

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL

SRA. JULIANE KOKOTT

presentadas el 8 de septiembre de 2011¹

I. Introducción

1. ¿Es compatible con la libertad de establecimiento el hecho de que el traslado de la sede de administración efectiva de una sociedad de un Estado miembro a otro –a diferencia de lo que ocurre en caso de traslado de la sede dentro del propio país– suponga que se graven inmediatamente las reservas tácitas? ¿Tiene alguna relevancia a ese respecto el hecho de que las reservas tácitas consistan en diferencias positivas de cambio, que no se hacen ya patentes una vez trasladado el domicilio social porque el Estado de destino es a la vez el Estado de la divisa en la que está expresado el crédito que forma parte del patrimonio empresarial?

2. Estas cuestiones relativas a la admisibilidad, desde el punto de vista del Derecho de la Unión, de la imposición de salida a las

empresas² –cuestiones que revisten una gran importancia para el mercado interior– se plantean en un litigio, del que conoce el Gerechtshof Amsterdam, entre la sociedad neerlandesa National Grid Indus BV (en lo sucesivo, «National Grid Indus»), que trasladó su sede de administración efectiva al Reino Unido pero que sigue siendo considerada sociedad neerlandesa, y la administración tributaria neerlandesa. El litigio se centra, desde el punto de vista económico, en un crédito frente a una filial resultante de un préstamo, expresado en libras esterlinas, que forma parte del patrimonio de la empresa. A diferencia de lo que ocurría antes en los Países Bajos, en el Reino Unido no se hace ya patentes las anteriores diferencias positivas de cambio frente al florín neerlandés o frente al euro. Con arreglo al Derecho neerlandés, hay que pagar

2 — El 19 de diciembre de 2006, la Comisión dirigió una Comunicación sobre la imposición de salida y la necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros [COM(2006) 825 final] al Parlamento y al Consejo, entre otros. El Consejo aprobó a continuación, el 2 de diciembre de 2008, una Resolución sobre la coordinación en materia de imposición de salida (DO C 323, p. 1). Actualmente hay pendientes ante el Tribunal de Justicia cuatro recursos por incumplimiento en materia de imposición de salida interpuestos por la Comisión, en concreto contra Portugal (C-38/10), España (C-64/11), Dinamarca (C-261/11) y Países Bajos (C-301/11). La Comisión ya ha adoptado también medidas contra otros Estados miembros, véanse los comunicados de prensa de la Comisión IP/10/299, de 18 de marzo de 2010, e IP/11/78, de 27 de enero de 2011.

1 — Lengua original: alemán.

el impuesto sobre sociedades por dichas diferencias positivas de cambio a causa del traslado del domicilio fuera de los Países Bajos.

3. El presente asunto brinda al Tribunal de Justicia la oportunidad de precisar —con respecto, en particular, a sus sentencias *Daily Mail and General Trust*³ y *Cartesio*⁴— en qué medida el traslado del domicilio social a otro Estado está realmente comprendido en el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento. Además, hay que aclarar si la jurisprudencia sobre imposición de salida en el caso de personas físicas —esto es, las sentencias de *Lasteyrie du Saillant*⁵ y *N*⁶— es aplicable al traslado del domicilio en el caso de sociedades.

II. Marco jurídico

4. Desde el punto de vista del Derecho de la Unión, el marco de este asunto viene definido por las disposiciones en materia de libertad de establecimiento. Dado que el litigio principal tiene por objeto la valoración de la licitud de una liquidación impositiva del año 2004 correspondiente al ejercicio comercial 2000/2001, al responder a la petición de

decisión prejudicial hay que hacer referencia todavía a las disposiciones de los Tratados en la versión del Tratado de Ámsterdam,⁷ recurriendo en especial al artículo 43 CE y no al artículo 49 TFUE. Además, resultan pertinentes las disposiciones de la Ley neerlandesa del impuesto sobre sociedades y de la Ley del impuesto sobre la renta, así como un Convenio para evitar la doble imposición.

A. Derecho nacional

5. El artículo 2, apartado 4, de la *Wet op de vennootschapsbelasting 1969* (Ley neerlandesa del impuesto sobre sociedades de 1969; en lo sucesivo, «*Wet VPB*») establece una ficción en relación con el domicilio social de una sociedad constituida con arreglo al Derecho neerlandés: a los efectos de dicha Ley, se considera establecida en los Países Bajos. Por tanto, una sociedad que traslada su sede de administración efectiva al extranjero sigue sujeta al impuesto por obligación personal en los Países Bajos.

6. En virtud del artículo 8 de la *Wet VPB*, el artículo 16 de la *Wet op de inkomstenbelasting 1964* (Ley neerlandesa del impuesto sobre la renta; en lo sucesivo, «*Wet IB*») se aplica por analogía a la recaudación del impuesto sobre sociedades. Conforme a dicho artículo 16, los beneficios aún no cuantificados

3 — Sentencia de 27 de septiembre de 1988, «*Daily Mail*» (81/87, Rec. p. 5483).

4 — Sentencia de 16 de diciembre de 2008 (C-210/06, Rec. p. I-9641).

5 — Sentencia de 11 de marzo de 2004 (C-9/02, Rec. p. I-2409).

6 — Sentencia de 7 de septiembre de 2006 (C-470/04, Rec. p. I-7409).

7 — Que se firmó el 2 de octubre de 1997 y entró en vigor el 1 de mayo de 1999.

de una empresa se imputan a las ganancias del año natural en el que la persona por cuya cuenta se explota la empresa deja de obtener de ésta beneficios imponibles en los Países Bajos (el llamado gravamen de liquidación final). En este sentido, ese momento opera como el momento ficticio en el que se hacen efectivas las reservas tácitas y el fondo de comercio de la empresa.

Estado parte en el que tenga su sede de administración efectiva. A dicho Estado le corresponde, con arreglo al artículo 7, apartado 1, del DBA, la competencia exclusiva para gravar el beneficio empresarial, siempre que éste no resulte atribuible a un establecimiento situado en otro Estado parte. Conforme al artículo 13, apartado 4, del DBA, dicha potestad tributaria comprende también los incrementos patrimoniales (no realizados).

B. El Convenio entre los Países Bajos y el Reino Unido para evitar la doble imposición

7. Conforme a los artículos 93 y 94 de la Constitución neerlandesa, el Convenio celebrado entre el Reino de los Países Bajos y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para evitar la doble imposición e impedir la evasión fiscal en el ámbito del impuesto sobre la renta y el patrimonio (en lo sucesivo, «DBA») ⁸ prima sobre las disposiciones de Derecho interno que sean contrarias a lo dispuesto en él.

9. Según jurisprudencia reiterada del Hoge Raad der Nederlanden, de la aplicación del DBA resulta que una sociedad que, como National Grid Indus, traslada su sede de administración efectiva al Reino Unido, deja de obtener beneficios imponibles de su empresa en los Países Bajos, de modo que las reservas tácitas existentes en el momento del traslado del domicilio social y el fondo de comercio quedan sujetos al gravamen de liquidación final con arreglo al artículo 8 de la Wet VPB en relación con el artículo 16 de la Wet IB.

8. Según el artículo 4, apartado 3, del DBA, una sociedad que, como Nacional Gris Indus, tiene doble domicilio social –el domicilio de constitución en los Países Bajos, la sede de administración efectiva en el Reino Unido– se considerará establecida únicamente en el

III. Hechos y cuestiones prejudiciales

10. National Grid Indus se constituyó el 10 de junio de 1996 como sociedad neerlandesa de responsabilidad limitada, con domicilio social en Róterdam. Pertenece al National Grid Transco Group, un grupo de sociedades cuya matriz está establecida en el

8 — *Tractatenblad* 1980, 205.

Reino Unido y que, entre otros, posee redes eléctricas y de gas en el Reino Unido y en los Estados Unidos de América. El día de la constitución, la sociedad matriz británica aportó al capital social un crédito resultante de un préstamo entre sociedades del grupo por valor de 33.113.000 GBP a cambio de la cesión de participaciones. National Grid Indus, por su parte, debía aportar esta cantidad a una sociedad conjunta pakistani para un proyecto en materia de electricidad en Pakistán. No obstante, éste no llegó a realizarse y National Grid Indus limitó su actividad de ahí en adelante a la financiación de las empresas del grupo establecidas en Inglaterra.

11. El 15 de diciembre de 2000, National Grid Indus trasladó su sede de administración efectiva y toda su actividad comercial a Londres. Abandonó sus oficinas en Róterdam, la gerencia neerlandesa fue sustituida por tres gestores ingleses, se cancelaron las cuentas bancarias neerlandesas y se abrió una nueva cuenta en un banco inglés. Según ha comprobado el órgano jurisdiccional remitente, National Grid Indus continúa existiendo como sociedad neerlandesa, tanto conforme al Derecho neerlandés de sociedades como al inglés.⁹ Las autoridades tributarias inglesas consideran que la sociedad está establecida en el Reino Unido desde el 15 de diciembre de 2000. Desde el punto de vista del Derecho tributario neerlandés se trata, por el contrario, de un establecimiento situado en

el Reino Unido que pertenece a una sociedad neerlandesa.

12. Según ha comprobado el órgano jurisdiccional remitente, existían motivos racionales para trasladar el domicilio social. Por una parte, el tipo del impuesto británico de sociedades que se iba a aplicar en el futuro a los intereses recibidos por National Grid Indus por el préstamo ya no iba a ser superior al tipo al que las empresas deudoras del grupo podían desgravarse dichos intereses. Por otra, con el traslado del domicilio desaparecía el riesgo cambiario frente al florín neerlandés y al euro, dado que las ganancias se iban a calcular en el futuro únicamente en libras esterlinas. Además, dado que el proyecto en Pakistán se había malogrado, no existía ya aparentemente razón alguna para mantener una sede en los Países Bajos con el fin de poder beneficiarse de un convenio neerlandés-pakistani en materia fiscal.

13. Mientras estuvo establecida en los Países Bajos, National Grid Indus obtuvo, con respecto al crédito resultante del préstamo de 33.113.000 GBP, diferencias positivas de cambio no realizadas por valor de 22.128.160 NLG (10.041.321 euros), debido al alza de la libra esterlina frente al florín neerlandés. No obstante, hasta su salida del país pudo contabilizar el crédito resultante del préstamo en sus balances fiscales con arreglo a su cotización histórica, de modo que hasta

⁹ — Confirman también este extremo las observaciones escritas del Gobierno neerlandés y del Gobierno del Reino Unido.

ese momento no se gravaron las diferencias positivas de cambio.

artículo 49 TFUE) frente a dicho Estado miembro?

14. En vista de que, conforme al DBA, los beneficios empresariales –incluidos los incrementos de patrimonio no realizados– iban a encontrarse en el futuro únicamente sujetos al impuesto en el Reino Unido, la administración tributaria neerlandesa aprovechó la salida del país de National Grid Indus para someter la diferencia positiva de cambio no realizada al gravamen de liquidación final del artículo 16 de la Wet IB, en relación con el artículo 8 de la Wet VPB. El importe del impuesto fijado resulta exigible desde el 27 de abril de 2004, habiéndose calculado intereses fiscales a partir del 1 de abril de 2001, día siguiente al último ejercicio comercial de la sociedad en los Países Bajos.

- 2) Si la respuesta a la primera cuestión es afirmativa: un gravamen de liquidación final como el controvertido, que recae sobre las plusvalías correspondientes a los elementos del patrimonio de la sociedad trasladados del Estado miembro de origen al Estado miembro de acogida tal como existían en el momento del traslado de la sede, sin aplazamiento y sin posibilidad de tener en cuenta posteriores minusvalías, ¿es contrario al artículo 43 CE (actualmente artículo 49 TFUE), en el sentido de que tal gravamen de liquidación final no puede justificarse por la necesidad de repartir la potestad tributaria entre los Estados miembros?

15. Como el Gerechtshof Amsterdam, que tiene que resolver en segunda instancia el recurso de National Grid Indus contra esta estimación de la cuota impositiva, tiene dudas acerca de la compatibilidad de la imposición de salida con la libertad de establecimiento, ha suspendido el procedimiento y ha planteado las siguientes cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia:

- 3) La respuesta a la cuestión anterior, ¿depende, en particular, del hecho de que el gravamen de liquidación final controvertido tenga como objeto una diferencia positiva (de cambio) generada bajo la potestad tributaria neerlandesa, no pudiendo, sin embargo, dicha diferencia positiva hacerse patente en el país de acogida con arreglo al régimen tributario allí vigente?»

«1) Si, con motivo del traslado de su sede de dirección efectiva, un Estado miembro grava la liquidación final [de las plusvalías] de una sociedad constituida de conformidad con el Derecho de dicho Estado miembro que traslada su sede de dirección efectiva de éste a otro Estado miembro, ¿puede dicha sociedad, en el estado actual del Derecho comunitario, invocar el artículo 43 CE (actualmente

16. En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia han intervenido National Grid Indus, los Gobiernos neerlandés, danés, alemán, español, francés, italiano, portugués, finlandés y sueco, así como el Gobierno del Reino Unido y la Comisión Europea.

IV. **Apreciación**

A. Sobre la primera cuestión prejudicial

17. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea, en esencia, que se dilucide si una sociedad puede invocar la libertad de establecimiento garantizada en el artículo 43 CE (actualmente artículo 49 TFUE) frente al Estado miembro con arreglo a cuyo Derecho se constituyó, cuando dicho Estado miembro, con ocasión del traslado de su sede de administración efectiva a otro Estado miembro, le impone un gravamen de liquidación final, en el sentido de que hay que pagar por las plusvalías aún no realizadas de los elementos del patrimonio de la sociedad transferidos, sin demora y sin posibilidad de tener en cuenta posteriores minusvalías.

18. Según jurisprudencia reiterada, las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento se aplican también a las medidas del Estado miembro de origen que afectan al establecimiento de uno de

sus nacionales o de una sociedad constituida con arreglo a su Derecho en otro Estado miembro.¹⁰

19. No obstante, los Gobiernos que han intervenido en el procedimiento aducen, invocando las sentencias *Daily Mail*¹¹ y *Cartesio*,¹² que una sociedad como *National Grid Indus*, que quiere trasladar a otro Estado miembro su sede de administración efectiva manteniendo su estatus, es decir, conservando su condición de sociedad del Estado de constitución, no puede invocar la libertad de establecimiento frente al Estado de constitución. Esto es así también respecto a las medidas de Derecho tributario relacionadas con el traslado del domicilio social, como el gravamen de liquidación final.

20. Efectivamente, el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia *Daily Mail* de 1988 que la libertad de establecimiento no confiere a una sociedad, constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro y que tiene en éste su domicilio social, el derecho a trasladar su sede de dirección a otro Estado miembro.¹³

21. En los fundamentos de la sentencia precisó el Tribunal de Justicia a este respecto que la libertad de establecimiento no confiere a las sociedades nacionales derecho alguno a trasladar su sede de dirección a otro Estado

10 — En este sentido, sentencias de *Lasteyrie du Saillant*, citada en la nota 5, apartado 42; de 27 de noviembre de 2008, *Papillon* (C-418/07, Rec. p. I-8947), apartado 16; de 1 de octubre de 2009, *Gaz de France – Berliner Investissement* (C-247/08, Rec. p. I-9225), apartado 55, y de 21 de enero de 2010, *SGI* (C-311/08, Rec. p. I-487), apartado 39.

11 — Citada en la nota 3.

12 — Citada en la nota 4.

13 — Sentencia *Daily Mail*, citada en la nota 3, apartado 25 y punto 1 del fallo.

miembro *conservando su condición de sociedades del Estado miembro con arreglo a cuya legislación fueron constituidas*.¹⁴ Las sociedades no tienen existencia más allá del ordenamiento jurídico con arreglo al cual se constituyeron.¹⁵ Los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros muestran considerables diferencias tanto respecto al criterio de conexión exigido para sus sociedades como a la posibilidad y, en su caso, al procedimiento para el traslado del domicilio, estatutario o real, de una sociedad de Derecho nacional a otro Estado miembro.¹⁶ El Tratado CEE considera tales diferencias como problemas que no están resueltos por las normas sobre la libertad de establecimiento, sino que deben serlo mediante actuaciones legislativas o convencionales, que, sin embargo, no han llegado aún a término.¹⁷

por su Derecho nacional conservar dicha condición cuando pretende reorganizarse en otro Estado miembro mediante el traslado de su domicilio al territorio de éste,¹⁹ rompiendo así el vínculo de conexión que establece el Derecho nacional del Estado miembro de constitución.²⁰ En este sentido, el Tribunal de Justicia respondió a la cuestión prejudicial correspondiente que la libertad de establecimiento no se opone a una normativa de un Estado miembro que impide a una sociedad constituida en virtud del Derecho nacional de ese Estado trasladar su domicilio a otro Estado miembro manteniendo su condición de sociedad regida por el Derecho nacional del Estado miembro con arreglo a cuya legislación se constituyó.

22. En la sentencia *Cartesio*, de 2008, el Tribunal de Justicia corroboró que la cuestión de si una sociedad puede considerarse efectivamente sociedad del Estado de constitución y, por consiguiente, la de si puede disfrutar de la libertad de establecimiento, sólo puede responderse conforme al Derecho nacional de ese Estado.¹⁸

24. Ahora bien, en el presente asunto hay que responder claramente de forma afirmativa a la cuestión de si National Grid Indus, a pesar de su salida de los Países Bajos, puede seguir siendo considerada sociedad neerlandesa. Como se deduce de la resolución de remisión y destacan también National Grid Indus y la Comisión, el Derecho neerlandés permite la

23. Así, un Estado miembro está facultado para no permitir a una sociedad que se rige

19 — La sociedad *Cartesio* pretendía trasladar su domicilio «real» de Hungría a Italia (sentencia *Cartesio*, citada en la nota 4, apartado 119), es decir, el centro de dirección de sus operaciones [«Hauptverwaltung» en alemán, lengua original de las presentes conclusiones] (*idem*, apartados 101 y 102; el Abogado General Poiares Maduro habla en sus conclusiones presentadas el 22 de mayo de 2008, punto 3, de «domicilio social» [«operativen Geschäftssitz» en alemán]). Ahora bien, el litigio tuvo su origen concretamente en la solicitud de *Cartesio* de que se registrase ese nuevo domicilio en el Registro Mercantil húngaro, solicitud que fue desestimada por el tribunal competente para la llevanza de dicho registro. Así pues, por lo visto no se trataba solamente de trasladar el domicilio real, sino también la sede estatutaria. No obstante, no es posible deducir de la sentencia que se diese importancia a este hecho. La sentencia *Daily Mail*, citada en la nota 3, por el contrario, se refería únicamente, según se aprecia, al traslado de la dirección, sin que hubiese pendiente un cambio de la sede estatutaria.

20 — Sentencia *Cartesio*, citada en la nota 4, apartado 110.

14 — Sentencia *Daily Mail*, citada en la nota 3, apartado 24 (el subrayado es mío).

15 — Sentencia *Daily Mail*, citada en la nota 3, apartado 19.

16 — Sentencia *Daily Mail*, citada en la nota 3, apartados 20 y 23.

17 — Sentencia *Daily Mail*, citada en la nota 3, apartado 23.

18 — Sentencia *Cartesio*, citada en la nota 4, apartados 109 y 123.

emigración de sociedades manteniendo su estatus —a diferencia de lo que ocurría con el Derecho de sociedades húngaro, en el que se basaba el asunto Cartesio—.

25. En consecuencia, estamos en presencia de una sociedad «viva» que cumple todos los requisitos del Derecho de su Estado de constitución para poder seguir siendo considerada por éste sociedad que se rige por su Derecho nacional. Así pues, ¿por qué no debería poder invocar la libertad de establecimiento frente a su Estado de constitución?

26. Los Gobiernos que han intervenido en el procedimiento se remiten en este sentido a la sentencia *Daily Mail*, según la cual la libertad de establecimiento no comprende la posibilidad de trasladar el domicilio social, conservando la sociedad su estatus, ni tampoco el procedimiento para llevar a cabo dicho traslado. Este procedimiento incluye también las normas tributarias pertinentes del Estado de salida, puesto que el supuesto de hecho que estaba en la base de dicha sentencia tenía precisamente por objeto los aspectos fiscales del traslado de domicilio.

27. Efectivamente, el asunto *Daily Mail* versaba sobre una disposición de la Ley británica del impuesto sobre la renta y de sociedades según la cual una sociedad que deseara trasladar al extranjero su domicilio fiscal —definido

como su sede de dirección—, manteniendo su personalidad jurídica y su condición de sociedad inglesa, necesitaba la autorización del Ministerio de Hacienda.²¹ Una infracción se sancionaba con pena privativa de libertad o multa.²² El traslado al extranjero de la dirección y, por tanto, del domicilio fiscal hubiera tenido la ventaja para la sociedad *Daily Mail* —y ése era su objetivo declarado— de que ya no habría estado gravada en el Reino Unido la plusvalía de los valores que poseía, que quería vender acto seguido. El Ministerio británico de Hacienda propuso a *Daily Mail* que vendiese una parte considerable de los valores antes del traslado del domicilio, lo que habría tenido como consecuencia que hubiese tenido que pagar impuestos en el Reino Unido por la plusvalía correspondiente. *Daily Mail* presentó entonces una demanda para que se declarase que, con fundamento en la libertad de establecimiento, no necesitaba autorización alguna para el traslado de domicilio.²³

28. Las cuestiones prejudiciales de la High Court en el asunto *Daily Mail* se centraban expresamente en los aspectos fiscales del traslado de domicilio. Fue el Tribunal de Justicia el que elevó los problemas del traslado de domicilio a un nivel más general, deduciendo de la primera cuestión prejudicial que el asunto trataba en primer lugar de si

21 — Sentencia *Daily Mail*, citada en la nota 3, apartados 4, 5 y 17.

22 — Informe para la vista de la sentencia *Daily Mail*, citada en la nota 3, p. 5485.

23 — Sentencia *Daily Mail*, citada en la nota 3, apartado 7, e informe para la vista de dicha sentencia, pp. 5486 y 5487.

la libertad de establecimiento confiere a una sociedad constituida con arreglo a la legislación de un Estado miembro y que tiene en él su sede estatutaria, el derecho a trasladar su sede de dirección a otro Estado miembro. Como respondió negativamente, ya no consideró necesario abordar por separado los aspectos de Derecho tributario del traslado de domicilio.

29. Sin embargo, el Abogado General Darmon destacó con más claridad los aspectos de Derecho tributario en las conclusiones que presentó en dicho asunto²⁴ y señaló que sería paradójico que un Estado que no exige la disolución de la sociedad que se traslada a otro país –aunque podría hacerlo– se encontrara colocado por el Derecho comunitario en una situación fiscal desventajosa, cuando precisamente su Derecho de sociedades está más próximo a los objetivos comunitarios en materia de establecimiento.

30. De este modo, el asunto Daily Mail ofrece ciertamente puntos en los que sustentar la interpretación de la sentencia en él recaída que defienden los Gobiernos que intervienen en el presente procedimiento. No obstante, a mi juicio, la sentencia Daily Mail debe interpretarse a la luz de la jurisprudencia posterior del Tribunal de Justicia y no puede serlo, a pesar de los hechos en los que se basa y de la amplia formulación de la respuesta a las cuestiones prejudiciales de la High Court, en el sentido

de que la libertad de establecimiento no impone ninguna clase de límites al tratamiento que el Estado de constitución dispensa a una empresa que quiere trasladarse a otro Estado.

31. En primer lugar, hay que hacer referencia a las sentencias Centros,²⁵ Überseering²⁶ e Inspire Art,²⁷ de las que se deduce que una sociedad válidamente constituida en un Estado miembro que quiere trasladar toda su actividad comercial a otro Estado miembro puede invocar la libertad de establecimiento frente al Estado de destino. Así pues, el traslado a otro Estado no es, como tal, un fenómeno excluido de entrada del ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento.

32. A continuación, por lo que respecta al Estado de salida, en la sentencia Cartesio, el Tribunal de Justicia no abordó con mayor detalle la cuestión de qué requisitos o consecuencias concretos puede establecer, en su caso, un Estado miembro para el supuesto de que una sociedad traslade su domicilio social conservando a la vez la condición de sociedad que se rige por el Derecho nacional.

33. No obstante, de esta sentencia se deduce que, a diferencia de lo que podría hacer suponer el fallo de la sentencia Daily Mail, formulado en términos amplios, y frente a la

24 — Conclusiones de 7 de junio de 1988, Daily Mail, sentencia citada en la nota 3, punto 13.

25 — Sentencia de 9 de marzo de 1999, Centros (C-212/97, Rec. p. I-1459), apartados 17 y 18.

26 — Sentencia de 5 de noviembre de 2002 (C-208/00, Rec. p. I-9919), apartados 52 y ss.

27 — Sentencia de 30 de septiembre de 2003 (C-167/01, Rec. p. I-10155), apartados 95 y ss.

postura defendida por el Abogado General Darmon en dicho asunto, la libertad de establecimiento se puede aplicar sin duda también frente al Estado de constitución cuando una empresa quiere trasladar a otro Estado miembro su sede de administración efectiva.

34. El Tribunal de Justicia aclaró en particular, en la sentencia *Cartesio*, que una sociedad que pretende trasladar su domicilio a otro Estado miembro transformándose a consecuencia de ello en una sociedad del Estado de acogida puede invocar la libertad de establecimiento frente al Estado de salida cuando éste exija su previa disolución y liquidación.²⁸ Si en ese tipo de supuesto de traslado de domicilio que, si bien no permite conservar el estatus, sí garantiza la continuidad, resulta aplicable la libertad de establecimiento, es éste también el parámetro con arreglo al cual han de valorarse los aspectos tributarios del traslado del domicilio social.

35. Por tanto, está claro que el traslado transfronterizo del domicilio social no es un fenómeno excluido *per se* del ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento. Es más, en principio, el Derecho de la Unión obliga al Estado de salida a permitir que las sociedades constituidas conforme a su Derecho se trasladen a otro Estado. Es simplemente libre para

decidir si permite también que la sociedad conserve la condición de sociedad de Derecho nacional.

36. En este contexto, no se puede atribuir a un Estado miembro la competencia para configurar sin ningún tipo de vinculación con la libertad de establecimiento las consecuencias fiscales del traslado del domicilio social que él permite, consintiendo a la vez que la sociedad conserve su estatus. El Derecho de la Unión no permite que un Estado miembro prohíba la emigración como tal. El mero hecho de que una normativa nacional no sólo permita el traslado [de una sociedad] a otro Estado asegurando su continuidad, sino permitiéndole también conservar el estatus, yendo con ello más allá de las exigencias que establece el Derecho de la Unión, no justifica que el resto de consecuencias que el Derecho nacional asocia al traslado a otro Estado no estén comprendidas en el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento. Si las consecuencias fiscales del traslado [de una sociedad] a otro Estado que simplemente asegura la continuidad de ésta han de valorarse a la luz de la libertad de establecimiento, lo mismo cabe afirmar en el caso de una emigración que permita [a la sociedad] conservar su estatus.

37. Por tanto, sugiero que se responda a la primera cuestión prejudicial que una sociedad puede invocar la libertad de establecimiento garantizada en el artículo 43 CE (actualmente artículo 49 TFUE) frente al Estado miembro con arreglo a cuyo Derecho se constituyó, cuando dicho Estado miembro, con ocasión del traslado de su sede de administración efectiva a otro Estado miembro, le impone un gravamen de liquidación final, en

28 — *Ibidem*, apartados 111 a 113.

el sentido de que hay que pagar el impuesto sobre sociedades por las plusvalías generadas hasta ese momento, pero aún no realizadas, de los elementos del patrimonio de la sociedad transferidos, sin demora y sin posibilidad de tener en cuenta posteriores minusvalías.

establecimiento, y se pregunta, por tanto, si puede estar justificada. También la Comisión, que, en ese sentido, se remite a la sentencia de *Lasteyrie du Saillant*,²⁹ afirma, como también hace *National Grid Indus* –que se refiere además a la sentencia N³⁰–, que existe una limitación.

B. Sobre las cuestiones prejudiciales segunda y tercera

38. Mediante sus cuestiones segunda y tercera, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si el artículo 43 CE (actualmente artículo 49 TFUE) se opone a tal gravamen de liquidación final o si éste puede justificarse en particular por la necesidad de garantizar el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, y si la circunstancia de que en el presente asunto se trate de una diferencia positiva de cambio no realizada, que no se hace patente en el Estado de destino, es significativa en ese sentido.

40. Por el contrario, los Gobiernos alemán, francés, italiano y sueco, así como el Gobierno del Reino Unido, defienden la tesis de que no existe siquiera limitación de la libertad de establecimiento. En parte se repiten simplemente en este sentido los argumentos basados en la sentencia *Daily Mail* que ya se formularon en relación con la cuestión del ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento. En parte, sin embargo, alegan también los citados Gobiernos que la situación de una sociedad como *National Grid Indus* no es comparable con la situación de una sociedad que traslada su domicilio dentro del Estado de constitución. A ese respecto, se discute la posibilidad de comparar ambas situaciones, tanto desde la perspectiva de la discriminación como de la de una limitación (de otro tipo).

1. Sobre la existencia de una limitación a la libertad de establecimiento

39. A juicio del órgano jurisdiccional remitente, el gravamen de liquidación final supone una limitación a la libertad de

41. En cuanto a los argumentos relativos a la posibilidad de comparar ambas situaciones, considero superfluo, al examinar si son compatibles con la libertad de establecimiento las disposiciones tributarias nacionales que tratan de manera distinta los supuestos de hecho

29 — Citada en la nota 5, apartados 45 y 46.

30 — Citada en la nota 6.

transfronterizos y los supuestos de hecho puramente internos, examinar las mismas cuestiones jurídicas una vez desde la perspectiva de la discriminación y, en su caso, nuevamente desde la perspectiva de una limitación (de otro tipo). Hay que preguntar más bien de forma homogénea si el traslado transfronterizo de domicilio recibe un trato desfavorable desde el punto de vista fiscal frente al traslado del domicilio dentro del propio Estado. Si esto es así y, con ello, trasladar el domicilio a otro Estado miembro resulta, como mínimo, menos atractivo que trasladarlo dentro del propio Estado, existe una limitación de la libertad de establecimiento.³¹ No obstante, hay que considerarla justificada y, por tanto, admisible en la medida en que las situaciones no sean comparables entre sí o la desigualdad de trato esté justificada por una razón imperiosa de interés general.³²

42. En el presente asunto, en los Países Bajos se aplica un gravamen de liquidación final cuando la sede de la administración central efectiva de una sociedad se traslada a otro Estado miembro. Hay que pagar el impuesto de sociedades, sin demora y sin posibilidad de tener en cuenta posteriores minusvalías, por las plusvalías generadas hasta ese momento en el interior del país, pero aún no realizadas, de los elementos del patrimonio de la sociedad transferidos al extranjero. Por el contrario, si el traslado de domicilio se produce dentro del propio Estado no se aplica gravamen de liquidación final alguno. Sólo se tributará por las plusvalías cuando se hayan realizado, por ejemplo, por una venta de los elementos patrimoniales de que se trate. En esta desigualdad de trato se aprecia, sin duda, un trato desfavorable a los traslados de domicilio transfronterizos que, desde el punto de vista económico, puede tener incluso consecuencias para la propia existencia de la sociedad. Un gravamen de liquidación final como el que aquí se analiza es adecuado, debido a su efecto disuasorio, para obstaculizar el ejercicio de la libertad de establecimiento que garantiza el Derecho de la Unión y supone, en consecuencia, una limitación de la libertad de establecimiento.³³

2. Sobre la justificación de la limitación

31 — Sobre el concepto de limitación en el ámbito del Derecho tributario, véase Kokott y Ost: «Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht», *EuZW*, 2011, p. 496.

32 — Véase la sentencia de 25 de febrero de 2010, *X Holding* (C-337/08, Rec. p. I-1215), apartados 18 a 20; véase también la sentencia de 15 de mayo de 2008, *Lidl Belgium* (C-414/06, Rec. p. I-3601), apartados 23 a 26, si bien en ella no se aborda la cuestión de la comparabilidad. Este esquema de análisis se corresponde también con el que emplea el Tribunal de Justicia habitualmente en el ámbito de los impuestos directos en la libre circulación de capitales, véase, por ejemplo, la sentencia de 10 de febrero de 2011, *Haribo* (C-436/08 y C-437/08, Rec. p. I-305), apartados 50, 52 y 58. Se hallan paralelismos también en la jurisprudencia en materia de libre prestación de servicios; véase, por ejemplo, la sentencia de 26 de octubre de 2010, *Schmelz* (C-97/09, Rec. p. I-10465), apartado 49.

43. Las razones que los Gobiernos aducen en el presente procedimiento para que no se

33 — Véanse, sobre la imposición de salida en el caso de personas físicas, las sentencias de *Lasteyrie du Saillant*, citada en la nota 5, apartado 46, y *N*, citada en la nota 6, apartados 34 y ss.

puedan comparar el traslado del domicilio a otro Estado miembro y el traslado dentro del propio país se corresponden, en esencia, con los argumentos que formulan en favor de la existencia de razones imperiosas de interés general. Como, además, según la jurisprudencia, la posibilidad de comparar ambas situaciones debe examinarse teniendo en cuenta el objetivo perseguido por las disposiciones nacionales controvertidas,³⁴ analizaré en lo sucesivo simplemente –conforme a la orientación de la cuestión prejudicial– si la limitación de la libertad de establecimiento existente en el caso del gravamen de liquidación final se justifica por un objetivo de interés general.

necesidad de garantizar el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros. Por tanto, hay que examinar esta causa de justificación en primer lugar, antes de abordar otras causas de justificación invocadas por los Gobiernos que intervienen en el procedimiento.

a) Equilibrio en el reparto de la potestad tributaria

44. Para que una limitación de la libertad de establecimiento pueda estar justificada por una razón imperiosa de interés general, la medida en cuestión debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo de interés general así perseguido y no ir más allá de lo necesario para alcanzarlo.³⁵

46. Se ha acabado convirtiendo en jurisprudencia consolidada que una limitación del ejercicio de una libertad fundamental dentro de la Unión puede estar justificada en aras de preservar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros.³⁶ Al no existir medidas de unificación o de armonización de Derecho de la Unión, los Estados miembros siguen siendo competentes para fijar, mediante convenio o de forma unilateral, los criterios de reparto de su potestad tributaria.³⁷ A este respecto, es razonable que los Estados miembros se inspiren en la práctica internacional

45. Como se deduce de la segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente centra sus reflexiones en la posible justificación de la limitación comprobada por la

34 — Sentencias Papillon, citada en la nota 10, apartado 27, y X Holding, citada en la nota 32, apartado 22.

35 — Sentencias N, citada en la nota 6, apartado 40; de 23 de octubre de 2008, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, «Wannsee» (C-157/07, Rec. p. I-8061), apartado 40, y X Holding, citada en la nota 32, apartados 25 y 26.

36 — Sentencias de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, Rec. p. I-10837), apartado 45; de 18 de julio de 2007, Oy AA (C-231/05, Rec. p. I-6373), apartado 51; Lidl Belgium, citada en la nota 32, apartado 42; de 17 de septiembre de 2009, Glaxo Wellcome (C-182/08, Rec. p. I-8591), apartados 82 y 88; X Holding, citada en la nota 32, apartados 25 a 33; y Haribo, citada en la nota 32, apartado 121.

37 — Sentencia Oy AA, citada en la nota 36, apartado 52; véanse, además, las sentencias de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, Rec. p. I-11673), apartado 52, y de 3 de junio de 2010, Comisión/España (C-487/08, Rec. p. I-4843), apartado 38.

y en el modelo de convenio elaborado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE).³⁸

tienen en cuenta posteriores minusvalías en el Estado de acogida. Tal gravamen es admisible según los Tratados en materia fiscal que se basan en el modelo de convenio de la OCDE.

i) Finalidad del gravamen de liquidación final y adecuación para alcanzar su objetivo

47. El gravamen de liquidación final se basa, según el órgano jurisdiccional remitente, en el principio de territorialidad internacionalmente reconocido,³⁹ unido a un elemento temporal, y sirve fundamentalmente para repartir la potestad tributaria. Debe asegurarse que la totalidad del beneficio obtenido por una sociedad en el período en el que haya estado sujeta al impuesto en los Países Bajos también resulte gravada allí. Con este fin, las plusvalías latentes generadas hasta ese momento se consideran realizadas en el momento de la marcha a otro país. Por cierto, tal tributación por el valor de mercado no se limita al supuesto de traslado del domicilio social, sino que se produce también cuando sólo algunos elementos patrimoniales se transfieren a un establecimiento en el extranjero. Como también el Estado de acogida, al inicio del deber de tributar dentro del país, tasa el activo y el pasivo de la empresa por lo general con arreglo a su valor actual de mercado (el llamado *step up*), se evita la doble imposición y se

48. Como se deduce de la Resolución del Consejo de 8 de diciembre de 2008, la combinación de imposición de salida por parte del Estado de salida y *step up* por parte del Estado de destino constituye una manera habitual de asegurar que las reservas tácitas se gravan (sólo) una vez. Al parecer, ni el DBA ni el modelo de convenio de la OCDE contienen una norma expresa para el supuesto de traslado transfronterizo del domicilio social. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente ha hecho referencia a la jurisprudencia reiterada del Hoge Raad der Nederlanden, según la cual la aplicación del DBA a una sociedad de Derecho neerlandés que traslada su domicilio social al Reino Unido tiene como consecuencia que ésta deje de obtener de su empresa beneficios imponibles en los Países Bajos. Después de la salida, el derecho de gravar los beneficios empresariales, incluidas las plusvalías no realizadas, corresponde en exclusiva al Reino Unido. Para que en tal situación las plusvalías no realizadas obtenidas dentro del país no se sustraigan a la tributación en los Países Bajos se introdujo la imposición de salida. Así pues, el DBA se interpreta aparentemente en los Países Bajos en el sentido de que los Países Bajos pierden en adelante el derecho de gravar dichas reservas tácitas. Por tanto, se consideran realizadas en el momento de la

38 — Sentencias N, citada en la nota 6, apartado 45; de 23 de febrero de 2006, Van Hilten-van der Heijden (C-513/03, Rec. p. I-1957), apartado 48, y Lidl Belgium, citada en la nota 32, apartado 22.

39 — Véanse al respecto mis conclusiones de 30 de marzo de 2006, presentadas en el asunto N, sentencia citada en la nota 6, puntos 92 y ss.

marcha al otro Estado e imputadas al último ejercicio fiscal dentro del país.

49. En cuanto al modelo de convenio de la OCDE, de los comentarios al modelo de convenio se puede extraer al menos que, en principio, no se opone a dicho convenio el hecho de tratar como una enajenación el traslado de un elemento del patrimonio de un establecimiento dentro del país a la sede principal en el extranjero o a un establecimiento en el extranjero, de modo que las plusvalías no realizadas obtenidas hasta ese momento resulten gravadas dentro del país.⁴⁰

50. Además, hay que hacer referencia a la Directiva de fusiones 2009/133/CE,⁴¹ cuyo artículo 12, apartado 1, establece que el traslado del domicilio social de una Sociedad Anónima Europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro no dará lugar a la aplicación de impuesto alguno sobre las plusvalías no realizadas de elementos patrimoniales que queden vinculados a un establecimiento en el Estado de salida y que contribuyan a la obtención de

los resultados integrados en la base imponible de los impuestos. Como señalan el órgano jurisdiccional remitente y diversos gobiernos que intervienen en el procedimiento, esto invita a extraer la conclusión inversa de que la Directiva no prohíbe la imposición de salida de los elementos patrimoniales trasladados al extranjero. Ahora bien, en qué medida se permite efectivamente una imposición de salida en los supuestos comprendidos en la Directiva es algo que hay que aclarar en definitiva teniendo en cuenta el Derecho primario y que no puede decidirse en este momento. La norma de la Directiva es de interés en el presente asunto sólo en la medida en que muestra que también el legislador de la Unión aborda el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros de manera que las plusvalías no realizadas generadas en el Estado de salida puedan resultar gravadas en él.

51. Finalmente, hay que recordar que el Tribunal de Justicia reconoció en la sentencia N⁴² que la imposición de salida en el caso de personas físicas, controvertida en aquel asunto, era adecuada para lograr el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros. Conforme a aquella regla, la liquidación del impuesto sobre las plusvalías latentes de una participación significativa en una sociedad se producía en el momento del traslado al extranjero, pero el pago se aplazaba hasta la enajenación efectiva. El hecho de que en el presente asunto no se trate de personas físicas sino de sociedades y de que el gravamen de liquidación final haya de pagarse inmediatamente carece de relevancia respecto a

40 — Véase el n° 21 al artículo 7 del modelo de convenio de la OCDE de 2008 y el n° 10 al artículo 13 del modelo de convenio de la OCDE de 2010.

41 — Directiva del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro (DO L 310, p. 34).

42 — Sentencia N, citada en la nota 6, apartados 41 a 47.

la cuestión de la adecuación, y la tiene sólo respecto a la cuestión de la necesidad.

52. Por tanto, hay que declarar que el gravamen de liquidación final ha de preservar el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros y es adecuado para lograr este objetivo de interés general.

ii) Necesidad

53. Queda por examinar si un gravamen de liquidación final como el que se discute en el presente asunto no va más allá de lo necesario para alcanzar el fin que con él se persigue.

54. En este punto hay que analizar por separado la determinación del importe de la deuda tributaria y su cobro.

— Determinación del gravamen de liquidación final

55. La determinación del gravamen de liquidación final en el marco de la liquidación tributaria correspondiente al último ejercicio fiscal dentro del territorio del país no parece,

como tal, desproporcionada. La ficción de la realización de los beneficios latentes en el momento de la marcha al extranjero empleada a este respecto permite una distribución relativamente cercana en el tiempo de la proporción del impuesto que le corresponde al Estado de destino, sin que a ello se asocien mayores gastos perceptibles para el contribuyente que en el caso de una liquidación tributaria practicada más tarde.⁴³

56. A este respecto debe tenerse también en cuenta que, en lo que a la liquidación tributaria en el momento de la salida del país se refiere, el traslado transfronterizo del domicilio social no es comparable con un traslado del domicilio dentro del propio país porque en este último caso —suponiendo que se trate de un territorio fiscal homogéneo— se mantiene inalterada la soberanía fiscal del Estado miembro en cuestión. Dado que en tal supuesto no es necesario repartir la potestad tributaria entre diversos Estados, es suficiente con gravar las plusvalías latentes en el momento en que efectivamente se realicen.

— Cobro de la deuda tributaria

57. Considerablemente más difícil de valorar es si también el cobro inmediato de la deuda tributaria es compatible con el principio de proporcionalidad.

⁴³ — Véase la sentencia N, citada en la nota 6, apartados 49 y 50.

58. De la sentencia N⁴⁴ se desprende que una imposición de salida en el caso de personas físicas que son titulares de una participación significativa en una sociedad sólo puede considerarse proporcionada si el pago de la deuda tributaria se aplaza hasta la realización efectiva de las plusvalías latentes, sin que pueda exigirse para ello la prestación de garantías, y si se tienen en cuenta las minusvalías posteriores no tenidas ya en cuenta en el Estado de destino.

59. National Grid Indus y la Comisión consideran esta jurisprudencia trasladable, en principio, a la imposición de salida en el caso de empresas. No obstante, la Comisión, remitiéndose a su Comunicación sobre la imposición de salida de 19 de diciembre de 2006,⁴⁵ reconoce que los Estados miembros están facultados para imponer determinadas obligaciones de información a la empresa que abandona el país, por ejemplo, una declaración anual de que el activo de la empresa sigue estando en manos del establecimiento extranjero, junto con una declaración en el momento de la enajenación. La Directiva sobre asistencia mutua 77/799/CEE⁴⁶ y la Directiva sobre asistencia mutua en materia de

cobro 76/308/CEE⁴⁷ ofrecen a las autoridades competentes la posibilidad de continuar desarrollando una eficaz vigilancia fiscal sobre la empresa que se ha trasladado al extranjero y de cobrar la deuda tributaria en el momento que corresponda.

60. A juicio de los Gobiernos que han intervenido en el procedimiento, el traslado del domicilio social –incluido el activo de la empresa– al extranjero merece, por el contrario, otra valoración. Consideran proporcionado el cobro inmediato del impuesto sobre las plusvalías latentes generadas en el interior del país, en particular porque un seguimiento sistemático del destino ulterior de los elementos patrimoniales en cuestión supone un considerable esfuerzo económicamente insoportable, o resulta incluso imposible, y ello tanto para la empresa como para la administración tributaria. Además, el Estado de destino tiene en cuenta las posteriores minusvalías en el marco del *step up*.

44 — Véase la sentencia N, citada en la nota 6, apartados 49 y 50.

45 — Citada en la nota 2.

46 — Directiva del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos e indirectos (DO L 366, p. 15; EE 09/01, p. 94), en la versión modificada por la Directiva 92/12/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992 (DO L 76, p. 1).

47 — Directiva del Consejo, de 15 de marzo de 1976, referente a la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos resultantes de operaciones que formen parte del sistema de financiación del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola, así como de las exacciones reguladoras agrícolas y de los derechos de aduana (DO L 73, p. 18; EE 02/03, p. 46), en su versión modificada por la Directiva 2001/44/CE del Consejo, de 15 de junio de 2001 (DO L 175, p. 17). La Directiva 76/308 fue codificada y sustituida por la Directiva 2008/55/CE del Consejo, de 26 de mayo de 2008, sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinadas exacciones, derechos, impuestos y otras medidas (DO L 150, p. 28), que fue reemplazada a su vez por la Directiva 2010/24/UE del Consejo, de 16 de marzo de 2010, sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinadas impuestos, derechos y otras medidas (DO L 84, p. 1).

61. Los Gobiernos danés, español y finlandés alegan en este sentido que el activo de la empresa, a diferencia de la participación en una sociedad en manos de una persona física, no está con frecuencia destinado a ser enajenado posteriormente con beneficios, sino a ser empleado en el proceso de producción. Normalmente perderá valor, incluso completamente, por el paso del tiempo, en particular por depreciación y obsolescencia y, en el caso de la propiedad intelectual, por expiración del período de protección. Por tanto, no tiene sentido basarse en un momento posterior como en el de una enajenación.

62. El Gobierno neerlandés señala en este contexto que la realización de las plusvalías de elementos del activo fijo generadas en el Estado de salida se produce en parte progresivamente, al estar dichos elementos sujetos en el Estado de destino a la depreciación anual sobre la base del valor de mercado fijado en el balance inicial. Las plusvalías de elementos del activo circulante se realizan generalmente en el momento de su venta, pero los balances anuales no permiten apreciar claramente cuándo se vendieron realmente los elementos que existían en el momento de la salida del país.

63. Además, a juicio de los Gobiernos neerlandés, alemán y español, los mecanismos de asistencia mutua y cooperación en materia de ejecución disponibles con carácter bilateral y

en virtud del Derecho de la Unión no permiten suficientemente supervisar de forma continuada el sinnúmero de elementos del activo de una empresa o comprobar la exactitud de las informaciones aportadas por la propia empresa y ejecutar el crédito tributario en el momento correcto. Las diferencias entre las normas de los diferentes Estados miembros en materia de cálculo de beneficios y de confección de los balances anuales dificultan aún más dicha cooperación.

64. A juicio del Gobierno italiano, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre imposición de salida en el caso de personas físicas no es trasladable a la imposición de salida en el caso de empresas porque las personas físicas y las empresas están sujetas a normas tributarias esencialmente diferentes. Mientras que, en principio, en el caso de personas jurídicas sólo se grava la renta efectiva, la tributación en el caso de empresas se basa en un balance en el que se contraponen las partidas del activo y las del pasivo. En principio, las plusvalías de elementos patrimoniales se plasman directamente en el balance y quedan, por tanto, inmediatamente sujetas a imposición. Sólo de manera excepcional puede actualizarse el valor original del elemento patrimonial hasta la realización de las plusvalías latentes. El primer requisito para ello es que la empresa siga teniendo su domicilio social dentro del país y que, por tanto, siga sujeta a imposición dentro de él.

65. El Gobierno finlandés señala, además, que las personas jurídicas, a diferencia de las personas físicas, sufren más cambios en su identidad. A través de fusiones, escisiones, modificaciones de su forma jurídica, creación de filiales y cesión de sectores de actividad a otras sociedades se puede complicar notablemente una supervisión tributaria continuada por parte del Estado de salida.

66. En primer lugar, hay que dejar constancia de que en la base de los argumentos de los Gobiernos que han intervenido en el procedimiento con los que aluden a las dificultades de seguimiento hay una consideración tipificadora según la cual las empresas y, en particular, las sociedades presentan generalmente una situación patrimonial muy compleja. El presente asunto muestra, por el contrario, que, también en el caso de las empresas, con independencia de que sean explotadas por una persona jurídica o por una persona física, puede haber supuestos en los que la situación patrimonial pertinente desde el punto de vista fiscal resulte más bien sencilla. Del mismo modo, es evidente que puede haber particulares cuya situación patrimonial sea tan compleja como la de una empresa en el sentido indicado por los Gobiernos.

67. Como el procedimiento inicial parece que sólo versa sobre un crédito resultante de un préstamo cuyo destino debería poder ser objeto de fácil seguimiento, las dificultades de seguimiento alegadas por los Gobiernos intervinientes carecen en el fondo de importancia en el presente asunto. El tipo y la dimensión del patrimonio sujeto a gravamen

no constituyen razón alguna por sí solos para no acoger la solución dada por el Tribunal de Justicia en la sentencia N y considerar desproporcionado un cobro inmediato del crédito tributario por las plusvalías latentes.

68. No obstante, como hasta cierto punto es legítimo que el legislador asuma una consideración tipificadora, que el órgano jurisdiccional remitente haya formulado su segunda cuestión de forma general y que no pueda excluirse que haya que decidir en el procedimiento inicial también acerca de la imposición de salida de otros elementos patrimoniales, no quiero pasar simplemente por alto los argumentos controvertidos.

Imposible o difícil seguimiento de los elementos patrimoniales

69. Parece del todo plausible que la situación patrimonial de una empresa pueda resultar tan compleja que un seguimiento preciso del destino de todos los elementos del activo fijo y circulante de una empresa más allá de la frontera hasta la realización de las plusvalías latentes existentes en dicho patrimonio resulte casi imposible o esté asociado a tales esfuerzos que éstos no se puedan exigir de las administraciones tributarias y que también para la empresa suponga una carga considerable.

70. En un supuesto de ese tipo no ofrece tampoco una alternativa real la información suministrada por la propia empresa como propone la Comisión, porque tanto la puesta a disposición de dichos datos como la verificación de su exactitud pueden rebasar también el límite de lo exigible. Si bien las medidas de armonización en el ámbito de la contabilidad de sociedades,⁴⁸ la Directiva sobre asistencia mutua 77/799⁴⁹ y la Directiva sobre asistencia mutua en materia de cobro⁵⁰ facilitan en cierta medida las cosas, no resuelven el núcleo del problema.

71. Si no es posible establecer razonablemente cuándo se realizan las plusvalías latentes y si se han producido entretanto minusvalías significativas, el aplazamiento del cobro, al margen de la cuestión del *step up*, no es una medida menos restrictiva e igualmente adecuada para garantizar el crédito tributario del Estado de salida. Es más, faltaría un punto de partida para establecer hasta qué momento podría plantearse una moratoria. Por tanto, el cobro inmediato del impuesto habría de considerarse proporcionado y, de ese modo,

admisible desde la perspectiva de la libertad de establecimiento.

Seguimiento sin dificultades de los elementos patrimoniales

72. Si, en cambio, el tipo y la dimensión del patrimonio empresarial hacen posible, de forma relativamente sencilla, un seguimiento más allá de la frontera hasta la realización de las plusvalías latentes, resulta desproporcionado cobrar inmediatamente el impuesto correspondiente. Una empresa que traslada su domicilio social y toda su actividad económica al extranjero tiene interés, en la misma medida que una empresa que permanece dentro del país, en tener que pagar impuestos sobre las plusvalías latentes sólo en el momento en que éstas se hayan realizado efectivamente. Frente a ello, no se menoscaba exageradamente el interés del Estado de salida en cobrar su crédito tributario si espera para ello, también en el caso de la empresa que se traslada al extranjero, hasta el momento en que se realicen efectivamente las plusvalías latentes, algo que puede comprobar fácilmente.

48 — Véanse, por ejemplo, la Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, Cuarta Directiva basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (DO L 222, p. 11; EE 17/01, p. 55) y la Directiva 83/349/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1983, Séptima Directiva basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado, relativa a las cuentas consolidadas (DO L 193, p. 1; EE 17/01, p. 119), a las que hizo referencia el Tribunal de Justicia en la sentencia de 18 de diciembre de 2007, A (C-101/05, Rec. p. I-11531), apartado 62.

49 — Citada en la nota 46.

50 — Citada en la nota 47.

73. Si bien puede que la ejecución transfronteriza esté asociada normalmente a mayores dificultades que un cobro ejecutivo dentro del país, los Gobiernos alemán, español y francés se remiten en este sentido a la sentencia

Truck Center,⁵¹ en la que el Tribunal de Justicia, con respecto, entre otras, a la posibilidad del cobro ejecutivo, admitió que en el caso de contribuyentes no residentes se utilice una técnica de recaudación diferente –en concreto, una imposición en la fuente– de la utilizada en el caso de contribuyentes residentes.

74. No obstante, en el presente asunto no se trata de una mera técnica recaudatoria, sino de la cuestión de si no va más allá de lo necesario el hecho de que las sociedades que emigran, simplemente por trasladarse a otro Estado miembro, deban pagar directa y definitivamente impuestos por las plusvalías latentes de elementos patrimoniales que no es fácil perder de vista, mientras que las sociedades que permanecen dentro del país tiene que pagar notablemente más tarde o no tienen que pagar en absoluto un impuesto comparable. Hay que tener en cuenta a ese respecto que la sociedad que emigra pero que conserva su estatus sigue siendo una sociedad que se rige por el Derecho nacional y que pueden plantearse sin duda sanciones registrales en el supuesto de que tal sociedad no cumpla sus obligaciones tributarias. Por lo demás, el Estado de salida puede también, en caso de necesidad, hacer uso de los mecanismos de las Directivas sobre asistencia mutua en materia de cobro.⁵²

75. Las particularidades relativas a la tributación de empresas invocadas por el Gobierno italiano no conducen a una conclusión diferente. Aunque la constitución de reservas tácitas deba considerarse la excepción, opera de manera que las empresas que trasladan su domicilio social dentro del país, disfrutan de dicha excepción mientras que se priva de ella a las empresas que se marchan al extranjero. Estas particularidades carecen de pertinencia por lo que respecta a la cuestión de si esta desigualdad de trato es proporcionada o si no debería plantearse una moratoria, como medio menos restrictivo. Tampoco se puede atribuir al argumento de los cambios de identidad más frecuentes, invocado por el Gobierno finlandés, una importancia tal que haga que el cobro inmediato del impuesto de salida parezca proporcionado. Si el seguimiento de los elementos patrimoniales no presenta, como tal, dificultades, tampoco debería haber dificultades si ocurre lo indicado por el Gobierno finlandés.

Consideración de minusvalías posteriores

76. En la medida en que haya de aplazarse el cobro del impuesto, se plantea la cuestión adicional de cómo han de tenerse en cuenta posibles minusvalías producidas después del traslado del domicilio social a otro país. En

51 — Sentencia de 22 de diciembre de 2008 (C-282/07, Rec. p. I-10767), apartados 47 y 48.

52 — Citada en la nota 47.

la sentencia N,⁵³ el Tribunal de Justicia declaró, respecto a la imposición de salida en el caso de una persona física titular de una participación significativa en una sociedad, que hay que tener en cuenta íntegramente tales minusvalías en la medida en que el Estado de destino no las haya tenido ya en cuenta. Ahora bien, en el contexto de la emigración de empresas cabe abordar la cuestión desde otra perspectiva.

perdidas producidas bajo su soberanía fiscal. Por tanto, no cabe dar una respuesta general a la pregunta de si el hecho de que el Estado de salida no tome en consideración posteriores minusvalías convierte en desproporcionada la imposición de salida.

Diferencias positivas de cambio que no se hacen ya patentes en el Estado de destino

77. Si el Estado de destino prevé un *step up*, es decir, si incluye los elementos patrimoniales con su valor de mercado en el balance inicial, hay que partir de la base de que las minusvalías futuras serán tenidas en cuenta allí. El Estado de salida podría entonces cobrar en su totalidad los importes del impuesto fijados en el momento del traslado a otro país cuando se produzca el supuesto de hecho de realización de aquellas plusvalías, por ejemplo, al llevarse a cabo la enajenación.

79. Por lo que respecta concretamente a la diferencia positiva de cambio controvertida en el procedimiento principal, el órgano jurisdiccional remitente estima que se convirtió en definitiva al trasladarse National Grid Indus al Reino Unido. Como los beneficios de la sociedad se calculaban a partir de ese momento sólo en libras esterlinas, ya no podían producirse posteriores minusvalías.

78. Pero si el Estado de destino no tiene en cuenta una minusvalía posterior, ello no puede tener obligatoriamente como consecuencia que el Estado de salida tenga que tenerla íntegramente en cuenta. Cuál de los dos Estados ha de tener en cuenta la minusvalía es más bien un aspecto central del equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, cuestión para cuya regulación ellos siguen siendo en principio competentes, a falta de medidas de armonización en el ámbito del Derecho de la Unión. A este respecto, el principio de territorialidad se inclina a favor de la tesis de que corresponde al Estado de destino tener en cuenta las

80. Los Gobiernos neerlandés, alemán y portugués consideran que en un supuesto de ese tipo está más que justificado el cobro inmediato del impuesto, mientras que, a juicio de la Comisión, sólo se pueden gravar las diferencias positivas de cambio no realizadas cuando se haya extinguido el crédito resultante del préstamo.

81. En cambio, National Grid Indus considera que la diferencia positiva de cambio no realizada desaparece en el momento del traslado del domicilio social. Se trataba de

53 — Citada en la nota 6, apartado 54.

una ganancia ficticia que sólo existía a efectos fiscales, pero nunca a efectos económicos. Como su beneficio fiscal en el Reino Unido se calcula a partir de ahora sólo en libras esterlinas, dicha ganancia latente no se realizó al producirse el traslado al extranjero sino que, por el contrario, desapareció definitivamente.

82. No puedo hallar ningún indicio en Derecho de la Unión a favor de la tesis de que habría que privar a los Estados miembros del derecho a gravar las diferencias positivas de cambio no realizadas que se generaron en una etapa en la que una empresa desarrollaba su actividad en su territorio. Dado que los Estados miembros, como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia *Deutsche Schell*,⁵⁴ pueden estar obligados a tener en cuenta desde el punto de vista fiscal las diferencias negativas de cambio, deben tener también la posibilidad, por razones de simetría fiscal, de gravar las diferencias positivas de cambio, aunque sólo se trate de diferencias positivas de cambio no realizadas. Como ha señalado el Gobierno alemán, una diferencia positiva de cambio no realizada supone ya un valor económico, por ejemplo, porque aumenta el nivel de solvencia de la empresa. Además, sin la posibilidad de gravar las diferencias positivas de cambio no realizadas existiría el peligro de que estas ganancias no se gravasen en absoluto aunque llegasen a realizarse efectivamente con posterioridad, en concreto cuando, como en el presente caso, no se hacen patentes en

absoluto desde el punto de vista fiscal en el Estado de destino.

83. Si la empresa se traslada a otro Estado miembro en el que la diferencia positiva de cambio ya no se hace patente desde el punto de vista fiscal no hay por qué entender que con ello se produce una realización de la ganancia. En tanto en cuanto el préstamo no haya sido devuelto, la empresa, lo mismo que una empresa que permanezca en el país, no dispone de los activos de realización inmediata procedentes del préstamo para saldar la deuda tributaria.

84. Pero, del mismo modo, tampoco desaparecen las diferencias positivas de cambio en el momento del traslado al extranjero. Si el préstamo se pagase después del traslado al extranjero, la empresa que ha emigrado, igual que una empresa que se quedase en el país, dispondría de los activos de realización inmediata para saldar la deuda tributaria. El hecho de que las diferencias positivas de cambio no se hagan ya patentes desde el punto de vista fiscal en el Estado de destino no puede conducir a que se extinga el crédito tributario del Estado de salida.

85. Ahora bien, es dudoso si efectivamente debe considerarse que tal diferencia positiva de cambio no realizada se convirtió en definitiva en el momento de la salida del país o si no habría que seguir teniendo en cuenta, hasta la devolución efectiva del préstamo, la evolución de los cambios entre la divisa en que está expresado el préstamo y la divisa del Estado de salida en la medida en que puedan

⁵⁴ — Sentencia de 28 de febrero de 2008 (C-293/06, Rec. p. I-1129), apartado 44.

producirse posteriores diferencias negativas de cambio.

86. A este respecto debe hacerse constar, en primer lugar, que de la propia naturaleza del asunto se deriva que las posteriores diferencias negativas de cambio sólo pueden ser tenidas en cuenta por el Estado de salida. En el Estado de destino no se hacen patentes en absoluto desde el punto de vista fiscal, como tampoco se hacen patentes en él las anteriores diferencias positivas de cambio.

87. En un supuesto como el presente, en el que el destino del crédito resultante del préstamo puede ser objeto de seguimiento de forma relativamente sencilla hasta el momento de su devolución o hasta que se produzca la realización [de los beneficios] de otro modo, el hecho de que el Estado de salida no tenga en cuenta posteriores diferencias negativas de cambio, gravando con ello más a las empresas que emigran que a aquéllas que permanecen dentro del país, va más allá de lo necesario para garantizar el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria. Conforme al principio de territorialidad, en el momento en el que se producen diferencias negativas de cambio la potestad tributaria sobre el crédito resultante del préstamo la tiene, en principio, el Estado de destino, pero como la evolución del tipo de cambio no se hace patente allí desde el punto de vista fiscal, ni en un sentido ni en otro, mientras que el Estado de salida tiene en cuenta en situaciones puramente internas la evolución de los tipos de cambio hasta el momento de la realización efectiva de las diferencias positivas de cambio latentes, sigue siendo competencia del Estado de salida — también después de la marcha de una empresa del país— tener en cuenta tales diferencias

negativas de cambio en el marco del impuesto con que haya gravado anteriores diferencias positivas de cambio del mismo crédito. En tal supuesto no hay riesgo de que las pérdidas sean tenidas en cuenta dos veces; es más, si no, las diferencias negativas de cambio no serían tenidas en cuenta en absoluto en una situación transfronteriza.

88. Esto muestra que la imposición de salida de las diferencias positivas de cambio no realizadas de un crédito expresado en una divisa extranjera, que no se hacen ya patentes desde el punto de vista fiscal en el Estado de destino, sólo puede considerarse proporcionada si el cobro del crédito tributario se aplaza hasta el momento en el que una empresa que se quede dentro del país debería pagar impuestos por tales ganancias y si se tienen en cuenta las diferencias negativas de cambio producidas hasta ese momento.

iii) Conclusión provisional

89. Un gravamen de liquidación final como el controvertido en el presente asunto se justifica por la necesidad de preservar el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros si, por su carácter o por su dimensión, los elementos patrimoniales de la empresa que se traslada al extranjero no pueden ser razonablemente objeto de seguimiento hasta el momento de la realización efectiva de las plusvalías latentes generadas en el interior del país. Si su seguimiento es posible de forma relativamente sencilla,

resulta desproporcionado cobrar el gravamen de liquidación final antes de la realización de las plusvalías latentes. Si en tal supuesto hay que tener en cuenta las posteriores minusvalías es algo a lo que sólo se puede responder en función de las circunstancias concretas.

90. Si el patrimonio empresarial se compone fundamentalmente de un crédito expresado en una divisa extranjera y las diferencias positivas de cambio no realizadas generadas en el interior del país no se hacen ya patentes desde el punto de vista fiscal en el Estado de destino, debe aplazarse el cobro del gravamen de liquidación final hasta el momento en el que una empresa que permaneciese en el país debería pagar impuestos por tales ganancias, debiendo tenerse en cuenta las diferencias negativas de cambio producidas hasta ese momento.

b) Coherencia del sistema fiscal

91. Además, los Gobiernos alemán e italiano señalan que la imposición de salida se justifica por la necesidad de preservar la coherencia del sistema fiscal nacional.

92. A juicio del Gobierno alemán, existe una relación directa entre la ventaja de que no se graven las reservas tácitas en la fecha de cierre del balance y la desventaja de que se revelen y se graven en el momento de la salida del país. Son las dos caras de la misma moneda. La normativa neerlandesa muestra una lógica simétrica, en el sentido de la sentencia Wannsee,⁵⁵ porque el gravamen de liquidación final se corresponde, desde el punto de vista lógico, con el hecho de que hasta ese momento no se hayan tocado, fiscalmente hablando, las plusvalías latentes.

93. En cambio, el Gobierno italiano aprecia una relación directa entre el gravamen de liquidación final y las deducciones fiscales que una empresa ha podido efectuar hasta su marcha del país, en particular en forma de deducciones por los gastos de adquisición de elementos patrimoniales. Mediante el gravamen de liquidación final simplemente se compensa el déficit de recaudación tributaria que se generó anteriormente para el Estado por las ventajas fiscales concedidas. El momento de la salida del país es el último posible para llevar a cabo dicha compensación.

94. El Tribunal de Justicia ha reconocido en jurisprudencia reiterada la necesidad de preservar la coherencia del sistema fiscal

55 — Citada en la nota 35, apartado 42.

nacional como razón imperiosa de interés general,⁵⁶ si bien, según consta, sólo ha admitido su procedencia en dos supuestos.⁵⁷

95. Según la jurisprudencia dictada hasta la fecha, una alegación basada en tal justificación sólo puede prosperar si existe una relación directa entre una ventaja fiscal y la compensación de esa ventaja con un gravamen fiscal determinado, debiendo apreciarse el carácter directo de ese vínculo en relación con el objetivo de la normativa controvertida.⁵⁸

96. En la sentencia *Wannsee*,⁵⁹ el Tribunal de Justicia afirmó la existencia de una relación directa, personal y objetiva entre la posibilidad, inicialmente reconocida a una empresa, de deducir fiscalmente las pérdidas de un establecimiento situado en el extranjero y la posterior reintegración de esas pérdidas, en concreto cuando el establecimiento situado en el extranjero vuelve a obtener beneficios.

97. Una coherencia en ese sentido parece estar también en la base de la norma tributaria

neerlandesa analizada en este asunto. Como se desprende de los trabajos legislativos preparatorios reproducidos en la petición de decisión prejudicial, el legislador neerlandés quería tomar en consideración la práctica comercial según la cual, en vista de que se trata de un negocio en marcha («going concern»), al llevar a cabo el cálculo anual de beneficios hay que tener en cuenta también sus efectos en los años sucesivos. Por tanto, ciertos beneficios se trasladan al futuro. Desde el punto de vista fiscal, esto se acepta con la esperanza de poder gravarlos en un momento posterior. Tales reservas tácitas pueden generarse, bien por plusvalías que inicialmente no se revelaron al tasarse el elemento patrimonial con arreglo a su valor contable en el balance fiscal, o bien porque se concedieron deducciones que excedían de la minusvalía efectiva del elemento patrimonial. En ambos casos existe un interés justificado en el Estado afectado por gravar las reservas tácitas en un momento posterior.

98. A diferencia del impuesto francés de salida, del que se ocupó el Tribunal de Justicia en el asunto de *Lasteyrie du Saillant*⁶⁰ y respecto al cual desestimó la causa de justificación de la coherencia, el gravamen de liquidación final neerlandés persigue el objetivo de asegurar en general el gravamen de las plusvalías que se hayan generado durante el tiempo que una empresa que sea sujeto pasivo haya tenido su

56 — Sentencias de 7 de septiembre de 2004, *Manninen* (C-319/02, Rec. p. I-7477), apartado 42; *Papillon*, citada en la nota 10, apartado 43, y de 22 de diciembre de 2010, *Tankreederei I* (C-287/10, Rec. p. I-14233), apartado 23.

57 — Véanse, por una parte, las sentencias de 28 de enero de 1992, *Bachmann* (C-204/90, Rec. p. I-249), apartado 35, y Comisión/Bélgica (C-300/90, Rec. p. I-305), apartado 21, que se refieren a la misma norma belga relativa a la posibilidad de deducir las cuotas de seguro, y, por otra, la sentencia *Wannsee*, citada en la nota 35, apartado 43.

58 — Véase la jurisprudencia citada en las dos notas anteriores.

59 — Citada en la nota 35, apartado 55.

60 — Sentencia citada en la nota 5, apartado 65.

sede en los Países Bajos, en el supuesto de que dicha empresa traslade su domicilio social al extranjero.

imperiosa de interés general que puede justificar la limitación de la libertad de establecimiento que se deriva del gravamen neerlandés de liquidación final.

99. Si, debido a la marcha del país, los Países Bajos no pudieran gravar ya los beneficios latentes generados durante el tiempo que National Grid Indus ha tenido su domicilio fiscal en su territorio, no sería ya posible una imposición coherente. En este sentido, las demandas de la coherencia fiscal y del reparto equilibrado de la potestad tributaria coinciden.⁶¹

102. Ahora bien, la prevención de la evasión fiscal se plantea como causa autónoma de justificación únicamente cuando la medida limitadora deba evitar, en particular, comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional.⁶²

100. Por tanto, el gravamen de liquidación final es también adecuado para preservar la coherencia del Derecho fiscal neerlandés. En cuanto a la cuestión de la necesidad, cabe afirmar lo dicho respecto del reparto de la potestad tributaria.

103. En este sentido debe aclararse que el traslado transfronterizo del domicilio social de una persona jurídica no puede considerarse *per se* evasión fiscal,⁶³ ni siquiera aunque se deba a motivos fiscales. El hecho de que las empresas intenten aprovechar las diferencias entre los regímenes tributarios nacionales es una forma legítima de actuación económica, que resulta inevitable en un mercado interior en el que la tributación de las empresas no

c) Prevención de la evasión fiscal

101. Varios Gobiernos de los que intervienen en el procedimiento han indicado la prevención de la evasión fiscal como otra razón

62 — Véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04, Rec. p. I-2107), apartados 72 y ss.; de 18 de junio de 2009, *Aberdeen Property Fininvest Alpha* (C-303/07, Rec. p. I-5145), apartados 63 y 64, y SGI, citada en la nota 10, apartados 65 y 66.

63 — Sobre el traslado transfronterizo de la residencia de una persona física, véase la sentencia de *Lasteyrie du Saillant*, citada en la nota 5, apartado 51; en relación con esto, véase también la sentencia de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, Rec. p. I-7995), apartados 36 y ss.

61 — Véanse a este respecto mis conclusiones de 30 de marzo de 2006, presentadas en el asunto N, citado en la nota 6, punto 106.

está armonizada.⁶⁴ Por consiguiente, según jurisprudencia reiterada, una disminución de ingresos fiscales no constituye una razón imperiosa de interés general.⁶⁵ El traslado del domicilio social no puede fundamentar, por sí solo, una presunción general de evasión fiscal, como tampoco puede hacerlo la creación de un establecimiento secundario en otro Estado miembro.

sus observaciones escritas que no se basa en la prevención de la evasión fiscal como causa para justificar el gravamen de liquidación final.

104. No cabe deducir de la resolución de remisión que el gravamen neerlandés de liquidación final se dirija específicamente contra montajes puramente artificiales en el sentido anteriormente descrito; es más, parece que el gravamen de liquidación final se cobra en todos los supuestos de traslado transfronterizo del domicilio social. Respecto a National Grid Indus, el órgano jurisdiccional remitente incluso señala expresamente que existían motivos racionales para el traslado del domicilio.⁶⁶ Además, el Gobierno neerlandés aclara en

105. Por consiguiente, la norma controvertida en el presente asunto no puede justificarse por la prevención de la evasión fiscal. No obstante, en la medida en que el gravamen de liquidación final deba estar al servicio de la prevención de la evasión fiscal, sin dirigirse específicamente contra montajes puramente artificiales, este aspecto se toma suficientemente en cuenta en el marco de la causa de justificación del equilibrio en el reparto de la potestad tributaria.⁶⁷

d) Otras causas de justificación

106. Junto a las causas de justificación ya discutidas, los Gobiernos que han intervenido en el procedimiento han alegado otras, en concreto, la evitación del riesgo de doble desgravación de las pérdidas, la eficacia de los controles fiscales y la eficacia de la recaudación de impuestos. Habida cuenta de las consideraciones anteriores acerca de la garantía del equilibrio en el reparto de la potestad tributaria y de la coherencia del sistema fiscal nacional, no es necesario un examen adicional de estas causas de justificación.

64 — Véanse mis conclusiones de 12 de septiembre de 2006, presentadas en el asunto Oy AA (sentencia citada en la nota 36), punto 62, y las conclusiones del Abogado General Geelhoed de 29 de junio de 2006, presentadas en el asunto Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (sentencia citada en la nota 62), punto 63; véanse también las sentencias de Lasteyrie du Saillant, citada en la nota 5, apartado 60, y Deutsche Shell, citada en la nota 54, apartado 43.

65 — Sentencias de 12 de diciembre de 2002, Lankhorst-Hohorst (C-324/00, Rec. p. I-11779), apartado 36; de Lasteyrie du Saillant, citada en la nota 5, apartado 51, y Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, citada en la nota 63, apartado 49.

66 — Véase al respecto el punto 12 *supra*.

67 — Véase al respecto la sentencia SGI, citada en la nota 10, apartado 66, en la que se examinaron conjuntamente ambas causas de justificación.

3. Conclusión en relación con las cuestiones prejudiciales segunda y tercera

107. Por tanto, sugiero que se responda a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera que un gravamen de liquidación final como el controvertido en el procedimiento principal se justifica por las exigencias del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros si, por su carácter o por su dimensión, los elementos patrimoniales de la empresa que se traslada al extranjero no pueden ser razonablemente objeto de seguimiento hasta el momento de la realización efectiva de las plusvalías latentes generadas en el interior del país. Si su seguimiento es

posible de forma relativamente sencilla, resulta desproporcionado cobrar el gravamen de liquidación final antes de la realización de las plusvalías latentes. Si en tal supuesto hay que tener en cuenta las posteriores minusvalías es algo a lo que sólo se puede responder en función de las circunstancias concretas. Si el patrimonio empresarial se compone fundamentalmente de un crédito expresado en una divisa extranjera y las diferencias positivas de cambio no realizadas generadas en el interior del país no se hacen ya patentes desde el punto de vista fiscal en el Estado de destino, debe aplazarse el cobro del gravamen de liquidación final hasta el momento en el que una empresa que permaneciese en el país debería pagar impuestos por tales ganancias, debiendo tenerse en cuenta las diferencias negativas de cambio producidas hasta ese momento.

V. Conclusión

108. A la vista de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el *Gerechtshof Amsterdam* del modo siguiente:

«1) Una sociedad puede invocar la libertad de establecimiento garantizada en el artículo 43 CE (actualmente artículo 49 TFUE) frente al Estado miembro con

arreglo a cuyo Derecho se constituyó, cuando dicho Estado miembro, con ocasión del traslado de su sede de administración efectiva a otro Estado miembro, le impone un gravamen de liquidación final, en el sentido de que hay que pagar el impuesto sobre sociedades por las plusvalías generadas hasta ese momento, pero aún no realizadas, de los elementos del patrimonio de la sociedad transferidos, sin demora y sin posibilidad de tener en cuenta posteriores minusvalías.

- 2) Tal gravamen de liquidación final se justifica por las exigencias del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros si, por su carácter o por su dimensión, los elementos patrimoniales de la empresa que se traslada al extranjero no pueden ser razonablemente objeto de seguimiento hasta el momento de la realización efectiva de las plusvalías latentes generadas en el interior del país. Si su seguimiento es posible de forma relativamente sencilla, resulta desproporcionado cobrar el gravamen de liquidación final antes de la realización de las plusvalías latentes. Si en tal supuesto hay que tener en cuenta las posteriores minusvalías es algo a lo que sólo se puede responder en función de las circunstancias concretas.

- 3) Si el patrimonio empresarial se compone fundamentalmente de un crédito expresado en una divisa extranjera y las diferencias positivas de cambio no realizadas generadas en el interior del país no se hacen ya patentes desde el punto de vista fiscal en el Estado de destino, debe aplazarse el cobro del gravamen de liquidación final hasta el momento en el que una empresa que permaneciese en el país debería pagar impuestos por tales ganancias, debiendo tenerse en cuenta las diferencias negativas de cambio producidas hasta ese momento.»