición nacional contraria al derecho de establecimiento a la luz de la libre circulación de capitales.

75. Por tanto, expondré únicamente a mayor abundamiento por qué la disposición nacional controvertida tampoco puede ser considerada compatible con la libre circulación de capitales.

14 — Sentencias de 11 de agosto de 1995, Wielockx (C-80/94, Rec. p. I-2493), y Bachmann, antes citada, apartado 26.

15 — Sentencia Bachmann, antes citada, apartado 27.

76. En efecto, es indiscutible que nos hallamos en presencia de una restricción de ésta en la medida en que la Ley sueca puede disuadir a un inversor establecido en Suecia de proceder a una aportación de acciones a favor de una sociedad establecida en otro Estado miembro, ya que quedará privado del beneficio de la tributación diferida, que obtendría, en cambio, si efectuara esta aportación a favor de una sociedad establecida en Suecia. Además, puede igualmente disuadir a un agente económico extranjero de invertir en una sociedad sueca, porque ésta contaría entonces con un accionista establecido en otro Estado miembro y, por tanto, los inversores establecidos en Suecia podrían verse disuadidos de efectuar una aportación de capital en su favor.

77. Pues bien, es indiscutible que se trata de un caso de circulación de capitales en el sentido del Derecho comunitario.

78. De nada sirve al Riksskatteverket invocar el artículo 58 CE.

79. En efecto, a este respecto, cabe observar que, en virtud de la Declaración nº 7 aneja al Acta final de Maastricht, las disposiciones nacionales que pueden ampararse en el artículo 73 D, apartado 1, del Tratado CE (actualmente artículo 58 CE, apartado 1) debían existir al término de 1993. Ahora bien, la disposición nacional controvertida es posterior a dicha fecha.

80. Además, en cualquier caso, el artículo 58 CE, apartado 3, establece que dichas medidas nacionales no deben constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y, por tanto, han de ser conformes al principio de proporcionalidad.

81. Pues bien, de las razones expuestas anteriormente se deduce que este requisito no se cumple en el caso de autos.

82. En consecuencia, hay que llegar, con carácter subsidiario, a la conclusión de que las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales se oponen a una normativa como la controvertida en este asunto.

83. De las consideraciones precedentes se deduce que procede responder al Regeringsrätten lo siguiente :

«Los artículos 43 CE a 48 CE se oponen, en una situación como la que se examina en el presente procedimiento, a que se aplique la legislación de un Estado miembro que —al igual que la legislación sueca en este ámbito— implica que una aportación de capital realizada mediante la transmisión de acciones a bajo precio reciba, si se efectúa a favor de una persona jurídica de otro Estado miembro, en la cual el cedente

participa directa o indirectamente, o a favor de una sociedad anónima nacional en la cual participa dicha persona jurídica, un trato fiscal menos favorable que si no existiera participación alguna de un titular extranjero.»

IV. Conclusión

84. En virtud de las razones que acaban de exponerse, propongo al Tribunal de Justicia que declare:

«Los artículos 43 CE a 48 CE se oponen, en una situación como la que se examina en el presente procedimiento, a que se aplique la legislación de un Estado miembro que —al igual que la legislación sueca en este ámbito— implica que una aportación de capital realizada mediante la transmisión de acciones a bajo precio reciba, si se efectúa a favor de una persona jurídica de otro Estado miembro, en la cual el cedente participa directa o indirectamente, o a favor de una sociedad anónima nacional en la cual participa dicha persona jurídica, un trato fiscal menos favorable que si no existiera participación alguna de un titular extranjero.»