

Los impuestos de salida en la normativa alemana a la luz de los casos De Lasteyrie du Saillant e N

Randolf Schnorr¹

I. Introducción

En las dos importantes sentencias *De Lasteyrie du Saillant* y *N*, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha tenido que afrontar las espinosas cuestiones de la determinación y de la aplicación de los impuestos que gravan las plusvalías generadas por las participaciones societarias, cuando los titulares de dichas participaciones trasladan su residencia desde un Estado miembro a otro².

El Tribunal de Justicia ha aclarado que la normativa en materia de imposición de salida que implica un tratamiento desfavorable para los sujetos que ejercen su legítimo derecho a la libre circulación, en comparación con los contribuyentes que residen en el territorio de un Estado, puede limitar el ejercicio de la libertad de establecimiento prevista en el artículo 48 del Tratado CE³.

Según el Tribunal, las disposiciones destinadas a garantizar una tributación coherente sobre las plusvalías de las participaciones societarias, generadas durante el periodo de residencia del contribuyente en el territorio de un Estado miembro, pueden resultar justificadas por la concurrencia de razones imperativas de interés general.

¹ Dr. habil. El autor es juez del Niedersächsische Finanzgerichtshof, Hannover, y ha obtenido su habilitación en el Tax Law Institute de la Universidad de Bonn.

Traducción realizada por Francisco José Nocete Correa, Doctor en Derecho Tributario Europeo, Universidad de Castilla-La Mancha – Centro Internacional de Estudios Fiscales

² Huges de Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, ECJ de 11 de marzo de 2004, asunto C-9/02; N v. Inspecteur van de Belastingdienst Oost/Kantoor Almelo, ECJ de 7 de septiembre de 2006, asunto C-470/04.

³ Tratado CE.

El presente artículo analizará, en primer lugar, los efectos que estas sentencias han producido en la doctrina de la imposición de salida aplicada en Alemania respecto de los accionistas personas físicas.

En cuanto el gobierno alemán ha adoptado, con efectos a partir del ejercicio 2007, una nueva regulación de la fiscalidad de salida respecto de los accionistas personas físicas, destinada a aplicarse, con carácter retroactivo, a todos los asuntos que estuvieran pendientes en tal fecha, será necesario diferenciar entre la antigua y la nueva ley.

La nueva regulación de la imposición de salida respecto de las personas físicas se enmarca en el contexto de las iniciativas, adoptadas por el legislador alemán, destinadas a adecuar el régimen preexistente de la fiscalidad de salida a los principios del ordenamiento comunitario. Los cambios en la regulación de la imposición de salida se insertan en el cuerpo del SEStEG⁴, (normativa sobre el régimen de la Sociedad Europea), que, además de contemplar la regulación fiscal de la Sociedad Europea (SE), establecida en la Directiva sobre el régimen fiscal de las fusiones. Modificada en febrero de 2005⁵, traspone la Directiva de 26 de octubre de 2005⁶ sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de responsabilidad limitada y la decisión del Tribunal de Justicia SEVIC⁷.

Además de la regulación alemana sobre la "exit tax" aplicada respecto de los accionistas personas físicas, también debe tomarse en consideración el régimen especial de imposición de salida aplicado a las personas físicas y a aquellas jurídicas como consecuencia del traslado al extranjero de activos empresariales. Para las personas jurídicas, la normativa alemana diferencia, además, entre el traslado de cada uno de los concretos activos empresariales y el traslado de las personas jurídicas en su conjunto, con disposiciones especiales para la Sociedad europea.

⁴ Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften (SEStEG) vom 7. Dezember 2006, BGBl. I 2006.

⁵ Directiva del Consejo 2005/19/CE de 17.02.2005.

⁶ Directiva del Consejo 2005/56/CE de 26.10.2005.

⁷ C-411/03.

II. Los impuestos de salida aplicados a las personas físicas.

1. La anterior regulación alemana de la fiscalidad de salida contenida en el artículo 6 de la ley tributaria relativa a las relaciones internacionales.

Como ya se señaló anteriormente, el gobierno alemán ha reaccionado a las sentencias *De Lasteyrie du Saillant* e *N* aprobando una nueva regulación, a partir del ejercicio 2007, de la imposición de salida aplicada a las personas físicas titulares de acciones que se trasladan a otro Estado miembro o a un Estado perteneciente a la AELC, regulación que también se aplicará retroactivamente a todos los casos pendientes en tal fecha (véase el artículo 21 (13) paragrafo 2 de la AstG⁸, ley tributaria relativa a las relaciones internacionales, tras su modificación).

La anterior regulación de la fiscalidad de salida, prevista en el artículo 6 de la AstG⁹, no distinguía entre los accionistas que se trasladaban a otro Estado de la Unión Europea o a un país perteneciente a la AELC. La norma establecía que si un contribuyente persona física había sido sometido a imposición en Alemania, respecto de su renta mundial, durante al menos diez años antes de trasladar su domicilio fiscal a otro país, y como consecuencia de dicho traslado al extranjero no resultara sometido a gravamen en Alemania según el principio de beneficio mundial, sería sometido a gravamen por las plusvalías latentes correspondientes a las acciones poseídas en sociedades capitalistas residentes en Alemania, en las cuales tuviera o hubiera tenido, directa o indirectamente, participaciones de al menos un 1% en los cinco años precedentes. La integración de la renta presunta prescindía del hecho de que el accionista se hubiese trasladado a un país con una fiscalidad más baja. La misma presunción se aplicaba también al accionista que, sin trasladarse a otro país, concedía a título gratuito sus acciones a personas que vivían en el extranjero, por ejemplo la mujer y los hijos.

⁸ Art 21 (13) (2) AStG.

⁹ Art. 6 AStG a.F.

Conforme al art. 6¹⁰ de la ley tributaria que regula el régimen fiscal de las relaciones internacionales, el impuesto sobre la renta debía abonarse conforme a una declaración que, tras la prestación de la correspondiente garantía, podía prorratearse durante un periodo máximo de cinco años, sucesivos al momento del devengo del impuesto, cuando la recaudación inmediata hubiese resultado excesivamente onerosa para el contribuyente. Si se vendían las acciones durante el periodo en el que se había prorrateado el pago, las cuotas resultarían convenientemente modificadas.

Tras la sentencia *De Lasteyrie du Saillant* de 11 de marzo 2004, en Alemania se comenzó a discutir y a considerar los efectos que tal decisión habría supuesto sobre el régimen vigente de la fiscalidad de salida. A la luz del apartado 65 de la sentencia *De Lasteyrie du Saillant*, se sostuvo que el Tribunal había dejado abierta de manera explícita la cuestión relativa a si la coherencia del sistema fiscal nacional podría justificar el gravamen de todas las plusvalías latentes por parte del originario país de residencia¹¹. Según la defensa del gobierno francés, las normas controvertidas en la sentencia *De Lasteyrie du Saillant*, estaban destinadas exclusivamente a impedir la evasión fiscal, y no a garantizar el sometimiento a gravamen de todas las plusvalías en el caso de traslado de la residencia fiscal fuera de Francia, ya que las plusvalías en cuestión habían sido generadas durante el último periodo de residencia en el territorio francés. Se puede mantener que las normas alemanas, con un mayor alcance, no estaban destinadas a impedir la evasión fiscal, sino a crear un sistema coherente de distribución del poder impositivo nacional, conforme al principio fiscal de territorialidad.

En opinión de algunos autores alemanes, los principios afirmados en la sentencia *De Lasteyrie du Saillant* resultarían aplicables en todos los supuestos en los que el mero traslado de residencia a otro país, sin manifestar la obtención de rendimiento alguno, implica el gravamen de las plusvalías generadas. Aunque se haya argumentado que la violación del Derecho

¹⁰ Art. 6 (5) AStG a.F.

¹¹ Véase al respecto Kinzl/Goerg, *Internationales Steuerrecht* 2005, 450, 451; Schnitger, *Betriebsberater* 2004, 804; Lausterer, *Deutsche Steuer Zeitschrift* 2004, 299 f; Meilicke, *GmbH-Rundschau* 2004, 511 f.

comunitario no deriva del hecho de gravar las plusvalías en cuanto tales, no obstante sí se ha considerado que tal violación resulta del hecho de que la imposición se produzca antes de la efectiva obtención de las plusvalías y sólo respecto del contribuyente que se traslade al extranjero, mientras que para los contribuyentes residentes en Alemania las plusvalías sólo serán gravadas en el momento de su efectiva obtención¹².

La sentencia *N*, y en mayor medida las conclusiones del Abogado general Kokott, han aclarado esta cuestión. El Tribunal ha reconocido expresamente que el reparto del poder impositivo entre los Estados miembros es un objetivo legítimo y que, en ausencia de disposiciones comunitarias de unificación o armonización, los Estados miembros mantienen su competencia para definir, en vía convencional o unilateral, los criterios de reparto del poder impositivo¹³. El Tribunal de Justicia aprueba la normativa fiscal holandesa en cuanto asume como presupuesto impositivo un evidente elemento territorial vinculándolo al elemento temporal, esto es, la residencia en el territorio del Estado durante el periodo en el que se obtiene la plusvalía. En cambio, las disposiciones fiscales francesas, que constituyen el objeto de la controversia en el asunto *De Lasteyrie du Saillant*, no se fundaban en el principio fiscal de territorialidad, sino que estaban destinadas a luchar contra la evasión fiscal. En sus conclusiones relativas al asunto *N*, el Abogado general aclara que la sentencia *De Lasteyrie du Saillant* debe ser interpretada en el sentido de que no existiría proporcionalidad si el impuesto se determinase en el momento del traslado solamente para evitar el riesgo de evasión fiscal, en cuanto no se puede establecer una sospecha general de elusión o de evasión fiscal por el simple hecho de que una persona física manifieste su intención de trasladar su residencia a otro Estado miembro¹⁴. La anterior normativa alemana, más parecida a la legislación de los Países Bajos, asumía igualmente como objetivo principal la tutela del principio fiscal de territorialidad y no la lucha contra la evasión fiscal.

¹² Véase C-324/00, Lankhorst-Hohorst.

¹³ Véase C-470/04 de 7 de septiembre de 2006, apartado 46.

¹⁴ Conclusiones del Abogado general Juliane Kokott de 30 de marzo de 2006, apartado 117.

A pesar de ello, la Comisión Europea, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y en particular de la sentencia *De Lasteyrie du Saillant*, con fecha de 19 de abril de 2004 ha solicitado formalmente a Alemania la derogación de la normativa vigente en materia de imposición de salida. La solicitud formal ha adoptado la forma del "dictamen motivado" previsto en el contexto del procedimiento de infracción al que se refiere el artículo 226 del Tratado CE¹⁵. La Comisión consideró que el régimen fiscal de la fiscalidad de salida alemana (prevista en el artículo 6 de la ley tributaria que regula las relaciones internacionales¹⁶) sería incompatible con las disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea relativas al derecho de las personas a residir, trabajar y ejercitar la libertad de establecimiento en otro Estado miembro (artículos 18, 39 e 43 del Tratado CE¹⁷), ya que el traslado de residencia del contribuyente a otro Estado miembro implicaba el nacimiento de una obligación tributaria, que no resultaría exigible en ese momento, si el contribuyente se limitaba a trasladar su propia residencia dentro del territorio alemán. La Comisión constató que no existían justificaciones válidas para el mantenimiento de un obstáculo tan evidente a la libre circulación de personas en el mercado interior. Aquella ha reconocido, sin embargo, que Alemania estaba legitimada para someter a gravamen las plusvalías. La violación del Derecho comunitario, según la Comisión Europea, no deriva *per se* del sometimiento a gravamen de las plusvalías, sino más bien del hecho de que la imposición se produzca antes de que las plusvalías sean efectivamente obtenidas cuando el contribuyente se traslada al extranjero.

En la medida en que el Tribunal de Justicia en la sentencia *De Lasteyrie du Saillant* no consideró contrarios al Derecho comunitario los impuestos de salida en cuanto tales, Alemania comenzó, en un primer momento, a promover una iniciativa común entre los Estados miembros, destinada a desarrollar una solución conjunta al problema de la imposición de salida de las plusvalías derivadas de participaciones accionariales que aún no se han materializado. Tras la reunión mantenida el 13 de junio de 2005 en Bruselas, no se ha

¹⁵ Tratado CE.

¹⁶ Art. 6 AStG a.F.

¹⁷ Tratado CE.

alcanzado aún un acuerdo sobre la propuesta realizada por Alemania de establecer un impuesto de salida común, ante el veto manifestado por los países de baja fiscalidad interesados en atraer la inmigración hacia sus propios territorios. En consecuencia, Alemania ha tenido que asumir unilateralmente las medidas necesarias para establecer una normativa fiscal nacional que no entre en conflicto con el Derecho comunitario.

2. La nueva regulación del § 6 AStG (Aussensteuergesetz – ley tributaria que regula las relaciones internacionales)

a) La imposición de salida a la luz de las actuaciones normativas.

El nuevo § 6 del *AStG*¹⁸ establece – como su precedente – que quedarán sometidos al impuesto de salida las personas físicas que resulten sujetas en Alemania, por un periodo de al menos 10 años, al gravamen de su renta mundial, y que han poseído, durante los cinco años anteriores, participaciones en sociedades de capital de al menos un 1%.

Contrariamente a la regulación anterior – en vigor hasta la aprobación de la Ley Financiera 2007¹⁹ – también constituye el presupuesto objetivo del impuesto de salida la tenencia de participaciones en sociedades capitalistas extranjeras, con el consiguiente efecto de la notable ampliación del ámbito de aplicación de la imposición sobre los rendimientos.

Según la nueva versión del § 6²⁰, el traslado de la residencia o de la vivienda habitual – que implica la desaparición de la obligación ilimitada de contribuir en Alemania – resulta equiparable, como presupuesto impositivo, a la cesión de acciones. Se consigue así la determinación del impuesto adeudado. No obstante, el objeto de gravamen es el precio de una cesión que no se ha realizado de manera efectiva (§ 6 (1) (4) *AStG*²¹) en cuanto no existe, como

¹⁸ § 6 Außensteuergesetz (AStG), Ley tributaria aplicable a las relaciones internacionales.

¹⁹ SEStEG.

²⁰ § 6 AStG.

²¹ § 6 (1) apartado 4 AStG.

consecuencia del mero traslado, un precio real de enajenación de las acciones. De ello se deriva que el traslado de la residencia conduce a la aparición de las plusvalías latentes.

Según el § 6 (3), primer apartado²² la regulación en materia de imposición de salida no se aplica si el contribuyente efectúa un traslado temporal al extranjero, perdiendo sólo durante ese periodo impositivo la obligación ilimitada de contribuir que vuelve a adquirir dentro de los cinco años siguientes, con el consiguiente restablecimiento de la sujeción conforme al principio de renta mundial de las citadas participaciones. El plazo de 5 años es – según el § 6, apartado 3, segundo párrafo, del *AStG*²³ – susceptible de prórroga por otros cinco años si la causa principal del traslado de residencia se debe a motivos laborales y el contribuyente manifiesta, en cualquier caso, la intención de volver a Alemania.

b) La suspensión del pago del impuesto: un aspecto central de la nueva normativa.

El aspecto de mayor interés – que también constituye el centro de la nueva normativa – reside en la nueva formulación del apartado 5 del § 6 del *AStG*²⁴, conforme al cual la sujeción al impuesto de salida debe quedar suspendida, sin que se exijan intereses ni la prestación de garantías, cuando el contribuyente sea ciudadano de un Estado de la Unión Europea o del EEE (Espacio Económico Europeo) y, sucesivamente al traslado, quede sometido, en el Estado miembro de destino, a un gravamen ilimitado sobre sus rendimientos semejante al alemán.

La suspensión ex § 6, apartado 5, párrafo segundo del *AStG*²⁵, presupone que se garantice la colaboración entre las Administraciones fiscales, así como la asistencia recíproca entre Alemania y el otro Estado para la recaudación del impuesto.

²² § 6 (3), primer apartado *AStG*.

²³ § 6 (3), segundo apartado *AStG*.

²⁴ § 6 (5) *AStG*.

²⁵ § 6 (5), segundo apartado *AStG*.

c) Supuestos de revocación de la suspensión.

Al contrario, la suspensión ex § 6, apartado 5, párrafo cuarto, números 1 a 4 del *AStG*²⁶, debe revocarse cuando:

- 1) el contribuyente cede las participaciones o realiza un hecho imponible análogo;
- 2) las participaciones son cedidas a título gratuito a una persona física no sujeta, en un Estado de la Unión Europea o del EEE, a una imposición sobre la renta mundial semejante a la alemana;
- 3) se efectúa un traspaso de las participaciones desde el ámbito empresarial al privado o a una situación comparable que, según el derecho interno, conduce a una estimación conforme a un valor parcial o a un valor normal de mercado;
- 4) por efecto del sucesivo traslado de la residencia, por parte del contribuyente o de su causahabiente no se pueda llegar a producir en otro Estado de la Unión Europea o del EEE un gravamen de la renta mundial semejante al alemán.

d) Consideraciones respecto al supuesto de disminución del valor de la acción.

Las eventuales disminuciones de valor de las participaciones que se produzcan tras el traslado deben tomarse en consideración según el § 6, apartado 6, párrafo primero del *AStG*²⁷. Si la plusvalía obtenida con la enajenación de la participación es inferior a la plusvalía latente manifestada en el momento del traslado, la correspondiente disminución de valor de la participación debe ser computada como una disminución del incremento patrimonial calculado en el momento del traslado, ya que, desde el punto de vista interno, solamente se toma en consideración el importe efectivo de la cesión. La consideración de la

²⁶ § 6 (5), cuarto apartado, Nr. 1-4 AStG.

²⁷ § 6 (6), primer apartado AStG.

disminución de valor queda subordinada en la nueva normativa, por una parte, al hecho de que no sea reconocido a los efectos del impuesto sobre la renta de las personas físicas un tratamiento análogo por parte del estado de inmigración (tratando de evitar un doble aprovechamiento fiscal) y, de otra parte, a la circunstancia de que la disminución de valor sea imputable a causas objetivas y no dependa de una distribución de beneficios.

Conforme al § 6, apartado 6²⁸, párrafo tercero del *Asta*, la disminución de valor debe ser calculada dentro de los límites de la plusvalía "virtual" determinada en el momento del traslado, de manera que la disminución no supere el importe computado en Alemania como incremento patrimonial en el momento del traslado.

e) Obligaciones de información.

Según el § 6, apartado 7, párrafo primero del *AStG*²⁹, el contribuyente debe informar al organismo tributario competente para cuantificar el impuesto de salida, mediante la presentación del modelo establecido al efecto, la realización del supuesto de hecho que determina lugar a la revocación de la suspensión.

Además, hasta el 31 de enero de cada año, el contribuyente debe informar al mismo organismo que permanece en el domicilio manifestado el año anterior y que mantiene la titularidad de las participaciones, comunicaciones en cuya ausencia desaparece el derecho a la prórroga.

3. La nueva normativa alemana en el contexto europeo.

El Derecho comunitario no pretende – y esto resulta claro a la luz de la decisión del Tribunal de Justicia en el asunto "N" – que el Estado de origen renuncie al

²⁸ § 6 (6), tercer apartado AStG.

²⁹ § 6 (7), apartado primero AStG.

gravamen de las plusvalías latentes generadas en el momento del traslado de la residencia³⁰.

El § 6 del *AStG*³¹, también en su nueva versión, contiene una medida restrictiva aplicable en el momento de la pérdida por parte del contribuyente de su sujeción ilimitada a efectos del impuestos sobre la renta. Además, subsiste un diferente tratamiento de los supuestos puramente internos respecto a aquellos con elementos transnacionales, en cuanto la aplicación del impuesto adeudado por el contribuyente que conserve su propia residencia en el interior del territorio alemán tiene lugar sólo en el caso de que se produzca una cesión efectiva de las participaciones de una sociedad. El gravamen del aumento del valor latente de las participaciones societarias expresa el reparto de la potestad impositiva sobre la base del principio de territorialidad, que ha sido considerado por el Tribunal de Justicia como una legítima causa de justificación.

El Tribunal de Justicia ha decidido en el asunto "N" que la presentación de una declaración de rentas con carácter previo al sometimiento a gravamen de las plusvalías latentes no constituye una medida desproporcionada, puesto que tampoco el gravamen sucesivo habría conducido a una menor carga fiscal. El hecho de prestar garantías, como presupuesto para la suspensión del pago del impuesto – medida considerada, entre otras cosas, desproporcionada por el Tribunal de Justicia en las dos sentencias "De *Lasteyrie du Saillant*" y "N" – no se contempla en el nuevo impuesto de salida alemán. Así, la circunstancia de que a los efectos de obtener la suspensión se deba asegurar la colaboración entre la Administración alemana y la del otro Estado, así como la asistencia recíproca en la recaudación del impuesto adeudado, no puede sino ser considerada como una condición igualmente proporcional para poner fin a la suspensión de pago. Además, como se desprende de las Directivas en materia de intercambio de información entre las administraciones tributarias de los Estados miembros³² y de asistencia mutua en la recaudación³³ de los tributos, las condiciones anteriormente mencionadas siempre han sido consideradas

³⁰ Sentencia C-470/04, de 7.9.2006, apartado 41.

³¹ § 6 *AStG*.

³² Directiva del Consejo 77/799/CEE de 19.12.1977.

³³ Directiva del Consejo 76/308/CEE de 15.05.1976.

válidas para el reconocimiento de la suspensión del pago³⁴, y el propio Tribunal de Justicia ha subrayado en multitud de ocasiones que la correcta utilización de la Directiva en materia de intercambio de información entre las administraciones tributarias de los Estados miembros ofrece la posibilidad de obtener mayor información para confrontarla con la obtenida por cada una de las Administraciones singularmente consideradas³⁵. Las mismas consideraciones pueden realizarse respecto a la Directiva en materia de asistencia mutua en la recaudación tributaria.

Desde la perspectiva del Derecho comunitario resulta problemático el hecho de que, según el § 6, apartado 6, párrafo tercero del *AStG*³⁶, el cómputo de la disminución de valor debe realizarse dentro de los límites de las plusvalías “virtuales”, teniendo como consecuencia que la concesión de relevancia fiscal a una posterior disminución de valor sucesiva al cambio de residencia queda remitida, exclusivamente, a la legislación del Estado al que el contribuyente haya trasladado su residencia. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha afirmado en la sentencia “*N*”, que la disminución de valor de las participaciones, posteriores al traslado, deben ser plenamente consideradas por el Estado de origen en la medida en que esa disminución no resulte relevante en el Estado de destino³⁷.

Las mismas dudas de compatibilidad con el Derecho comunitario surgen respecto a la obligación, para el contribuyente, de informar anualmente a la Administración tributaria acerca de los datos relativos al domicilio extranjero y a la titularidad de las participaciones, en cuanto, comparada con situaciones meramente internas, tal disposición constituye una hipótesis discriminatoria capaz de comprometer el cumplimiento efectivo – protegido, además, por el propio Tribunal de Justicia – de las Directivas sobre intercambio de información entre las administraciones tributarias de los Estados miembros y de asistencia mutua en la recaudación tributaria³⁸.

³⁴ Cfr. Informe al Proyecto de Ley del § 6, apartado 5, del *AStG* en los actos parlamentarios del Bundestag n. 16/2710.

³⁵ Sentencia C-279/93, Schumacker, de 14.2.1995.

³⁶ § 6 (6), tercer apartado *AStG*.

³⁷ Sentencia C-470/04, de 7.9.2006, apartados 54 y 55.

³⁸ Cfr. Lausterer in Blumenberg/Schäfer, el “SEStEG”, 2007, pág. 239.

III. El impuesto de salida en el supuesto de traslado de un activo empresarial.

1. La aparición de reservas ocultas según el § 4, apartado 1, párrafos tercero y cuarto del *EStG*.

La enajenación de un activo empresarial se regula, en la normativa del impuesto sobre la renta de las personas físicas, por el principio de caja. Posteriormente entra en juego, como consecuencia del sometimiento a gravamen, el principio de la capacidad económica, con la materialización de las reservas ocultas y, de manera particular, con la cesión. La enajenación resulta equiparada a la “desafectación” de un bien, es decir, a su transferencia desde el patrimonio empresarial al privado. El § 4, apartado 1, párrafo tercero del *EStG*³⁹, en su nueva formulación⁴⁰, establece que la exclusión o la limitación de la potestad impositiva alemana respecto de los beneficios derivados de la cesión o utilización de un bien resulta equiparable a la “desafectación” del mismo.

Literalmente, el § 4, apartado 1, párrafos tercero y cuarto del *EStG*, señala lo siguiente: “Por lo que respecta a los beneficios derivados de la cesión o de la utilización de un activo empresarial, la exclusión o la limitación del poder impositivo de Alemania se equipara a una desafectación por razones distintas al ejercicio de la actividad empresarial. El tercer párrafo no afecta a las participaciones en una sociedad europea”⁴¹.

Como consecuencia de tal regla, el contribuyente que traslada fuera del territorio alemán un activo empresarial utilizado para el ejercicio de dicha actividad, con el consiguiente perjuicio para la potestad impositiva de Alemania (estando sujeta a la regla de la suspensión del pago, de la que se hablará más abajo), debe someter a gravamen el beneficio virtual de la cesión bajo la forma de aparición de reservas ocultas.

³⁹ § 4 (1), tercer apartado EStG (Einkommensteuergesetz: Legge tributaria tedesca sull'imposta sui redditi).

⁴⁰ SEStEG, v. nota 5.

⁴¹ § 4 (1), tercer y cuarto apartado EStG.

La nueva regulación⁴² tiene un significado ampliamente clarificador en cuanto la orientación de la Administración tributaria alemana, en caso de exclusión de la potestad impositiva alemana respecto a los beneficios derivados de la cesión de activos empresariales, siempre había sido la de mantener la tesis de la obtención de los mismos beneficios⁴³.

2. La suspensión del pago en el caso de traslado de activos empresariales a otros países de la UE (§ 4g *EStG*).

El § 4g del *EStG*⁴⁴ limita parcialmente la obligación de gravamen inmediato de las reservas ocultas, en particular, en el caso de traslado de un bien que forme parte del activo inmovilizado a un establecimiento permanente situado en otro país de la UE. En tal caso, una persona física sujeta de manera ilimitada a imposición en Alemania puede obtener, mediante la solicitud de un "fondo de compensación", un gravamen prorrateado del beneficio virtual derivado del traslado. Por activo inmovilizado se entienden aquellos bienes del patrimonio que se destinan, de manera permanente, al servicio de la empresa (por ejemplo, los inmuebles, los talleres o la maquinaria).

El § 4g, apartado 1, del '*EStG*⁴⁵ establece, en efecto, la posibilidad para el contribuyente de solicitar al organismo tributario competente la constitución de un "fondo de compensación" equivalente al beneficio virtual manifestado por el traslado, con lo que el mencionado beneficio resulta neutralizado. El "fondo de compensación" se extingue progresivamente, por quintas partes, en el año del traslado y en los cuatro años siguiente (§ 4g, apartado 2, párrafo primero del *EStG*⁴⁶). De esta manera, el pago del impuesto resulta temporalmente suspendido y viene efectuado proporcionalmente en un periodo de cinco años.

⁴² SEStEG, v. nota 5.

⁴³ El proyecto de ley hablaba de una clarificación de la actual normativa, Actos parlamentarios del Bundestag 16/2710, 28.

⁴⁴ § 4g *EStG*.

⁴⁵ § 4g (1) *EStG*.

⁴⁶ § 4g (2), primer apartado *EStG*.

Por el contrario, el “fondo de compensación” se extingue totalmente cuando el bien, que ha sido trasladado al extranjero, sale del patrimonio de la empresa, resulta posteriormente transferido a un establecimiento permanente situado fuera de la UE o resulta necesario hacer emerger en el extranjero las reservas ocultas (§ 4g, apartado 2, párrafo segundo del *EStG*⁴⁷). Lo mismo sucede en el caso de que no se haya respetado la obligación de registro y comunicación (§ 4g, apartado 5 del *EStG*⁴⁸).

Si el bien económico transferido al extranjero retorna a la casa madre residente en territorio alemán durante su periodo de vida útil y, en cualquier caso, antes de transcurrir cinco años desde su traslado al extranjero, resulta necesario extinguir el “fondo de compensación” residual existente en el momento del retorno de una manera fiscalmente neutral (§ 4g, apartado 3 del *EStG*⁴⁹). Con el retorno del bien económico a la casa madre finaliza, por tanto, la obligación de pago prorrateado del impuesto.

3. La aparición de reservas ocultas en el caso de traslado de activos empresariales pertenecientes a personas jurídicas.

El régimen fiscal no cambia si el activo empresarial pertenece a una persona jurídica, pues incluso en este caso se aplica el principio de la realización efectiva del beneficio en caso de exclusión de la potestad impositiva de Alemania.

El § 4g, apartado 2, párrafo primero del *EStG*⁵⁰, relativo a las personas jurídicas, se encuentra en el § 12, apartado 1 del *KStG*, que también ha sido modificado en los siguientes términos: “Por lo que respecta a los beneficios derivados de la enajenación o uso de un activo empresarial en el supuesto de una persona jurídica, la exclusión o la limitación del poder impositivo de

⁴⁷ § 4g (2), segunda apartado *EStG*.

⁴⁸ § 4g (5) *EStG*.

⁴⁹ § 4g (3) *EStG*.

⁵⁰ § 4g (2), primer apartado *EStG*.

Alemania se equipara a la enajenación o traslado de un bien conforme a valor de mercado”⁵¹.

La consecuencia de esta disposición es el inmediato sometimiento a gravamen conforme a valor de mercado.

Hay que destacar que, mientras el § 4g del *EStG*⁵² establece, en el caso de transferencia de un activo empresarial por parte de una persona, un gravamen de los beneficios prorrateado en cinco años, el *KStG*⁵³ no establece una regla análoga en el caso de transferencia del activo por parte de una persona jurídica. Este diverso régimen es imputable a un error del legislador, en cuanto no pretendía adoptar un tratamiento diferenciado entre personas físicas y jurídicas. Tan es así que una parte de la doctrina considera extensible a las personas jurídicas la suspensión del pago del impuesto prevista en el § 4g del *EStG*⁵⁴. Esta disposición – como ya se ha indicado – establece un prorrateo del pago del impuesto mediante la constitución de un “fondo de compensación” equivalente a la diferencia entre el valor de mercado y el valor reflejado en el balance, que debe extinguirse posteriormente, por quintas partes, en el año en el que se produce la transferencia y en los cuatro años sucesivos⁵⁵.

4. Reflexiones en el ámbito comunitario.

Uno de las cuestiones a aclarar hace referencia a la compatibilidad con el Derecho comunitario – y en particular con la libertad de establecimiento consagrada en el art. 43 del Tratado⁵⁶ – de la normativa que sujeta a gravamen la transferencia del activo empresarial en el momento del cambio de residencia a otros países de la UE por parte de personas físicas o jurídicas. La compatibilidad debería resultar garantizada, según la intención del legislador, mediante la regla de la suspensión del impuesto establecida en el § 4g del

⁵¹ § 12 (1) *KStG* (*Körperschaftsteuergesetz*: Legge tributaria tedesca sulle imposte sulle società).

⁵² § 4g *EStG*.

⁵³ *KStG*.

⁵⁴ § 4g *EStG*.

⁵⁵ Blumenberg/Lechner in Blumenberg/Schäfer, *El “SEStEG”*, pág. 67.

⁵⁶ Tratado CE.

*ESTG*⁵⁷. La disposición – como ya se ha dicho – permite una distribución del gravamen mediante la creación de un “fondo de compensación” equivalente a la diferencia entre el valor de mercado y el valor reflejado en el balance, que debe extinguirse, por cuotas constantes, en el año en el que se produce la transferencia y en los cuatro años sucesivos. Esto significa que ya en el año de la transferencia se somete a tributación una quinta parte de las reservas ocultas. El impuesto debe ser íntegramente abonado, como máximo, en un plazo de cinco años, y ello aunque el activo transferido continúa encontrándose sin solución de continuidad en el patrimonio del contribuyente. A pesar de esta regla, la nueva regulación sigue oponiéndose al Derecho comunitario, y, en particular, al art. 43 del Tratado⁵⁸, en cuanto en un supuesto puramente interno no se exigiría tributo alguno⁵⁹.

De ello se deduce que el § 4g del *ESTG*⁶⁰ beneficia solamente a los contribuyentes que resultan sometidos a una imposición ilimitada de sus rentas y bienes del activo inmovilizado. La transferencia de bienes del activo circulante implica una inmediata aparición y gravamen de las reservas ocultas. Esto vale para todos los bienes que no se destinan al servicio de la empresa de una manera permanente. Además, la transferencia de bienes a un establecimiento permanente situado en otro país de la UE por parte de una persona sometida a una imposición limitada de sus rentas conduce a una aparición y gravamen inmediatos de las reservas ocultas. No existen razones que puedan justificar la incompatibilidad con el Derecho comunitario, y en particular, con la libertad de establecimiento contenida en el art. 43 del Tratado⁶¹. La justificación, aportada por el gobierno alemán, de no resultar capaz de gestionar posteriormente una suspensión del pago del impuesto no es suficiente desde una perspectiva comunitaria, considerando la circunstancia de que la tanto la Directiva sobre intercambio de información entre Administraciones como la Directiva sobre asistencia mutua en materia de recaudación tributaria ofrecen instrumentos

⁵⁷ § 4g *ESTG*.

⁵⁸ Tratado CE.

⁵⁹ Para obtener más detalles, cfr., Stadler/Elser in Blumenberg/Schäfer, El “SEStEG”, pág. 57.

⁶⁰ § 4g *ESTG*.

⁶¹ Tratado CE.

adecuados para garantizar la efectiva tutela de los intereses fiscales nacionales⁶².

IV. El impuesto de salida en el supuesto de traslado de la sede de una persona jurídica.

1. La "Sitztheorie" (teoría de la sede) desde la perspectiva del derecho societario como punto de partida.

En Alemania juega aún un papel importante la llamada "teoría de la sede social"⁶³. Conforme a esta teoría para el estatuto societario asume un papel determinante el derecho a la sede social y no, por el contrario, como resultaría de la aplicación de la teoría de la constitución, aquella establecida por los fundadores de la sociedad. De acuerdo con la teoría de la sede, la decisión, por parte de una sociedad de capital o de una sociedad de responsabilidad limitada, de trasladar al extranjero la sede resulta interpretada por hechos concluyentes como una voluntad de disolución⁶⁴.

La teoría en cuestión produce los efectos de una limitación a la libertad de trasladar la sede social. Sin embargo, esta teoría es considerada compatible con la libertad de establecimiento de origen comunitario por la doctrina mayoritaria⁶⁵. En el año 1988 el Tribunal de Justicia ha reconocido, en el asunto *Daily Mail*⁶⁶, la posibilidad por parte de un Estado miembro de negar a una sociedad – constituida en base a la normativa interna de ese Estado – el traslado al extranjero de su propia sede. Esta posición no ha sido modificada en

⁶² Cfr. Stadler/Elser in Blumenberg/Schäfer, El "SEStEG", pág. 57.

⁶³ Véase la sentencia del BGH (Tribunal Supremo Alemán) de 30.1.1970 VI ZR 139/68; Kindler in Münchener Kommentar al BGB (el Código Civil alemán), 4º ed., 2006, Band 11, Internationales Handels-und Gesellschaftsrecht, Parágrafo 400.

⁶⁴ Großfeld in Staudinger, Kommentar al BGB, 13º ed., 1993, Internationales Gesellschaftsrecht, Parágrafo 38.

⁶⁵ Ebke in Juristenzeitung 2003, 927, 929; Meilicke in GmbH-Rundschau 2003, 793, 803; Schwark in Die Aktiengesellschaft 2004, 173, 180; Zimmer in Betriebsberater 2003, 1, 3.

⁶⁶ Sentencia C-81/87, 1988, 5483, Daily Mail, de 27.9.1988, apartados 19, 23-25.

los asuntos *Überseering* e *Inspire Art*, que no tenían por objeto una restricción formulada por el Estado de origen, sino por el Estado de destino.

El Tribunal de Justicia ha establecido, en el asunto *Überseering*⁶⁷, que los Estados miembros debe reconocer a las sociedades, constituidas conforme a la normativa de otro estado miembro, la posibilidad de trasladar a su territorio la sede administrativa, y, en el asunto *Inspire Art*⁶⁸, que las mismas sociedades deben ser reconocidas como sociedades constituidas según el derecho del estado miembro de origen incluso en el caso de traslado de la sede administrativa a otro Estado miembro. La controversia tenía por objeto la constitución de una sede secundaria en un estado miembro por parte de una sociedad constituida conforme a la legislación de otro Estado miembro. El Tribunal de Justicia decidió que la constitución de una sede secundaria no debe resultar obstaculizada por las normativas nacionales que subordinan en su propio Estado al respeto de determinadas condiciones relativas al capital mínimo y a la responsabilidad de los administradores, so pena de incurrir en una violación de la libertad de establecimiento prevista en el art. 43 del Tratado⁶⁹.

Analizando las sentencias *Überseering* e *Inspire Art* – que tenían por objeto las restricciones establecidas por el Estado de destino – se puede concluir que el Tribunal de Justicia no ha modificado el posicionamiento adoptado en el asunto *Daily Mail*. En el asunto *SEVIC* el Tribunal ha hecho recaer en el ámbito de la libertad de establecimiento los supuestos relativos a la transformación de sociedades con aspectos transfronterizos, independientemente de la tipología de transformación⁷⁰. Pero incluso esta sentencia no aclara la duda de si el principio expresado constituye o no un alejamiento de los principios manifestados en el asunto *Daily Mail*⁷¹.

Ello significa que, hasta que el Tribunal no modifique su posición al respecto, las limitaciones planteadas ante el traslado de la sede social no son contrarias al

⁶⁷ Sentencia C-208/00, *Überseering*, de 5.11.2002, apartado 70.

⁶⁸ Sentencia C-167/01, *Inspire Art*, de 30.9.2003, apartado 103.

⁶⁹ Tratado CE.

⁷⁰ Sentencia C- 411/03, *Sevic*, de 13.12.2005, apartado 19.

⁷¹ *Drinhausen/Gesell in Blumenberg/Schäfer*, El "SEStEG", pág. 9.

Derecho comunitario ni a la libertad de establecimiento prevista en el art. 43 del Tratado⁷².

2. Consecuencias fiscales de la teoría de la sede efectiva en el caso de traslado de la sede administrativa de una sociedad alemana al extranjero.

El traslado de la sede administrativa de una sociedad por acciones o de una sociedad de responsabilidad limitada no resulta sustancialmente posible en base a la teoría de la sede, dando lugar a la liquidación de la sociedad e implicando, desde un punto de vista fiscal, el gravamen, conforme al § 11 del *KStG*⁷³, de las reservas ocultas que pudieran manifestarse⁷⁴.

La situación no ha cambiado incluso a la luz de la nueva normativa sobre el traslado de residencia⁷⁵. La valoración de esta regla debe realizarse a la luz del Derecho comunitario. Mientras que, según la doctrina dominante, la teoría de la sede en los supuestos de traslado es considerada compatible con los principios comunitarios – ya que las restricciones del Estado de origen, al contrario de las planteadas por el Estado de destino, no son consideradas contrarias a la libertad de establecimiento por el Tribunal de Justicia – también resultará justificada la tributación por causa de la liquidación.

En efecto, existe un posterior proyecto normativo según el cual, desde una perspectiva simplificadora, no resultaría necesario ubicar en Alemania la sede administrativa de una sociedad por acciones o de una sociedad de responsabilidad limitada, con la finalidad de favorecer la competitividad de las sociedades alemanas⁷⁶. La entrada en vigor de la ley está prevista para la

⁷² W.-H. Roth in: Festschrift en homenaje a Heldrich, 2005, pág. 973, 991.

⁷³ § 11 KStG.

⁷⁴ Blumenberg/Lechner in Blumenberg/Schäfer, El "SEStEG", pág. 88.

⁷⁵ SEStEG.

⁷⁶ La referencia se contempla en el proyecto de ley destinado a modificar la normativa sobre las sociedades de responsabilidad limitada y lucha contra el abuso de 23 de mayo de 2007. La ley (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen [MoMiG] del 23.10.2008, BGBl. I, nr. 48, pag. 2026) ha sido aprobada por el Parlamento alemán y se encuentra en vigor desde el 1 de noviembre de 2008.

segunda mitad de 2008⁷⁷. Sin embargo, es posible que entre en vigor otra ley, cuya entrada en vigor ha sido anunciada para el 2009⁷⁸, en materia de derecho internacional privado respecto a las sociedades, las asociaciones y las personas jurídicas⁷⁹.

3. El traslado de la sede de una SE (Sociedad Europea) en el interior de la UE o del EEE.

En el ámbito europeo, recientemente se ha introducido la posibilidad de crear una sociedad capitalista bajo la forma de Sociedad Europea, cuya reglamentación se contiene en el Reglamento N. 2157/2001 y en las legislaciones de cada uno de los Estados miembros. Según el artículo 8, apartado 1, de este Reglamento⁸⁰, una Sociedad Europea puede trasladar su sede social de un Estado miembro a otro sin que ello suponga la disolución de la misma en el Estado de origen y la constitución de una nueva sociedad en el Estado de destino.

Desde un punto de vista fiscal – según establece el art. 10b de la Directiva sobre fusiones⁸¹ – el traslado de la sede no da lugar al gravamen de los elementos patrimoniales de la SE, si estos permanecen efectivamente vinculados con un establecimiento permanente de la SE en el estado miembro de origen y contribuyen a la obtención de los beneficios y pérdidas a efectos fiscales.

También el legislador alemán se ha adecuado a la nueva normativa europea y ha previsto que la pérdida de una obligación fiscal ilimitada como consecuencia del traslado de la sede social de una SE no implica el gravamen inmediato, a diferencia de cuanto resulta del § 11 del *KStG*. El modificado § 12 del *KStG* establece, ahora, que la pérdida de la subjetividad pasiva ilimitada no conduce

⁷⁷ Véase la nota 72, así como el art. 25 della MoMiG.

⁷⁸ Cfr. Franz/Leger, *Betriebsberater*, 2008, 678 y siguientes. El proyecto de ley puede consultarse en la página web del Ministerio de Justicia alemán alemán.

⁷⁹ El informe al proyecto de ley puede consultarse en la página www.gmbhr.de/volltext.htm.

⁸⁰ Reglamento N° 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, DOCE L 294, pág. 1.

⁸¹ Directiva 2005/19/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005.

a una tributación inmediata de las reservas ocultas existentes en el patrimonio de la sociedad si, en cualquier modo, permanece sujeta a la potestad impositiva alemana⁸². Ello supone que incluso en el supuesto de una SE se producirá un gravamen en el Estado de origen si Alemania pierde su propia potestad impositiva.

El supuesto más significativo en la práctica, es aquél en el cual el patrimonio, en el caso de traslado al extranjero, permanece en la esfera impositiva del Estado alemán, y aquella en la que los bienes de una persona jurídica permanecen en un establecimiento permanente ubicado en el territorio alemán (§ 49, apartado 1, n.º 2 letra a) del *ESTG*⁸³ en combinación con lo dispuesto en el § 8, apartado 1 del *KStG*⁸⁴ y del art. 7 del Modelo OCDE⁸⁵). Desde el punto de vista de la Administración fiscal alemana, se imputarán al establecimiento permanente aquellos bienes dotados de contenido económico que ayudan a la consecución de los objetivos del establecimiento permanente⁸⁶.

La regla según la cual, en ausencia de un patrimonio que se encuentre bajo la esfera impositiva alemana, el traslado de la sede de una SE implica la aparición de las reservas ocultas, presenta aspectos de dudosa compatibilidad con el Derecho comunitario. Sin embargo, resulta necesario tener presente que el legislador fiscal alemán ha modificado el § 12 del *KStG*⁸⁷ sobre la base del art. 10b de la Directiva sobre fusiones⁸⁸. En la doctrina alemana mayoritaria existe la convicción de que la regla de la mencionada Directiva de fusiones, en cuanto derecho derivado, podría ser incompatible con el Derecho comunitario originario, contenido en los artículos 43 y 48 del Tratado CE⁸⁹.

⁸² Blumenberg/Lechner in Blumenberg/Schäfer, El "SEStEG", pág. 80.

⁸³ § 49 (1), nr. 2, letra a) *ESTG*.

⁸⁴ § 8 (1) *KStG*.

⁸⁵ Art. 7 del Modelo OCDE.

⁸⁶ Cfr. con Blumenberg/Lechner in Blumenberg/Schäfer, El "SEStEG", pág. 81.

⁸⁷ § 12 *KStG*.

⁸⁸ Kinz/Goerg, *Deutsches Steuerrecht* 2005, 450, 451.

⁸⁹ Tratado CE.

V. Conclusiones.

El legislador tributario alemán, reaccionado a las sentencias *De Lasteyrie y N*, ha renovado la regulación de la imposición de salida, tratando de estructurarla de una manera compatible con el Derecho comunitario. Pero resulta dudoso que haya conseguido acertar plenamente en su intento. Del análisis de la formulación del § 6 del *AStG*⁹⁰ – norma concerniente a los inversores en sociedades capitalistas – resulta que el legislador ha derogado, como presupuesto para la suspensión del pago del impuesto, la condición restrictiva anteriormente vigente, uniformando con ello la jurisprudencia en la materia del Tribunal de Justicia. No obstante, continúa siendo problemático el hecho de que la eventual pérdida de valor de las participaciones, tras el traslado de la residencia, se considere sólo dentro de los límites de la plusvalía latente manifestada en el momento del traslado. Posteriores dudas de compatibilidad con la jurisprudencia comunitaria – como ya se ha evidenciado más arriba – se manifiestan también por las estrictas obligaciones de información a las que resulta sometido el contribuyente.

Además, está prevista – y este aspecto no ha sufrido modificaciones como consecuencia de la reforma – una obligación de gravar las reservas ocultas en el momento del traslado de un bien con contenido económico a un establecimiento permanente ubicado en el extranjero, si bien tal regla resulte mitigada por la regla de la suspensión del pago del impuesto (§ 4, apartado 1 del *EStG*⁹¹, § 12, apartado 1 del *KStG*⁹²). Pero también la disposición, a diferencia de lo que establece el § 6 del *AStG*⁹³, que establece una obligación de pago prorrateado del impuesto en un plazo de cinco años, plantea algunos problemas de compatibilidad desde una perspectiva de Derecho comunitario.

Según la opinión siempre dominante, la elección, de sociedades por acciones o de responsabilidad limitada, de trasladar su residencia al extranjero implica un supuesto de liquidación de la sociedad, con las consecuencias fiscales que de

⁹⁰ § 6 AStG.

⁹¹ § 4 (1) EStG.

⁹² § 12 (1) KStG.

⁹³ § 6 AStG.

ello se derivan. Sin embargo, ello no implica una vulneración del Derecho comunitario, ya que, al menos hasta que el Tribunal no cambie su orientación, las limitaciones al traslado no entran en conflicto con la libertad de establecimiento ni, principalmente, con los artículos 43 y 48 del Tratado⁹⁴.

⁹⁴ Tratado CE.