

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ087509

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Sentencia de 6 de octubre de 2022

Sala 8.^a

Asunto n.º C-433/21 y C-434/21

SUMARIO:

Impuestos sobre los beneficios de las sociedades. Régimen fiscal antielusión de las sociedades instrumentales. Determinación de la renta imponible sobre la base de unos ingresos mínimos presuntos. Exclusión del ámbito de aplicación de dicho régimen fiscal de las sociedades y entidades que cotizan en los mercados regulados nacionales. Una sociedad italiana de responsabilidad limitada, participada al 100 % por otra sociedad cotizada en bolsa en Alemania, era un «holding puro», ya que su actividad consistía exclusivamente en la gestión de su participación en el capital de otra sociedad de la que era la socia única. Mediante dos liquidaciones, relativas a los ejercicios fiscales 2004 y 2005, la Agencia Tributaria estimó, que esta sociedad cumplía los criterios para poder ser considerada una sociedad instrumental y, de conformidad con dicho artículo, fijó la renta imponible a efectos del impuesto sobre sociedades de dicha sociedad, infiriéndola del valor del único activo de su propiedad, a saber, la participación en el 100 % del capital de la que era la socia única. **Libertad de establecimiento.** Una normativa nacional que, a efectos de determinar la renta imponible, establece una distinción en función del lugar en el que se negocian los títulos de que se trate puede estar comprendida en tal prohibición, sin embargo en este caso únicamente se benefician de la causa de exclusión de la aplicación del régimen fiscal antielusión para las sociedades instrumentales las «sociedades y entidades cuyos valores se negocien en mercados regulados italianos», por lo que no resulta ninguna diferencia de trato entre una sociedad propiedad de una sociedad matriz que cotiza en Alemania y una sociedad propiedad de una sociedad matriz que cotice en Italia. La sociedad instrumental nunca había emitido títulos en el mercado regulado italiano y por esta razón no se beneficiaba de la causa de exclusión de la aplicación del régimen fiscal antielusión para las sociedades instrumentales, al igual que cualquier otra sociedad italiana no cotizada. Por lo tanto, si la sociedad instrumental en vez de estar bajo el control de una sociedad que cotiza en Alemania, hubiera estado bajo el control de una sociedad que cotizase en Italia, tampoco habría podido hacer uso de la causa de exclusión prevista en dicha disposición. Por tanto la normativa nacional aplicable no establece ninguna diferencia de trato entre una sociedad propiedad de una matriz que cotice en un mercado extranjero y una sociedad propiedad de una matriz que cotice en el mercado italiano. La normativa controvertida en los litigios principales no favorece a las sociedades que sean propiedad de matrices que coticen en el mercado regulado nacional, que deseen beneficiarse de la causa de exclusión de la aplicación del régimen fiscal antielusión para las sociedades instrumentales, de dicha normativa no puede resultar ningún efecto disuasorio para las matrices que coticen en mercados extranjeros. Una limitación del ámbito de aplicación personal de la causa de exclusión de la aplicación del régimen fiscal antielusión para las sociedades instrumentales como la que se discute en los litigios principales, no puede obstaculizar o hacer menos atractivo el establecimiento, en territorio italiano, de una sociedad matriz que cotice en un mercado regulado extranjero. Considera el Tribunal que el art.49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que limita la aplicación de la causa de exclusión del régimen fiscal antielusión para las sociedades instrumentales a las sociedades cuyos valores se negocien en los mercados regulados nacionales y excluye del ámbito de aplicación de esta causa de exclusión a las demás sociedades, nacionales o extranjeras, cuyos valores no se negocien en los mercados regulados nacionales, pero que sean controladas por sociedades y entidades cotizadas en mercados regulados extranjeros.

PRECEPTOS:

Tratado de 25 de marzo de 1957 (TFUE), arts. 49 y 54.

PONENTE:

Don N. Jääskinen.

En los asuntos acumulados C-433/21 y C-434/21,

que tienen por objeto las peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación, Italia), mediante resoluciones de 8 de julio de 2021, recibidas en el Tribunal de Justicia el 16 de julio de 2021, en los procedimientos entre

Agenzia delle Entrate

y

Contship Italia SpA,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Octava),

integrado por el Sr. N. Jääskinen (Ponente), Presidente de Sala, y los Sres. M. Safjan y N. Piçarra, Jueces;

Abogada General: Sra. L. Medina;

Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Contship Italia SpA, por el Sr. F. d'Ayala Valva, avvocato;

- en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por los Sres. G. De Bellis, D. G. Pintus y F. Urbani Neri, avvocati dello Stato;

- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. W. Roels y P. Rossi, en calidad de agentes;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oída la Abogada General, de que los asuntos sean juzgados sin conclusiones;

dicta la siguiente

Sentencia

1. Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación del artículo 18 TFUE, en relación con el principio de libertad de establecimiento consagrado en el artículo 49 TFUE.

2. Dichas peticiones se han presentado en el contexto de dos litigios —cuyos hechos son idénticos a excepción de los ejercicios fiscales sobre los que versan, a saber, el ejercicio 2005 en el asunto C-433/21 y el ejercicio 2004 en el asunto C-434/21— entre Contship Italia SpA (en lo sucesivo, «Contship»), como sociedad absorbente y derechohabiente de Borgo Supermercati Srl, y la Agenzia delle Entrate (Agencia Tributaria, Italia), en relación con la aplicación del régimen fiscal antielusión para las sociedades instrumentales.

Marco jurídico

3. El artículo 30, apartado 1, de la legge n. 724 — Misure di razionalizzazione della finanza pubblica (Ley n.º 724 por la que se establecen Medidas de Racionalización de las Finanzas Públicas), de 23 de diciembre de 1994 (suplemento ordinario de la GURI n.º 304, de 30 de diciembre de 1994), en su versión aplicable a los litigios principales (en lo sucesivo, «Ley n.º 724/1994»), establecía:

«Salvo prueba en contrario, se considerará que las sociedades anónimas, comanditarias por acciones, de responsabilidad limitada, colectivas y comanditarias simples, así como las sociedades y las entidades de todo tipo no residentes, que cuenten con establecimiento permanente en el territorio nacional, son sociedades instrumentales si el importe total de los ingresos ordinarios, de los incrementos de las existencias y de los ingresos, excluidos los extraordinarios, que figuren en la cuenta de resultados, cuando sea de carácter obligatorio, es inferior a la suma de los importes que resulten de aplicar: a) el 1 % del valor de los bienes indicados en el artículo 53, apartado 1, letra c), del decreto del Presidente della Repubblica n. 917 — Approvazione del testo unico delle imposte sui redditi (Decreto n.º 917 del Presidente de la República, por el que se aprueba el Texto único del Impuesto sobre la Renta),

de 22 de diciembre de 1986 (suplemento ordinario de la GURI n.º 302, de 31 de diciembre de 1986), aun cuando constituyan inmovilizado financiero, incrementado con el valor de los créditos; b) el 4 % del valor del inmovilizado constituido por los bienes inmuebles y los bienes indicados en el artículo 8 bis, apartado 1, letra a), del decreto del Presidente della Repubblica n.º 633 — Istituzione e disciplina dell'imposta sul valore aggiunto (Decreto n.º 633 del Presidente de la República por el que se establece y regula el Impuesto sobre el Valor Añadido), de 26 de octubre de 1972 (suplemento ordinario de la GURI n.º 292, de 11 de noviembre de 1972, p. 2), en su versión modificada, incluidos los arrendamientos financieros; c) el 15 % del valor del inmovilizado restante, incluidos los arrendamientos financieros.

[...]

Las disposiciones anteriores no se aplicarán: [...]

5) a las sociedades y entidades cuyos valores se negocien en mercados regulados italianos [...].».

4. El artículo 1, apartado 109, de la legge n. 296 — Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007) [Ley n.º 296 por la que se establecen Disposiciones para la Elaboración del Presupuesto Anual y Plurianual del Estado (Ley Presupuestaria de 2007)], de 27 de diciembre de 2006 (suplemento ordinario de la GURI n.º 299, de 27 de diciembre de 2006), en su versión aplicable a los litigios principales (en lo sucesivo, «Ley n.º 296/2006»), amplió, con efectos a partir del ejercicio fiscal en curso el 4 de julio de 2006, el ámbito de aplicación de la exclusión establecida en el artículo 30, apartado 1, número 5, de la Ley n.º 724/1994, «a las sociedades y entidades que controlen sociedades y entidades cuyos valores se negocien en mercados regulados italianos y extranjeros, así como a las propias sociedades y entidades cotizadas y a las sociedades controladas por estas, aun cuando sea indirectamente».

Litigios principales y cuestiones prejudiciales

5. Borgo Supermercati era una sociedad italiana de responsabilidad limitada, participada al 100 % por Eurokai KGaA, sociedad cotizada en bolsa en Alemania. Durante los ejercicios fiscales 2004 y 2005, Borgo Supermercati era un «holding puro», ya que su actividad consistía exclusivamente en la gestión de su participación en el capital de Mika Srl, de la que era la socia única.

6. Mediante dos liquidaciones, relativas a los ejercicios fiscales 2004 y 2005, la Agencia Tributaria estimó, con arreglo al artículo 30 de la Ley n.º 724/1994, que Borgo Supermercati cumplía los criterios para poder ser considerada una sociedad instrumental y, de conformidad con dicho artículo, fijó la renta imponible a efectos del impuesto sobre sociedades de dicha sociedad, infiriéndola del valor del único activo de su propiedad, a saber, la participación en el 100 % del capital de Mika.

7. Borgo Supermercati interpuso dos recursos contra esas dos liquidaciones ante la Commissione tributaria provinciale di Genova (Comisión Tributaria Provincial de Génova, Italia), que desestimó ambos recursos en su totalidad.

8. Contra las resoluciones desestimatorias de la Commissione tributaria provinciale di Genova (Comisión Tributaria Provincial de Génova), Borgo Supermercati interpuso dos recursos de apelación ante la Commissione tributaria regionale della Liguria (Comisión Tributaria Regional de Liguria, Italia), que estimó parcialmente ambas apelaciones.

9. La Commissione tributaria regionale della Liguria (Comisión Tributaria Regional de Liguria) estimó que el hecho de que Borgo Supermercati fuera propiedad de una sociedad cotizada en bolsa en Alemania durante el ejercicio fiscal correspondiente permitía subsumirla en la causa de exclusión de la aplicación del régimen fiscal antielusión para las sociedades instrumentales establecida en el artículo 30, apartado 1, número 5, de la Ley n.º 724/1994, cuyo ámbito de aplicación estaba limitado en la fecha de los hechos controvertidos en los litigios principales a las sociedades directamente cotizadas en el mercado regulado italiano. A su juicio, esta interpretación extensiva se imponía en virtud del principio según el cual es razonable y oportuno interpretar la causa de exclusión relativa a la condición de empresa cotizada en bolsa de conformidad con el principio de no discriminación, aun cuando el legislador solo previera la extensión del ámbito de aplicación del artículo 30, apartado 1, número 5, de la Ley n.º 724/1994 a raíz de la reforma introducida por la Ley n.º 296/2006.

10. La Agencia Tributaria y Contship, que entretanto había absorbido a la sociedad Borgo Supermercati, interpusieron un recurso de casación contra las resoluciones de la Commissione tributaria regionale della Liguria

(Comisión Tributaria Regional de Liguria) ante la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación, Italia), que es el órgano jurisdiccional remitente.

11. En apoyo de sus recursos, Contship alega, en esencia, que la sociedad alemana propietaria del 100 % de Borgo Supermercati debería haber sido asimilada, sobre la base de una interpretación coherente del corpus legislativo, a las «sociedades y entidades cuyos valores se negocien en mercados regulados italianos» mencionadas en el artículo 30, apartado 1, número 5, de la Ley n.º 724/1994, en su versión aplicable *ratione temporis* a los hechos controvertidos en los litigios principales, y, por tanto, la filial de dicha sociedad alemana debería haber evitado *ex lege* la aplicación del régimen fiscal antielusión para las sociedades instrumentales. En efecto, según Contship, una interpretación del artículo 30, apartado 1, número 5, de la Ley n.º 724/1994, en su redacción previa a la Ley n.º 296/2006, que no siga el enfoque mencionado implicaría una discriminación basada en la nacionalidad de la entidad que ostenta el control y vulneraría la libertad de establecimiento y la libertad de iniciativa económica y comercial dentro de la Unión Europea.

12. En opinión de Contship, su interpretación se ve confirmada por la modificación introducida en el artículo 30, apartado 1, número 5, de la Ley n.º 724/1994 por la Ley n.º 296/2006, que, de alguna manera, adaptó la normativa nacional en cuestión a los principios inherentes al ordenamiento jurídico de la Unión.

13. Con carácter preliminar, el órgano jurisdiccional remitente subraya que el régimen fiscal antielusión para las sociedades instrumentales establecido en el artículo 30 de la Ley n.º 724/1994 tiene por objeto desalentar que se recurra a una forma jurídica determinada para fines distintos de aquellos que animan la dinámica normal de las entidades colectivas mercantiles. Dicho órgano jurisdiccional precisa que este régimen fiscal se aplica únicamente a las sociedades mercantiles con ánimo de lucro, incluidos los establecimientos permanentes de sociedades extranjeras y las sociedades denominadas «extraterritoriales».

14. El órgano jurisdiccional remitente señala que la identificación de las sociedades sujetas a este régimen fiscal se lleva a cabo mediante la aplicación de un test denominado test del «carácter operativo», que descansa en una evaluación de la productividad de los activos propiedad de dichas sociedades en relación con los parámetros de ingresos mínimos predeterminados por la Ley. Así, cuando una sociedad declara para el ejercicio fiscal correspondiente unos ingresos inferiores al importe que resultaría de aplicar esos parámetros de ingresos mínimos, se presume que dicha sociedad no es operativa, lo que conduce a que la renta imponible se determine sobre la base de los ingresos mínimos presumidos por la Ley.

15. El órgano jurisdiccional remitente añade que el artículo 30 de la Ley n.º 724/1994 establece asimismo causas de exclusión de la aplicación de dicho régimen fiscal. Entre estas causas de exclusión figura la prevista en el artículo 30, apartado 1, número 5, de la Ley n.º 724/1994, que, en su versión aplicable *ratione temporis* a los hechos de los litigios principales, disponía que el régimen antielusión para las sociedades instrumentales no era aplicable «a las sociedades y entidades cuyos valores se negocien en mercados regulados italianos».

16. Dicho órgano jurisdiccional subraya que el ámbito de aplicación del artículo 30, apartado 1, número 5, de la Ley n.º 724/1994 fue extendido por la Ley n.º 296/2006, con efectos a partir del ejercicio fiscal en curso el 4 de julio de 2006, «a las sociedades y entidades que controlen sociedades y entidades cuyos valores se negocien en mercados regulados italianos y extranjeros, así como a las propias sociedades y entidades cotizadas y a las sociedades controladas por estas, aun cuando sea indirectamente». La Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación) considera, no obstante, que esta modificación no es aplicable *ratione temporis* a los hechos de los litigios principales y que el tenor del artículo 30, apartado 1, número 5, de la Ley n.º 724/1994, tal como estaba redactado antes de dicha modificación, no admitía una interpretación según la cual la extensión del ámbito de aplicación de la causa de exclusión correspondiente a las filiales de las sociedades cotizadas, en Italia o en el extranjero, pudiera haber sido aplicable en el momento de tales hechos.

17. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta acerca de la compatibilidad del artículo 30, apartado 1, número 5, de la Ley n.º 724/1994, en su versión aplicable a los hechos de los litigios principales, con el principio de no discriminación, en relación con el principio de libertad de establecimiento, consagrados respectivamente en los artículos 18 y 49 TFUE.

18. En efecto, según dicho órgano jurisdiccional, por una parte, el artículo 30, apartado 1, número 5, de la Ley n.º 724/1994 puede dar lugar a una discriminación, en sentido estricto, entre las sociedades emisoras de títulos negociados en los mercados regulados italianos y las sociedades cotizadas en mercados extranjeros. Por otra parte, no extender la mencionada causa de exclusión, potencialmente portadora de una ventaja fiscal, a las sociedades matrices cotizadas en mercados regulados italianos y extranjeros, puede implicar la restricción de la libertad de

establecimiento, con el efecto disuasorio que de ello se deriva para las sociedades que, aunque no sean residentes y carezcan de establecimientos permanentes, tengan la intención de ejercer la libertad de establecimiento (a través de establecimientos secundarios) en Italia mediante el control de sociedades residentes en ese país.

19. En estas circunstancias, la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia, tanto en el asunto C-433/21 como en el asunto C-434/21, la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Se oponen los artículos 18 TFUE (anteriormente artículo 12 TCE) y 49 TFUE (anteriormente artículo 43 TCE) a una normativa nacional que, como el artículo 30, apartado 1, punto 5, de la [Ley n.º 724/1994], en su versión aplicable *ratione temporis*, anterior a las modificaciones introducidas por la [Ley n.º 296/2006], excluya del régimen fiscal antielusión para las sociedades instrumentales —basado en la fijación de estándares mínimos de ingresos ordinarios y otros ingresos, en función del valor de determinados activos empresariales, que en caso de no alcanzarse se consideran un indicio sintomático del carácter no operativo de la sociedad que conlleva la determinación de las rentas imponibles por vía de presunción— únicamente a las sociedades y entidades cuyos valores se negocien en mercados regulados italianos y no excluya de dicho régimen a las sociedades y entidades cuyos valores se negocien en mercados regulados extranjeros ni a las sociedades que controlen tales sociedades y entidades cotizadas o sean controladas por estas, aun cuando sea indirectamente?»

20. Mediante resolución del Presidente del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2021, se acordó la acumulación de los presentes asuntos a efectos de las fases escrita y oral del procedimiento y de la resolución del Tribunal de Justicia.

Sobre la admisibilidad de las peticiones de decisión prejudicial

21. El Gobierno italiano invoca la inadmisibilidad de las peticiones de decisión prejudicial debido al carácter hipotético de la cuestión planteada en cada uno de los asuntos acumulados.

22. Dicho Gobierno aduce que la causa de exclusión de la aplicación del régimen fiscal antielusión para las sociedades instrumentales, establecida en el artículo 30, apartado 1, número 5, de la Ley n.º 724/1994, en la fecha de los hechos objeto de los litigios principales, solo se aplicaba a las sociedades y entidades cuyos títulos se negociaban en los mercados regulados italianos y que, por consiguiente, dado que Contship nunca emitió títulos, ni en el mercado italiano ni en un mercado extranjero, no puede alegar que la normativa nacional controvertida en los litigios principales fuera discriminatoria para ella.

23. A este respecto, procede recordar que corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio principal y que debe asumir la responsabilidad de la decisión judicial que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (sentencias de 18 de octubre de 1990, Dzodzi, C-297/88 y C-197/89, EU:C:1990:360, apartados 34 y 35; de 13 de noviembre de 2018, Levola Hengelo, C-310/17, EU:C:2018:899, apartado 27 y jurisprudencia citada, y de 28 de abril de 2022, Caruter, C-642/20, EU:C:2022:308, apartado 28).

24. En efecto, según reiterada jurisprudencia, las cuestiones sobre la interpretación del Derecho de la Unión, planteadas por el juez nacional en el marco normativo y fáctico definido bajo su responsabilidad, cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia, disfrutan de una presunción de pertinencia. La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional solo es posible cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones que se le plantean (sentencias de 5 de diciembre de 2006, Cipolla y otros, C-94/04 y C-202/04, EU:C:2006:758, apartado 25; de 13 de noviembre de 2018, Levola Hengelo, C-310/17, EU:C:2018:899, apartado 28 y jurisprudencia citada, y de 28 de abril de 2022, Caruter, C-642/20, EU:C:2022:308, apartado 29 y jurisprudencia citada).

25. En los presentes asuntos, de las resoluciones de remisión se desprende que, aunque Contship nunca haya emitido títulos, ni en el mercado italiano ni en un mercado extranjero, el carácter discriminatorio de la causa de exclusión establecida en el artículo 30, apartado 1, número 5, de la Ley n.º 724/1994 podría derivarse de una

diferencia de trato entre las filiales de las sociedades cuyos valores se negocian en los mercados regulados italianos y las filiales de las sociedades cuyos valores se negocian en mercados regulados extranjeros.

26. Además, el órgano jurisdiccional remitente también desea saber si la normativa nacional controvertida en los litigios principales tiene un efecto disuasorio para las sociedades cotizadas en mercados regulados extranjeros que, aun cuando no sean residentes y carezcan de establecimientos permanentes, tengan la intención de ejercer su libertad de establecimiento (a través de establecimientos secundarios) en Italia mediante el control de sociedades residentes en ese país.

27. Por tanto, no resulta de modo manifiesto que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión carezca de toda relación con la realidad o el objeto de los litigios principales.

28. De cuanto antecede se desprende que las peticiones de decisión prejudicial son admisibles.

Sobre las cuestiones prejudiciales

Observaciones preliminares

29. A título preliminar, es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia, el artículo 18 TFUE solo está destinado a aplicarse de manera autónoma en situaciones que se rijan por el Derecho de la Unión y para las que el Tratado FUE no prevea normas específicas que prohíban la discriminación. Pues bien, el principio de no discriminación ha sido desarrollado, en el ámbito del derecho a la libertad de establecimiento, por el artículo 49 TFUE (sentencias de 29 de febrero de 1996, Skanavi y Chryssanthakopoulos, C-193/94, EU:C:1996:70, apartados 20 y 21, y de 5 de febrero de 2014, Hervis Sport- és Divatkereskedelmi, C-385/12, EU:C:2014:47, apartado 25, y auto de 22 de octubre de 2021, O y otros, C-691/20, no publicado, EU:C:2021:895, apartados 20 y 21).

30. Así pues, dado que las circunstancias de hecho de los litigios principales se refieren a una sociedad italiana controlada por una sociedad establecida en otro Estado miembro, el artículo 49 TFUE es la disposición pertinente para apreciar la compatibilidad de la normativa nacional de que se trata con el Derecho de la Unión (véanse, por analogía, las sentencias de 13 de noviembre de 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation, C-35/11, EU:C:2012:707, apartado 91, y de 3 de marzo de 2020, Tesco-Global Áruházak, C-323/18, EU:C:2020:140, apartado 52).

31. En consecuencia, no es necesario proceder a una interpretación del artículo 18 TFUE, sino exclusivamente el artículo 49 TFUE.

Libertad de establecimiento

32. *Mediante sus cuestiones prejudiciales*, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 49 TFUE se opone a una normativa, como el artículo 30, apartado 1, número 5, de la Ley n.º 724/1994, en su versión aplicable a los hechos del litigio principal, que limita la aplicación de la causa de exclusión del régimen fiscal antielusión para las sociedades instrumentales únicamente a las sociedades cuyos valores se negocien en los mercados regulados nacionales, excluyendo del ámbito de aplicación de esta causa de exclusión a las demás sociedades, nacionales o extranjeras, cuyos títulos no se negocien en mercados regulados nacionales, pero que sean controladas por sociedades y entidades cotizadas en mercados regulados extranjeros.

33. En primer lugar, procede recordar que el artículo 49 TFUE obliga a suprimir las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. En virtud del artículo 54 TFUE, para las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión Europea, esa libertad comprende el derecho a ejercer su actividad en otros Estados miembros a través de agencias, sucursales o filiales (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de septiembre de 1999, Saint-Gobain ZN, C-307/97, EU:C:1999:438, apartado 35, y de 20 de enero de 2021, Lexel, C-484/19, EU:C:2021:34, apartado 33 y jurisprudencia citada).

34. La libertad de establecimiento pretende garantizar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida a los nacionales de otros Estados miembros y a las sociedades a las que se refiere el artículo 54 TFUE, y prohíbe, en el caso de las sociedades, cualquier discriminación basada en el lugar de su domicilio social (sentencias de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, C-374/04, EU:C:2006:773,

apartado 43, y de 3 de marzo de 2020, Tesco-Global Áruházak, C-323/18, EU:C:2020:140, apartado 59 y jurisprudencia citada).

35. A este respecto, no solo se prohíben las discriminaciones manifiestas basadas en el domicilio social de las sociedades, sino también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado (sentencias de 5 de febrero de 2014, Hervis Sport- és Divatkereskedelmi, C-385/12, EU:C:2014:47, apartado 30; de 3 de marzo de 2020, Tesco-Global Áruházak, C-323/18, EU:C:2020:140, apartado 62, y de 25 de febrero de 2021, Novo Banco, C-712/19, EU:C:2021:137, apartado 31).

36. Una normativa nacional que, a efectos de determinar la renta imponible, establece una distinción en función del lugar en el que se negocian los títulos de que se trate puede estar comprendida en tal prohibición.

37. No obstante, en los presentes asuntos, con arreglo al artículo 30, apartado 1, número 5, de la Ley n.º 724/1994, en su versión aplicable *ratione temporis* a los hechos de los litigios principales, únicamente se beneficiará de la causa de exclusión de la aplicación del régimen fiscal antielusión para las sociedades instrumentales las «sociedades y entidades cuyos valores se negocien en mercados regulados italianos».

38. Por consiguiente, habida cuenta del ámbito de aplicación de esta disposición, es preciso señalar que de la normativa nacional controvertida en los litigios principales no resulta ninguna diferencia de trato entre una sociedad propiedad de una sociedad matriz que cotiza en Alemania, como Contship, y una sociedad propiedad de una sociedad matriz que cotice en Italia. En efecto, dado que esta normativa solo permite beneficiarse de la causa de exclusión de la aplicación del régimen fiscal antielusión para las sociedades instrumentales, establecida en el artículo 30, apartado 1, número 5, de la Ley n.º 724/1994, a las propias sociedades que coticen en el mercado regulado italiano, resulta irrelevante que una sociedad sea la filial de una sociedad matriz que cotice en Italia o en el extranjero.

39. En cambio, de la información de que dispone el Tribunal de Justicia se desprende que Contship nunca había emitido títulos en el mercado regulado italiano y por esta razón no se beneficiaba de la causa de exclusión de la aplicación del régimen fiscal antielusión para las sociedades instrumentales establecida en el artículo 30, apartado 1, número 5, de la Ley n.º 724/1994, al igual que cualquier otra sociedad italiana no cotizada. Por lo tanto, si Contship, en vez de estar bajo el control de una sociedad que cotiza en Alemania, hubiera estado bajo el control de una sociedad que cotizase en Italia, tampoco habría podido hacer uso de la causa de exclusión prevista en dicha disposición.

40. En estas circunstancias, de la aplicación del artículo 30, apartado 1, número 5, de la Ley n.º 724/1994 no puede resultar ninguna diferencia de trato entre una sociedad propiedad de una matriz que cotice en un mercado extranjero y una sociedad propiedad de una matriz que cotice en el mercado italiano.

41. En segundo lugar, según reiterada jurisprudencia, el artículo 49 TFUE se opone a cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin distinción por razón de la nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los ciudadanos de la Unión, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado FUE y que tales efectos restrictivos pueden producirse, en particular, cuando una normativa nacional pueda disuadir a una sociedad de crear entidades subordinadas a ella, como un establecimiento permanente, en otros Estados miembros y de ejercer su actividad por medio de esas entidades (sentencia de 3 de septiembre de 2020, Vivendi, C-719/18, EU:C:2020:627, apartado 51, y auto de 22 de octubre de 2021, O y otros, C-691/20, no publicado, EU:C:2021:895, apartado 23).

42. A este respecto, procede subrayar que, en virtud del principio de autonomía fiscal de los Estados miembros, a falta de medidas de armonización a nivel de la Unión, corresponde a estos últimos determinar el régimen fiscal aplicable a las supuestas sociedades instrumentales. No obstante, tal competencia debe ejercerse respetando el Derecho de la Unión y, en particular, las disposiciones del Tratado FUE en materia de libertad de establecimiento (véanse, por analogía, las sentencias de 30 de junio de 2011, Meilicke y otros, C-262/09, EU:C:2011:438, apartados 37 y 38, y de 19 de diciembre de 2019, Brussels Securities, C-389/18, EU:C:2019:1132, apartado 48 y jurisprudencia citada).

43. Sin embargo, en este caso, de la normativa controvertida en los litigios principales se desprende que cuando una sociedad matriz cotice en el mercado regulado italiano su filial no puede beneficiarse de la causa de exclusión de la aplicación del régimen fiscal antielusión para las sociedades instrumentales establecida en el artículo 30, apartado 1, número 5, de la Ley n.º 724/1994 si la propia filial no es una sociedad cotizada.

44. De ello se desprende que ningún trato fiscal ventajoso para las filiales está supeditado al requisito de que las sociedades matrices coticen en el mercado bursátil nacional.

45. Así pues, dado que la normativa controvertida en los litigios principales no favorece a las sociedades que sean propiedad de matrices que coticen en el mercado regulado nacional, que deseen beneficiarse de la causa de exclusión de la aplicación del régimen fiscal antielusión para las sociedades instrumentales, de dicha normativa no puede resultar ningún efecto disuasorio para las matrices que coticen en mercados extranjeros.

46. Por otra parte, procede señalar, como hace la Comisión Europea, que la causa de exclusión establecida en el artículo 30, apartado 1, número 5, de la Ley n.º 724/1994 solo resultaba de aplicación a las presuntas sociedades instrumentales cuyos títulos se negociaran en los mercados regulados italianos, excluyendo así a las sociedades instrumentales cotizadas en mercados extranjeros, incluidos los de los Estados miembros distintos de la República Italiana. Sin embargo, esta última situación no es la que se desprende de las circunstancias de los litigios principales y, por tanto, una respuesta del Tribunal de Justicia acerca de si tal diferenciación debería considerarse una discriminación por lo que respecta a la libertad de establecimiento iría más allá de las cuestiones prejudiciales planteadas y no sería útil para el órgano jurisdiccional remitente a efectos de determinar la solución de los litigios principales.

47. Por consiguiente, una limitación del ámbito de aplicación personal de la causa de exclusión de la aplicación del régimen fiscal antielusión para las sociedades instrumentales establecida en el artículo 30, apartado 1, número 5, de la Ley n.º 724/1994, como la que se discute en los litigios principales, no puede obstaculizar o hacer menos atractivo el establecimiento, en territorio italiano, de una sociedad matriz que cotice en un mercado regulado extranjero.

48. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que limita la aplicación de la causa de exclusión del régimen fiscal antielusión para las sociedades instrumentales a las sociedades cuyos valores se negocien en los mercados regulados nacionales y excluye del ámbito de aplicación de esta causa de exclusión a las demás sociedades, nacionales o extranjeras, cuyos valores no se negocien en los mercados regulados nacionales, pero que sean controladas por sociedades y entidades cotizadas en mercados regulados extranjeros.

Costas

49. Dado que el procedimiento tiene, para las partes de los litigios principales, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del procedimiento principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Octava) declara:

El artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que limita la aplicación de la causa de exclusión del régimen fiscal antielusión para las sociedades instrumentales a las sociedades cuyos valores se negocien en los mercados regulados nacionales y excluye del ámbito de aplicación de esta causa de exclusión a las demás sociedades, nacionales o extranjeras, cuyos valores no se negocien en los mercados regulados nacionales, pero que sean controladas por sociedades y entidades cotizadas en mercados regulados extranjeros.

Firmas

* Lengua de procedimiento: italiano.

Fuente: sitio internet del Tribunal de Justicia.