

## El impacto del Derecho Comunitario sobre la normativa holandesa en materia de *exit tax*

Suzanne Boers<sup>1</sup>

### Premisa

La legislación holandesa en materia de *exit tax* se articula a través de disposiciones específicas referidas ya a personas físicas que en determinadas situaciones transfieren su residencia al extranjero, ya a sociedades que pierden su *status* de residentes fiscales en los Países Bajos. En el presente trabajo dedicamos la parte "A" a la personas físicas mientras que en la parte "B" se analizará la normativa relativa a las empresas. Finalmente, la parte "C" contiene un cuadro general de la cuestión y algunas consideraciones conclusivas.

### A) Personas físicas

#### 1. *Exit taxes* aplicables a las personas físicas.

La legislación holandesa contiene numerosos ejemplos calificables de *exit taxes* aplicadas al cambio de residencia de las personas físicas. Así, el primer tipo hace referencia a la transferencia de personas físicas que

---

<sup>1</sup> Suzanne Boers es doctoranda de Derecho Tributario en la Universidad de Tilburg. Traducción a cargo de Daniel Casas Agudo. Doctor europeo en Derecho Tributario Europeo por la Universidad de Bolonia. Investigador del programa "Juan de la Cierva" (Ministerio de Ciencia e Innovación). Universidad de Granada.

poseen una participación relevante<sup>2</sup> en sociedades nacionales o extranjeras (a este tipo de *exit taxes* se refiere el caso *N*<sup>3</sup>). En este caso, el cambio de la residencia fiscal se equipara a la cesión de acciones. La plusvalía imponible será igual a la diferencia existente entre el coste de adquisición y el valor de mercado en el momento del traslado. El tributo se aplica mediante el método de comprobación cautelar: la efectiva recaudación se subordina a la venta de las acciones en el plazo de 10 años sucesivos al cambio de residencia o bien a la liquidación de la sociedad participada con el reparto del activo a los socios siempre dentro del mismo plazo de 10 años<sup>4</sup>. La normativa actual prevé que la recaudación se suspenderá *ex lege* en los casos de cambio de residencia a otro Estado Miembro de la UE<sup>5</sup>. Además, se reconoce el crédito por los impuestos pagados en el extranjero por la cesión de las participaciones<sup>6</sup>. Si transcurridos 10 años del cambio de residencia las acciones no se han cedido, la comprobación cautelar perderá su eficacia<sup>7</sup>.

La segunda tipología de *exit tax* aplicable a los casos de traslado de personas físicas hace referencia a los planes de pensión y a los seguros de vida. La base imponible viene constituida por el valor de mercado de los derechos consolidados durante la residencia en Holanda. La misma disposición se aplica también en el caso de transferencia de los derechos sobre el plan de pensión efectuado por un residente holandés a favor de un

---

<sup>2</sup> El artículo 4.6 de la Ley del Impuesto sobre la Renta (*Wet op de inkomstenbelasting*; en adelante *WIB*) del 2001 contiene una definición muy amplia de participación relevante, siendo a tal fin suficiente que el contribuyente posea el 5% por ciento del capital social.

<sup>3</sup> Corte de Justicia CE, sentencia del 7 de septiembre de 2006, C-470/04, caso *N*, que será examinado de un modo detallado *infra*.

<sup>4</sup> Art. 25, comma 8, de la Ley sobre recaudación de los impuestos (*Invorderingswet*; en adelante, *IW*) de 1990.

<sup>5</sup> En todos los demás casos la suspensión no opera *ex lege*, pero puede concederse previa solicitud y prestación de garantía idónea.

<sup>6</sup> El artículo art. 25, comma 5, letra b) *IW* 1990 establece que si la convención contra la doble imposición atribuye el poder impositivo a un Estado extranjero, la comprobación cautelar se reducirá en el montante de cuota efectivamente satisfecho en el extranjero; el crédito de impuesto reconocido no podrá, en ningún modo, superar el importe resultante de la comprobación cautelar.

<sup>7</sup> Art. 26, comma 2, *IW* 1990.

fondo extranjero<sup>8</sup>. En el caso de que el contribuyente hubiese gozado de deducciones en el impuesto sobre la renta a causa de las primas satisfechas por algunas categorías de pólizas de seguros (por ejemplo, los seguros de vida), se presume el pago del capital en un momento inmediatamente anterior al cambio de residencia del asegurado<sup>9</sup>. La aplicación de todos estos *exit taxes* sigue la regla de la comprobación cautelar<sup>10</sup>.

La tercera hipótesis de *exit tax* sobre las personas físicas se refiere al cambio de residencia y de la sede de la actividad por parte de empresarios individuales. Si todos los bienes de la empresa, o bien un sector de su actividad, se transfieren al extranjero y de un modo contemporáneo o sucesivo el empresario pierde su residencia fiscal en Holanda, se aplica un *exit tax*. Por lo que respecta a los impuestos sobre la renta, los bienes de la empresa transferida se consideran vendidos al valor corriente de mercado<sup>11</sup>. A diferencia de los dos tipos de *exit tax* anteriores, en el caso del empresario individual no se aplica la regla de la comprobación cautelar, pero se procede directamente a la recaudación independientemente de la efectiva enajenación. Una regla análoga rige también en el caso de la transmisión de la residencia fiscal de las sociedades (v. infra).

## 2. La base imponible de los *exit taxes* sobre las personas físicas.

De la exposición que precede se deduce que la legislación tributaria holandesa contempla tres tipos distintos de *exit taxes* aplicables a las personas físicas, con diferentes modalidades a su vez de determinación de la base imponible. El *exit tax* sobre las participaciones relevantes afecta al aumento de valor de las cuotas societarias. Las disposiciones relativas a los derechos sobre los planes de pensiones y a los seguros de vida implican por

---

<sup>8</sup> Art. 3.83 WIB 2001.

<sup>9</sup> Arts. 3.116, comma 4, y 3.136 WIB 2001.

<sup>10</sup> Art. 25, commi 5 y 6, IW 1990.

<sup>11</sup> Art. 3.60 WIB 2001.

su parte el gravamen de las primas deducidas en el impuesto sobre la renta holandés así como del valor de mercado de las aportaciones realizadas durante el periodo de residencia en los Países Bajos. Finalmente, el *exit tax* sobre los empresarios individuales se refiere a todos rendimientos de la empresa no sometidos a gravamen con anterioridad. Tales rendimientos comprenden el aumento de valor del patrimonio de la empresa así como las participaciones en otras sociedades.

### 3. La compatibilidad de los *exit taxes* holandeses sobre las personas físicas con el Derecho de la UE (a la luz de la jurisprudencia de la Corte de Justicia CE).

La doctrina holandesa ha dudado de la compatibilidad del *exit tax* sobre participaciones relevantes con el Derecho comunitario desde el momento de la introducción del instituto de la comprobación cautelar<sup>12</sup>. El debate en cuestión se enriqueció posteriormente con la causa *Lasteyrie du Saillant*.

El *exit tax* francés, sometido al examen de los jueces comunitarios en el caso *Lasteyrie du Saillant*, presentaba notables analogías con la disciplina del *exit tax* holandés en la época de los hechos. El cambio de domicilio fiscal al extranjero se equiparaba a la cesión de las participaciones relevantes. El efectivo pago del impuesto podía verse suspendido previa prestación de garantía bancaria con el fin de mantener al contribuyente bajo el control de la autoridad financiera francesa. Transcurridos 5 años, el Fisco renunciaba a la propia prestación tributaria. La Corte de Justicia ha considerado tal normativa francesa incompatible con el derecho de la UE, en tanto que esta implicaba una restricción de la libertad de establecimiento en contraste con

---

<sup>12</sup> Entre los numerosos estudios puede citarse el de G.H. DE SOETEN, *De internationale dimensie van het wetsvoorstel ter zake van winst uit aanmerkelijk belang*, en *WFR* 1996, pág. 1059. En un sentido contrario: J.W.J. DE KORT, *De emigratieheffing in de voorgestelde aanmerkelijkbelangregeling en de niet-strijdigheid met het Europees Verdrag*, en *WFR* 1996, pág. 1594.

el art. 52 (hoy 43) del Tratado CE. La Corte entendió que el *exit tax* francés no podía encontrar justificación en función de razones de interés público <sup>13</sup> Con anterioridad a la decisión de la Corte en el caso *Lasteyrie du Saillant*, la aplicación del sistema holandés de comprobación cautelar también se veía subordinado a determinadas condiciones. La suspensión de la recaudación se concedía sólo previa solicitud del contribuyente y tras la prestación de garantía bancaria que garantizase el pago futuro del tributo. Tras la sentencia *Lasteyrie du Saillant* el legislador holandés modificó el sistema de la comprobación cautelar eliminando las disposiciones restrictivas. La principal novedad consistió en la suspensión incondicional *ex lege* de la recaudación en los casos de cambio del domicilio fiscal al interior de la UE. Además, la comprobación cautelar podía ser igualmente reducida en función del menor valor, respecto a su determinación inicial, de las participaciones o de los derechos en el momento de su efectiva disposición. La ley de reforma fue aprobada a finales de 2004 con efecto retroactivo al 11 de marzo de 2004 (fecha de la sentencia de la Corte de Justicia) <sup>14</sup>. Modificaciones similares sufrió la regla de la comprobación cautelar en los supuestos de *exit taxes* aplicados a los derechos sobre planes de pensiones o seguros de vida de personas físicas (recordemos, el segundo tipo de *exit tax* sobre personas físicas).

El gobierno holandés considera que la disciplina de los *exit taxes* sobre personas físicas vigente desde el 11 de marzo de 2004 no representa un obstáculo al ejercicio de las libertades fundamentales sancionadas por el Tratado CE <sup>15</sup>. Dado que la cuestión no se ha reconducido a la teoría del acto claro, la Corte de Apelación de Arnhem ha elevado a la Corte de Justicia CE una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad del *exit tax*

---

<sup>13</sup> Sentencia de la Corte de Justicia CE de 11 de marzo de 2004, causa C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*.

<sup>14</sup> Ley de 16 de diciembre de 2004, *Stb.* 2004, n. 654.

<sup>15</sup> *Vid.* las respuestas del Gobierno holandés a la interrogación parlamentaria del 13 de abril de 2004, TK 2003-2004, en alegato a los actos parlamentarios. La misma posición se rebate en las sucesivas respuestas del viceministro de finanzas: es. de 9 febrero de 2005, TK 2004-2005, en alegato a los actos parlamentarios, de 23 noviembre 2005, TK 2005-2006, 30375, n. 2.

holandés sobre participaciones relevantes por parte de personas físicas que condujo a la sentencia del caso *N*. Este se refería al cambio de residencia en 1997 del Sr. *N.*, socio único de tres sociedades de responsabilidad limitada según el Derecho holandés, de los Países Bajos al Reino Unido. Al mismo tiempo, la sede de la administración efectiva de las tres sociedades citadas se transfería a las Antillas Holandesas. Cinco años después al citado cambio de residencia, el Sr. *N* había creado en el Reino Unido una empresa agrícola dedicada al cultivo de manzanos.

El contribuyente sufrió una comprobación cautelar referida a la presunta enajenación de las participaciones en las tres sociedades. La presentación de la solicitud de suspensión de pagos quedaba subordinada por la ley en la época en la que tuvieron lugar los hechos a la prestación de garantías.

Las dos primeras cuestiones prejudiciales hacían referencia a la calificación jurídica del caso bien como ejercicio de la libertad de establecimiento del art. 43 del Tratado CE o bien como ejercicio de la libertad de circulación del art. 18 del mismo Tratado. Dado que el Sr. *N.* inició su actividad económica en el Reino Unido cinco años después de su cambio de residencia, surgía la duda razonable de que tales actividades formaran parte de sus planes desde el principio. A este respecto, surgió la duda de si el *lapsus* de tiempo transcurrido desde el inicio de la actividad económica era o no relevante de cara a la aplicación del art. 43 del Tratado CE. En las conclusiones del Abogado General Kokott se afirmaba que la libertad de establecimiento hubiera podido invocarse sólo en el caso de que el Sr. *N.* hubiera pretendido ejercitarla desde el inicio, esto es, si hubiese sido previsible el inicio de una actividad empresarial en un Estado miembro distinto de la UE ya en el momento del cambio de residencia. En otro caso, el Sr. *N.* sólo hubiera podido invocar el art. 18 del Tratado CE <sup>16</sup>.

La Corte decidió que la situación del Sr. *N.*, residente en un Estado miembro y socio único de una sociedad establecida en un Estado Miembro distinto,

---

<sup>16</sup> Conclusiones del Abogado General Kokott de 30 marzo 2006, causa C-470/04, *N*.

cabía en la definición amplia establecimiento del art. 43 del Tratado CE <sup>17</sup>. La decisión fue criticada por la doctrina <sup>18</sup>, en particular porque la sede de administración efectiva de las sociedades fue transferida a las Antillas Holandesas. Como recordó la propia Corte, la jurisprudencia hoy es pacífica en la consideración del art. 43 del Tratado CE como *lex specialis* respecto al general derecho de todo ciudadano de la Unión a la circulación y establecimiento en el territorio de los Estados Miembros <sup>19</sup>. Así pues, el derecho de establecimiento –una vez comprobado en función de todos los elementos del caso concreto- prevalece sobre la general libertad de circulación *ex art. 18* del Tratado CE. La Corte no tomó en consideración la circunstancia de que el Sr. N. pudo no haber tenido una influencia sustancial en las decisiones de las sociedades administradas desde la Antillas Holandesas. Por esto aún permanece abierta la cuestión de si la creación de una empresa agrícola 5 años después del cambio de domicilio fiscal es calificable o no como ejercicio de la libertad de establecimiento. La valoración de todas las circunstancias del caso concreto también habría podido conducir a la conclusión de que se trataba de la libertad general de circulación del art. 18 del Tratado CE. Sin embargo, también en tal última hipótesis la respuesta de la Corte habría podido ser idéntica, en tanto que en la actualidad los jueces comunitarios tienden a aplicar los mismos criterios de verificación y causas de justificación a todas las libertades fundamentales <sup>20</sup>.

La tercera y la quinta cuestión del recurso prejudicial se referían a la compatibilidad del *exit tax* con el art. 43 del Tratado. La Corte ha creído que el *exit tax* sometido a su examen fuera una medida restrictiva en contraste

---

<sup>17</sup> Corte de Justicia CE del 7 de septiembre 2006, causa C-470/04, N, 26-29.

<sup>18</sup> Bert Zuijendorp, *The N-case: the European Court of Justice sheds further light on the admissibility of exit taxes but still leaves some questions unanswered*, en *EC Tax Review*, 2007, págs. 5-12.

<sup>19</sup> Corte de Justicia CE de 29 de febrero de 1996, causa C-193/94, Skanavi and Chryssanthakopoulos, 22 e Corte de Justicia CE de 7 septiembre de 2006, causa C-470/04, N, 21-23.

<sup>20</sup> Vid. I.J.J. Burgers, nota en *BNB*, 2006, pág. 253; Corte de Justicia CE de 27 de junio 1996, causa C-107/97, Asscher, ? 29; Corte de Justicia CE de 6 de junio de 2000, C-35/98, Verkooijen, 43 y sigs.

con la libertad de establecimiento <sup>21</sup>. Algunos de los elementos restrictivos presentes en el caso N -como la subordinación de la suspensión de recaudación a la constitución de garantías- ya han sido abolidos por el legislador holandés en consecuencia de la sentencia *Lasteyrie du Saillant*.

Otras restricciones indicadas por la Corte -como el nacimiento de la obligación tributaria por renta futura y la obligación de presentar la declaración tributaria al momento del traslado de la residencia- están todavía presentes en la normativa holandesa <sup>22</sup>.

Sin embargo, la Corte ha establecido que tales restricciones se justifican por la exigencia de tutelar el poder impositivo estatal, también a la luz de los Convenios contra la doble imposición suscritos entre los Estados Miembros, y que respetan el principio de proporcionalidad. Esta última conclusión de la Corte también ha sido objeto de críticas. En primer lugar, cabe imaginar medidas menos invasivas que la comprobación cautelar: para salvaguardar el poder impositivo de los Países Bajos sobre la plusvalía creada durante el período de residencia holandesa sería suficiente la mera determinación del valor de la participación, mientras que la comprobación real podría posponerse al momento de la efectiva disposición. De este modo el *exit tax* podría ser reemplazado con un sistema modular. Esta última solución prevé la subdivisión del poder tributario sobre las plusvalías derivadas de la participación entre el actual y anterior Estado de residencia en función a un acuerdo a nivel gubernativo. Para permitir la eficacia inmediata en los Estados Miembros la solución óptima sería la introducción de tal sistema modular por un Reglamento CE<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Corte de Justicia CE de 7 de septiembre de 2006, causa C-470/04, N, 34-39.

<sup>22</sup> La Corte consideró a tales elementos idóneos de por sí para representar restricciones a la libertad de establecimiento, en contraste con los argumentos del Gobierno holandés de los que *supra*.

<sup>23</sup> E.C.C.M. Kemmeren, *Nederlandse exitheffingen año 2005 zijn onhoudbaar. maar een passend alternatief is denkbaar*, in *WFR*, 2005, pág. 1613. Sobre el mismo argumento *vid.* también Bert zuijndorp, *op. ult. cit.*, quien sostiene que tal sistema permitiría a los Países Bajos tener en cuenta todas las condiciones personales del contribuyente y aplicar la alícuota del impuesto en vigor en el momento de la disposición, en orden a evitar un gravamen distinto respecto al soportado por los sujetos que conservaran su residencia en los Países Bajos.



La Corte reconoce que la necesidad de mantener el reparto del poder impositivo configura una causa de justificación válida, afirmando que a falta de armonización a nivel de la UE los Estados Miembros mantienen la competencia para definir, en vía convencional o unilateral, los criterios de tal reparto y parece razonable que se inspiren en la regla internacional, en particular, en el modelo de Convención OCDE<sup>24</sup>. Sin embargo, el art. 13, inciso 5, del modelo de Convención OCDE<sup>25</sup> atribuye exclusivamente el poder impositivo sobre las plusvalías de cesión de participaciones sociales al Estado de residencia de vendedor, por lo tanto la referencia a tal regla en el contexto del caso N parece una paradoja. Parece que la Corte de Justicia transforma la residencia de mero criterio de enlace territorial en elemento de cuantificación de la plusvalía en función del período de consolidación<sup>26</sup>.

La exigencia de salvaguardar el reparto del poder impositivo en el caso N se convierte en una causa de justificación válida, a pesar de que la Corte rechazara previamente tal argumento en la sentencia de *Laysterie du Saillant*<sup>27</sup>. En aquella ocasión, la Corte de Justicia creyó que el *exit tax* tenía exclusivamente una finalidad antielusiva y que la controversia no se refería al reparto del poder impositivo entre los Estados Miembros ni al derecho de la autoridad francesa de gravar las plusvalías latentes, sino sólo a la conformidad de tales medidas con el derecho de la UE.

La admisión de la necesidad de mantener el reparto de los poderes impositivos como causa de justificación significa que de hecho la Corte de Justicia interpreta el principio de coherencia como sensatez. El principio de

---

<sup>24</sup> Corte de Justicia CE de 7 de septiembre de 2006, causa C-470/04, N, 41-46.

<sup>25</sup> Modelo de Convenio de la OCDE de 15 de julio de 2005 sobre gravamen de rentas y capital.

<sup>26</sup> V. J.W.J. de Kort, *De emigratieheffing bij aanmerkelijk belang voor het Europese hof: een nieuwe start*, en WFR, 2006, pág. 1418. Además, la política holandesa de sobre tratados contra la doble imposición se aleja del Modelo OCSE en relación al art. 13, inciso 5, que es reemplazado con la previsión de mantenimiento del poder impositivo sobre las plusvalías por participaciones societarias en el Estado de procedencia por 10 (anteriormente 5) años desde la fecha de la expatriación.

<sup>27</sup> Cit. supra, 68.

coherencia aparece ulteriormente tratado en la reciente jurisprudencia de la Corte adquiriendo un valor económico en la lógica del mercado interior <sup>28</sup>.

En el caso *N* el juez de reenvío especificó que de los trabajos preparatorios resultaba una doble finalidad del *exit tax* holandés: la exigencia de un gravamen coherente sobre los incrementos de valor de las participaciones relevantes así como la prevención de cambios de residencia motivados exclusivamente por razones fiscales <sup>29</sup>. La Corte de Justicia creó que el *exit tax* holandés fue utilizado principalmente en el reparto del poder impositivo entre los Estados. Sin embargo, consideradas la estructura y las modalidades aplicativas del *exit tax* <sup>30</sup>, puede discutirse si la finalidad principal del gravamen en salida holandés es efectivamente el reparto del poder impositivo según el principio de territorialidad. La comprobación cautelar pierde eficacia tras 10 años desde el cambio de residencia, en el caso de enajenación efectiva de las participaciones se reconoce el crédito de impuesto extranjero y se tiene en cuenta de igual modo la eventual disminución del valor. Todo lo anterior, en nuestra opinión, lleva a la conclusión de que *exit tax* holandés se instituye en realidad con la finalidad de prevenir cambios de residencia temporales inspirados en razones de conveniencia fiscal <sup>31</sup>. En tal caso, la normativa tributaria holandesa presenta un carácter excesivamente general para ser admisible en la lógica antielusiva <sup>32</sup>. La Corte de Justicia, sin embargo, no ha seguido este razonamiento. En consecuencia, la actual disciplina de *exit tax* sobre participaciones relevantes, con comprobación cautelar y suspensión *ex lege*

---

<sup>28</sup> Corte de Justicia CE, 7 de septiembre de 2004, causa C-319/02, *Manninen* y las correspondientes conclusiones del Abogado General Kolkot; Corte de Justicia CE, 13 de diciembre de 2005, causa C-446/03, *Marks & Spencer* y las correspondientes conclusiones del Abogado General Maduro. En idéntico sentido, *vid.* F. Vanistendael, *Cohesion: the phoenix rises from his ashes*, en *EC Tax Review*, 2005, págs. 208-222

<sup>29</sup> Conclusiones del Abogado General en el caso *N*, cit. 89.

<sup>30</sup> Cfr. casi *Manninen*, cit., 43 e *Lasteyrie du Saillant*, cit., 62-67.

<sup>31</sup> Cfr. E.C.C.M/Kemmeren, en *WFR*, 2005, pág. 1613, cit.; IFA *Cahiers de Droit Fiscal International*, *The tax treatment of transfer of residence by individuals*, Volume LXXXVIIb, 2002, págs. 66 y 414.

<sup>32</sup> Cfr. caso *Lasteyrie du Saillant*, cit., 51. V. de igual modo Corte de Justicia CE, de 17 de julio de 1997, caso C-28/95, *Leur-Bloem*, 44 y Corte de Justicia CE, de 12 de diciembre de 2002, caso C-234/00, *Lankhorst-Hohorst*, 37.

de la recaudación, se ha considerado conforme al Derecho de la UE por parte de la Corte de Justicia.

La conclusión a la que llegó la Corte de Justicia en el caso *N* se sitúa en el sentido de la compatibilidad comunitaria del *exit tax* holandés sobre las personas físicas titulares de participaciones societarias relevantes en la configuración que este recibió tras las modificaciones adoptadas tras la sentencia *Lasteyrie du Saillant*. El *exit tax* lleva a la comprobación cautelar con la suspensión *ex lege* de la recaudación sin necesidad de garantía alguna. La Corte ha establecido que las normas restrictivas actualmente vigentes en la normativa holandesa pueden justificarse en la necesidad de salvaguardar la distribución del poder impositivo entre Estados Miembros siempre que puedan considerarse proporcionales respecto a la finalidad perseguida. Las observaciones sobre la relevancia de la libertad de establecimiento en el caso *N* y las finalidades del *exit tax* holandés no influyeron en la decisión final de la Corte. Con toda probabilidad las analogías del sistema de comprobación cautelar condujeron a la Corte a las mismas conclusiones también en relación al *exit tax* sobre los fondos de pensiones y los seguros de vida.

Sin embargo, las sentencias *Lasteyrie du Saillant* y *N* no legitiman en el plano comunitario el tercer tipo de *exit tax* sobre las personas físicas –el de transferencia al extranjero de empresas individuales-. De hecho, en este caso no se aplica el método de comprobación cautelar, sino que se procede a la recaudación inmediata en el momento de la transferencia de la empresa al extranjero sin posibilidad de suspender el pago. En la medida en que el *exit tax* sobre empresas individuales se estructura de un modo análogo al que se aplica a la transferencia de sociedades, el examen de su compatibilidad comunitaria se realizará *infra*.

4. Exit taxes aplicados a las personas físicas – perfiles de discriminación respecto a los ciudadanos holandeses.

La regla general prevé el sometimiento de todos los residentes holandeses al *exit tax* sobre participaciones relevantes con independencia de la residencia fiscal de la sociedad participada. Sin embargo, se excepcionan los contribuyentes que hayan residido en los Países Bajos por un lapso de tiempo limitado. Si el periodo de residencia del titular de la participación relevante no supera los 8 años seguidos (y 10 años totales en los últimos 25 años) y la sociedad participada no es residente a efectos fiscales en los Países Bajos, el *exit tax* no se aplicará <sup>33</sup>. Tal excepción se previó para evitar una carga fiscal desalentadora respecto a personas que se encuentra en los Países Bajos sólo de paso. Por este motivo, el legislador holandés renuncia a la imposición de las plusvalías relativas a las participaciones extranjeras de las que sean titulares residentes temporales.

Durante los trabajos preparatorios de la ley surgió la cuestión de si esta exención prevista para las personas físicas que hubieran residido en los Países Bajos menos de 8 años continuados y tuvieran participaciones relevantes en sociedades extranjeras respetaba el principio de igualdad<sup>34</sup>. Ciudadanos extranjeros que posean participaciones en sociedades extranjeras y que residan en los Países Bajos por un período relativamente breve antes de transferir la propia residencia reciben un tratamiento fiscal más favorable respecto de los otros titulares de participaciones relevantes en sociedades holandesas o extranjeras. La distinción se justifica por el hecho de que estos residentes temporales presentan un vínculo más débil con los Países Bajos respecto a los otros titulares de participaciones relevantes <sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Art. 4.18 *WIB* 2001.

<sup>34</sup> Como establecen los arts. 14 CEDU y art. 26 PIDCP.

<sup>35</sup> Trabajos parlamentarios sobre *WIB* 2001, 1999/2000, 26727, núm. 7, págs. 512-513.

Si embargo, cabe dudar de que tal diferencia de tratamiento sea conforme con el derecho de igualdad y el Derecho de la UE <sup>36</sup>. Por ejemplo, un ciudadano holandés titular de acciones en una sociedad francesa, que transfiere su propia residencia de los Países Bajos a Francia, tendrá un tratamiento fiscal menos favorable que un residente temporal que posea una participación idéntica y que haya vivido en los Países Bajos menos de 8 años antes de transferirse a Francia. En tal situación los ciudadanos holandeses encuentran más obstáculos en el ejercicio de sus libertades fundamentales que aquellos que residen de un modo temporal. Es difícil justificar tales obstáculos siguiendo el razonamiento de la Corte de Justicia propuesto en el caso N dado que no hay un motivo razonable para someter a gravamen la plusvalía generada durante el período de residencia nacional por las participaciones extranjeras detentadas por los ciudadanos holandeses y renunciar a la misma pretensión tributaria respecto a los contribuyentes que hayan residido en los Países Bajos durante un período de tiempo más breve.

5. Exit tax aplicable a las personas físicas – la transferencia a un Estado Miembro de la UE frente a los cambios de residencia a Estados SEE y Estados terceros.

Como se ha apuntado con anterioridad, el procedimiento de comprobación cautelar en la aplicación de un *exit tax* ha sido reformado tras (y con efecto retroactivo respecto a su fecha de salida) la sentencia de la Corte de Justicia sobre el caso *Lasteyrie du Saillant*. Entre las modificaciones encontramos la abolición de los requisitos necesarios para acceder a la suspensión del pago del tributo con la previsión de un reenvío *ex lege* de la recaudación sin necesidad solicitud o garantía alguna en el caso de cambio de residencia a

---

<sup>36</sup> R.P.C. CORNELISSE - A.J. VAN SOELEN, *Wetsontwerp herziening aanmerkelijk-belangregime, consumptieve rente en vermogensbelasting (IX)*, ien *FED*, 1996, pág. 815.

un Estado Miembro de la UE. Lo anterior, no obstante, significa que tales condiciones para la suspensión se aplican a las personas físicas que transfieren su residencia a un Estado SEE (Espacio Económico Europeo) o bien a un país tercero. Habida cuenta de que la Corte de Justicia ha considerado no compatible con el derecho de la UE el requisito consistente en la prestación de una garantía, con toda probabilidad tal condición violará también el acuerdo SEE <sup>37</sup>.

En relación a los países terceros, se plantea la cuestión de si puede invocarse la libertad de circulación de los capitales y de los pagos del art. 56 del Tratado CE. En el caso *Van Hilten-van der Heijden* la Corte de Justicia consideró que el mero cambio de residencia de un Estado a otro no entra en el ámbito de aplicación del art. 56 del Tratado CE <sup>38</sup>. Por tanto, en la mayor parte de los cambios de residencia hacia el extranjero las circunstancias del caso podrían determinar la inclusión del hecho en cuestión en el ámbito de los arts. 18 o 43 del Tratado CE que no son aplicables en las relaciones con Países terceros.

El Gobierno holandés sostiene que las garantías son necesarias y proporcionales en el caso de cambio de residencia a Estados SEE y Estados terceros debido a la ausencia de Convenios internacionales sobre intercambio de información y asistencia en la recaudación con tales países. Sin embargo, los Países Bajos han concluido numerosas convenciones contra la doble imposición que prevén asistencia recíproca en materia fiscal, incluso con Islandia y Noruega. En nuestra opinión, la exigencia de requisitos para la suspensión de la recaudación debe ser eliminada también en el caso de cambio de residencia a otro Estado SEE <sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Los arts. 31 e 40 del Acuerdo SEE poseen un tenor literal análogo al de los arts. 43 e 56 del Tratado CE y deben ser interpretados del mismo modo *ex art. 6* del Acuerdo SEE (la orientación confirmada también por la Corte EFTA, sentencia de 23 de noviembre de 2004, caso E-1/04, *Fokus Bank*).

<sup>38</sup> Corte de Justicia CE, sentencia de 23 de febrero de 2006, caso C-513/03, *Van Hilten-van der Heijden*, 49.

<sup>39</sup> Cfr. E.C.M.M. KEMMEREN en *WFR*, 2005, pág. 1613, cit.

**B) Empresas (de forma societaria e individual)**

La presente parte se dedicara a los *exit taxes* aplicables a los casos de transferencia de empresas individuales seguidos al cambio de residencia del titular y de modificación de la residencia fiscal de las sociedades. La exposición será precedida de una breve premisa sobre Derecho mercantil en materia de cambio de residencia de personas jurídicas. El análisis de la normativa nacional será realizado a la luz del Derecho de la UE, prestando particular atención a la jurisprudencia de la Corte de Justicia.

6-7. La disciplina mercantil sobre la transmisión de la sede por parte de las sociedades de derecho holandés y la normativa sobre *exit tax*.

Los tipos societarios más difundidos en la *praxis* mercantil son BV (*besloten vennootschap*), la sociedad de responsabilidad limitada, y NV (*naamloze vennootschap*), la sociedad por acciones. El Impuesto sobre la Renta de las Sociedades prevé la plena subjetividad pasiva de los BV, NV y de otros entes, entre los que encontramos un tipo de sociedad de personas de responsabilidad limitada, otras sociedades de capital, cooperativas y –en cuanto que realizadores de actividades comerciales- asociaciones y fundaciones <sup>40</sup>.

En virtud a la normativa civil las sociedades, cuando el procedimiento de su constitución se ha perfeccionado en los Países Bajos, continúan siendo personas jurídicas según el derecho holandés aún cuando con posterioridad la sede de la administración efectiva de esta se transfiere al extranjero <sup>41</sup>. El Código Civil exige que las sociedades de derecho holandés tengan su sede legal en los Países Bajos mientras que la sede de la administración podrá hallarse en cualquier otro lugar. La transferencia de la sede de

---

<sup>40</sup> Art. 2, comma 1, de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Sociedades (*Wet op de vennootschapsbelasting*, en adelante *WVB*) de 1969.

<sup>41</sup> Art. 2 de la Ley societaria ("conflictos de ley").

administración al extranjero no comportará, pues, la disolución de la sociedad. El sistema holandés es reconducible a la teoría de la constitución, en contraposición con la teoría de la sede difundida en algunos Estado Miembros <sup>42</sup>.

Además, los entes de derecho holandés se considerarán siempre fiscalmente residentes en los Países Bajos a los fines del IRES prescindiendo de la efectiva sede de la administración. Sin embargo, este último criterio posee un carácter subsidiario a los fines de establecer la residencia fiscal de los entes de derecho extranjero <sup>43</sup>. Dado que la mayor parte de los países aplica el criterio de sujeción territorial de la sede administrativa (a veces en combinación con la presunción de residencia en el Estado de la sede legal), la transmisión de la sede efectiva al extranjero de una parte de una sociedad de derecho holandés comporta su exposición al riesgo de una doble imposición. El remedio normal contra dichas consecuencias negativas viene representado por los Convenios bilaterales contra la doble imposición<sup>44</sup>. En virtud del art. 4, párrafo 3, del Modelo OCDE <sup>45</sup>, la sede de la administración efectiva constituye el criterio de sujeción decisivo para determinar la residencia fiscal de una persona jurídica. Por tanto, a excepción de algunas hipótesis concretas, una sociedad de derecho holandés con sede de administración efectiva en el extranjero no contraerá obligaciones fiscales en los Países Bajos en virtud del reparto de poder impositivo entre los Estados sobre el criterio de las reglas convencionales para la determinación de la residencia fiscal.

Como ya hemos dicho, la transmisión de la sede efectiva de administración al extranjero no comporta la disolución de la sociedad. Sin embargo, se aplicará un *exit tax* sobre la transmisión del domicilio fiscal de la sociedad. El tributo se aplicará sobre las plusvalías generadas por los bienes que saldrán del ámbito de soberanía impositiva de los Países Bajos. Para

---

<sup>42</sup> Por ejemplo, Italia, España, Portugal, Bélgica, Alemania, Francia, Luxemburgo y Austria.

<sup>43</sup> Art. 4, comma 1, de la ley general tributaria.

<sup>44</sup> Si la Convención contiene disposiciones análogas al art. 4, comma 3, del modelo OCDE.

<sup>45</sup> Modelo de Convenio de la OCDE de 15 de julio de 2005 sobre gravamen de rentas y capital.



determinar la base imponible se presume la venta del patrimonio al valor de mercado en el momento inmediatamente anterior al cambio de residencia. Además, en el último año de residencia fiscal se someterán a imposición todos los beneficios no distribuidos <sup>46</sup>. En consecuencia, en el caso de transmisión de la sede de administración de una sociedad de derecho holandés se aplicará un *exit tax* salvo que los bienes en cuestión no permanezcan sujetos a tasación en los Países Bajos (como por ejemplo, cuando los citados bienes están asignados a un establecimiento permanente). Además, el *exit tax* se aplica a las sociedades de derecho holandés que, en virtud de Convenios contra la doble imposición, no sean consideradas ya *de facto* residentes fiscales en los Países Bajos a causa de la transmisión de su sede de administración. Sin embargo, estarán exentas del *exit tax* los bienes y rentas que, en virtud de los citados Convenios, permanezcan sujetos a imposición holandesa.

El *exit tax* sobre las sociedades está sometido a un procedimiento de aplicación análogo al previsto para el gravamen en salida de los empresarios individuales. En ambos casos se someten a imposición las reservas latentes del patrimonio empresarial, incluidos la aplicación y la revocación de los incentivos fiscales de naturaleza suspensiva. Debe destacarse en estas hipótesis la falta de aplicación de la comprobación cautelar a favor de la recaudación inmediata en el momento del cambio de la residencia fiscal incluso en los supuestos en los que este finalmente no tenga lugar <sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Arts. 15c y 15d *WVB* 1969.

<sup>47</sup> A diferencia de los procedimientos para los *exit tax* sobre participaciones relevantes y sobre los derechos sobre planes de pensiones y seguros de vida aplicados a las personas físicas.

8-9. La compatibilidad comunitaria de los *exit taxes* holandeses sobre sociedades con el Derecho de la UE (a la luz de la jurisprudencia de la Corte de Justicia CE).

El Gobierno holandés ha puesto de relieve en varias ocasiones que la sentencia *Lasteyrie du Saillant* (y el desarrollo que esta doctrina ha tenido lugar en el caso *M*) no interfiere de ningún modo con los *exit taxes* holandeses sobre sociedades y empresas individuales. La posición holandesa aún hace referencia a la sentencia *Daily Mail*<sup>48</sup>, que estableció la legitimidad de los *exit taxes* aplicados a las empresas, posición que no se considera superada por los pronunciamientos *Lasteyrie du Saillant* y *N*, referidos a las hipótesis de cambio de residencia por parte del titular de participaciones relevantes. En relación al *exit tax* aplicado a las empresas individuales, se ha sostenido que no se genera el problema de disparidad de tratamiento en tanto que los empresarios individuales que trasladan la misma residencia dentro del País tienen que afrontar la recaudación inmediata de todas las pretensiones tributarias suspendidas. Sobre la base de tales argumentaciones los Países Bajos no han revisado la necesidad de una modificación de la disciplina de los *exit tax* sobre sociedades y empresas individuales<sup>49</sup>. En nuestra opinión, la posición oficial es infundada. En primer lugar, el problema de la compatibilidad con el Derecho de la UE del *exit tax* sobre sociedades no se ha resuelto en el caso *Daily Mail* en cuanto que esta sentencia se refería sólo a aspectos mercantiles pero no fiscales. En la sentencia *Daily Mail* la Corte de Justicia afirmó que la libertad de establecimiento no comporta para las sociedades un reconocimiento del derecho a transferirse sin consecuencia jurídica alguna. Esta afirmación se ha interpretado en el sentido de falta de extensión de las libertades de establecimiento a las sociedades. Sin embargo, esto se

---

<sup>48</sup> Corte de Justicia CE, sentencia de 27 de septiembre de 1998, caso C-81/87, *Daily Mail*.

<sup>49</sup> Cfr. Respuesta del Gobierno en la sesión parlamentaria del 13 de abril de 2004, TK 2003-2004, del 9 de febrero de 2005, TK 2004-2005, del 14 de diciembre de 2004, TK 2004-2005, 29758 y 29678, núm. 10 y del 23 de noviembre de 2005, TK 2005-2006, 30375, núm. 2.

hallaría en contraste con el art. 48 del Tratado de la UE, que prevé la igualdad de tratamiento entre las sociedades constituidas conforme a la legislación de un Estado Miembro que tengan su sede social en la UE y las personas físicas que posean la ciudadanía de uno de los Estados Miembros<sup>50</sup>. El pronunciamiento de la Corte de Justicia en el caso *Uberseering* ha aclarado que la libertad de establecimiento se refiere también a las sociedades que transfieren su sede efectiva<sup>51</sup>, con la consiguiente necesidad de verificar la compatibilidad de los *exit tax* sobre las sociedades con el derecho de la UE<sup>52</sup>. No obstante, la respuesta a la cuestión de la compatibilidad comunitaria del *exit tax* sobre las sociedades, actualmente en discusión en los Países Bajos, no se encuentra en las sentencias *Daily Mail* y *Uberseering*. Como ya hemos apuntado, el Derecho mercantil holandés sigue la doctrina de la constitución que no prevé la disolución de la sociedad tras el cambio de la sede de administración efectiva. En consecuencia, el *exit tax* no encuentra su fundamento en la disciplina civilista, sino exclusivamente en la pérdida de la residencia fiscal en los Países Bajos<sup>53</sup>. La falta de armonización a nivel comunitario de las consecuencias civilistas de la transmisión de la sede societaria efectiva es irrelevante en orden a valorar la compatibilidad del *exit tax* holandés con el Derecho de la UE. La Corte de Justicia no se ha pronunciado sobre este aspecto netamente fiscal ni en el caso *Daily Mail* ni en el *Uberseering*<sup>54</sup>. Por otro lado, la tesis de la irrelevancia de las sentencias *Lasteyrie du Saillant* y *N* respecto al *exit tax* societario es difícilmente sostenible. La doctrina ha puesto de relieve la importancia de dichos pronunciamientos

---

<sup>50</sup> Cfr. A.C. VAN EDE, *De eindafrekening is nog (steeds) niet EU-proof*, in *WFR*, 2002, p. 735.

<sup>51</sup> Corte de Justicia, sentencia de 5 de noviembre 2002, caso C-208/00, *Uberseering*.

<sup>52</sup> Como resulta de igual modo del sexto considerando de la Directiva 2005/19/CE de 17 de febrero de 2005, que modificó la Directiva 90/434/CE.

<sup>53</sup> J.W. BELLINGWOUT e J.L. VAN DE STREEK, *Fiscale aspecten van de Societas Europea II*, es *MBB*, 2004, pág. 61; B.J. KIEKELD, *De Wet op de Vennootschapsbelasting (2007) EU-Proof: problemen in het heden als lering voor de toekomst*, en *MBB*, 2004, pág. 331; DENNIS WEBER, *Exit Taxes on the Transfer of Seat and the Applicability of the Freedom of Establishment after Uberseering*, en *European Taxation*, 2003, págs. 350-354.

<sup>54</sup> Cfr. E.C.C.M. KEMMEREN in *WFR* 2005, pág. 1613, cit. Contra, M.J.C. MERKUS, *Emigratieheffingen in de vennootschapsbelasting - art. 15c en 15d Wet VPB 1969 getoetst aan het EG-verdrag*, en *WFR*, 2006, pág. 1293.

también en relación a los *exit taxes* sobre sociedades <sup>55</sup>. Este posicionamiento ha sido recientemente confirmado por la Comisión CE en la comunicación del 19 de diciembre de 2006 "Gravamen en salida y necesidad de coordinación de las políticas fiscales de los Estados Miembros"<sup>56</sup>. Según la Comisión, la interpretación de la libertad de establecimiento emanada por la Corte de Justicia CE en el caso *Lasteyrie du Saillant* en relación a los *exit tax* aplicables a las personas físicas, posee consecuencias directas también sobre los *exit taxes* aplicados a las sociedades. En apoyo de su tesis (que nosotros compartimos), la Comisión evidencia que en la sentencia de *Lasteyrie du Saillant* la Corte hacía referencia casi siempre al "contribuyente" y no a la "persona física titular de participaciones". Además, la Corte de Justicia cita el caso *Lasteyrie du Saillant* en la sentencia *Sevic systems AG*<sup>57</sup>, emanada en materia de fusiones societarias transfronterizas. En consecuencia, los principios enunciados por la Corte en los casos de *Lasteyrie du Saillant* y *N* deben considerarse aplicables también a los cambios de residencia fiscal de las sociedades. Por tanto, la referencia exclusiva a la sentencia *Daily Mail* no es suficiente para blindar la posición oficial del Gobierno holandés.

La ausencia de una postura oficial sobre la ausencia de disparidad de tratamiento es discutible también en relación al *exit tax* sobre empresarios individuales que transfieren su actividad al extranjero. De hecho, el establecimiento de empresas individuales extranjeras en los Países Bajos no siempre comporta el cese de la actividad con el consiguiente cierre de la posición fiscal. Si el tipo de actividad no se modifica, el establecimiento de una empresa en territorio nacional no hará surgir nuevas obligaciones fiscales, mientras que en el caso de cambio de residencia al extranjero (donde la actividad se continua) se aplica un *exit tax*. Así pues, existe una disparidad de tratamiento entre los cambios de residencia de empresas

---

<sup>55</sup> Cfr. S. Kotanidis, *French Exit Tax Incompatible with the Freedom of Establishment*, en *European Taxation*, 2004, págs. 375-383.

<sup>56</sup> Comisión de la CE, 19 de diciembre de 2006, COM (2006) 825 definitivo, pág. 10.

<sup>57</sup> Corte de Justicia CE, sentencia de 13 diciembre de 2005, causa C-411/03, *Sevic Systems AG*.

individuales según éstos se hagan hacia el territorio nacional o con carácter transfronterizo <sup>58</sup>.

De este modo, los *exit tax* aplicados a las sociedades y a las empresas individuales representan un obstáculo al ejercicio de las libertades de establecimiento previstas en los arts. 43 y 48 del Tratado CE. En base a la jurisprudencia comunitaria antes examinada, tales restricciones podrían justificarse en la necesidad de salvaguardar el reparto del poder impositivo, en particular, con el fin de evitar la doble imposición entre los Estados Miembros. En los Países Bajos los usos comerciales consienten el reenvío de la imposición sobre las reservas latentes de las sociedades y empresas. Sin embargo, tales reservas serán sometidas a gravamen en el momento de traslado al extranjero. Una justificación que se apoya sobre el principio de coherencia debería, por tanto, implicar el mantenimiento del poder impositivo sobre las rentes obtenidas durante el período de residencia holandés. Sin embargo, las consecuencias fiscales deberán ser adecuadas y estrictamente las necesarias para tal fin. Obviamente, este último requisito no se satisface: la aplicación del *exit tax* lleva a la imposición inmediata de los beneficios aún no generados en el momento del cambio de residencia de la empresa. El carácter desproporcionado de la imposición inmediata (y su consiguiente contrariedad con el derecho de la UE) se ha afirmado claramente por la Corte de Justicia en los casos *X* e *Y*<sup>59</sup>. En dichas ocasiones, la Corte ha precisado que la coherencia puede conseguirse a través de medidas menos agresivas, de naturaleza puramente cautelar. Gracias a las sentencias *Lasteyrie du Saillant* y *N* se puede afirmar que la exigencia de garantía bancaria es excesiva, mientras que el sistema de comprobación cautelar actualmente en vigor en los Países Bajos constituye una medida adecuada.

---

<sup>58</sup> Cfr. E.C.C.M. KEMMEREN en *WFR* 2005, pág. 1613, cit

<sup>59</sup> Corte de Justicia, sentencia de 21 de noviembre 2002, causa C-436/00, *X* e *Y* (II), 59.

10. La jurisprudencia nacional en materia de *exit tax*.

No ha sido posible hallar en la jurisprudencia nacional causas actualmente pendientes en materia de *exit tax* aplicables a la transmisión de sociedades y empresas individuales. En 1997 la Corte Suprema de los Países Bajos (en adelante, *Hoge Raad*) estableció –sin reenviar la cuestión a las Corte de Justicia- que los *exit tax* aplicables a las sociedades no eran contrarios con el derecho de la UE <sup>60</sup>. El caso hacía referencia al traslado de la sede efectiva de una BV del sector hostelero desde los Países Bajos a Bélgica (con la continuación de la actividad). En el caso concreto la Hacienda holandesa no llevó a cabo ningún tipo de pretensión impositiva sobre las plusvalías en tanto que todas las reservas latentes venían referidas a hoteles situados en Bélgica. Tratándose de un caso muy particular y a falta de un reenvío prejudicial a la Corte de Justicia, la sentencia de 1997 no puede considerarse un precedente válido de referencia en materia de compatibilidad comunitaria de *exit taxes* sobre sociedades<sup>61</sup>. En cualquier caso, a la luz de cuanto hasta ahora hemos dicho, tal pronunciamiento puede considerarse de hecho superado por las sentencias de la Corte de Justicia en los casos *Lasteyrie du Saillant* y *N*<sup>62</sup>.

No es nada fácil para los contribuyentes holandeses cambiar el *status quo*. Para evitar el riesgo de exposición a la aplicación de un *exit tax* se buscan modalidades alternativas de reorganización comercial. Ello explica también la ausencia en la jurisprudencia nacional de precedentes o causas pendientes en materia de *exit tax* sobre sociedades.

Sin embargo, sí existen algunos ejemplos recientes en la jurisprudencia nacional relativos a *exit taxes* sobre las personas físicas. Las novedades hacen referencia a la compatibilidad del sistema de comprobación cautelar frente a los titulares de participaciones relevantes con los Convenios de

---

<sup>60</sup> Corte Suprema de los Países Bajos, sentencia de 27 de agosto de 1997, núm. 32333, publicada en *BNB*, 1998, pág. 50.

<sup>61</sup> J.W. BELLINGWOUT, *Zetelverplaatsing: afrekening over stille reserves*, en *TFO*, 1997, pág. 179.

<sup>62</sup> Cfr. E.C.C.M. KEMMEREN en *WFR* 2005, pág. 1613, cit.

Doble Imposición suscritos por los Países Bajos. Actualmente existen algunas causas pendientes en la *Hoge Raad*.

Un ejemplo significativo viene representado por la sentencia de la Corte de Apelación de Hertogenbosch de 15 de septiembre de 2005<sup>63</sup> la cual estableció que la comprobación cautelar llevada a cabo a una persona física titular de participaciones relevantes tras la transmisión de su residencia de los Países Bajos a Bélgica en 1998 era contraria a la Convenio Belga-Holandés contra la doble imposición de 1970. Este Convenio se aleja del art. 13.5 del Modelo OCDE <sup>64</sup> en tanto que consiente al Estado de origen mantener el poder impositivo sobre las plusvalías derivadas de las cesiones de participaciones en sociedades residentes en el mismo Estado durante los cinco años sucesivos a la transmisión de la residencia.

Por tanto, durante dicho período el poder impositivo belga se ve circunscrito por la pretensión prolongada del fisco de los Países Bajos sobre las plusvalías de cesiones de participaciones en sociedades holandesas <sup>65</sup>. La Corte de Apelación de 's-Hertogenbosch consideró que la introducción en la legislación holandesa del *exit tax* aplicado a los titulares de participaciones relevantes a través de la comprobación cautelar representaba la extensión unilateral y posterior del poder impositivo holandés sobre las plusvalías desde los 5 a los 10 años. La Corte de Apelación determinó que la ficción que introducía el poder impositivo holandés sobre las plusvalías potenciales y dividendos futuros iba en contra de la buena fe sancionada en la Convención de Viena<sup>66</sup>. En particular, la Corte de Apelación de 's-Hertogenbosch hizo mención a un precedente de la *Hoge Raad* relativo a las

---

<sup>63</sup> Corte de Apelación de 's-Hertogenbosch, sentencia de 15 de septiembre de 2005, núm. 03/0689.

<sup>64</sup> Modelo de Convenio de la OCDE de 15 de julio de 2005 sobre gravamen de rentas y capital.

<sup>65</sup> La Convención entre los Países Bajos y Bélgica ha sido modificada con efectos a partir del 2001. La nueva formulación del art. 13. inciso 5 permite a los Países Bajos someter a gravamen las plusvalías de cesión de participaciones relevantes por los 10 años siguientes al traslado de la residencia a condición de que el contribuyente haya sido sometido a comprobación cautelar.

<sup>66</sup> Arts. 26, 27 y 31 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969.

ficciones en materia salarial con referencia al Convenio belga-holandés de 1970. También en el citado caso la disposición legislativa holandesa se calificó de extensión unilateral y posterior del poder impositivo holandés realizada en contraste con el principio de buena fe<sup>67</sup>. Recientemente, se ha depositado en el procedimiento en cuestión el parecer del p.m. Wattel. Alejándose de las conclusiones de la Corte de Apelación, el p. m. sostiene que el Convenio belga-holandés de 1970 (como todos los Convenios bilaterales suscritos por los Países Bajos antes de 1997) no contiene ninguna previsión sobre el reparto del poder impositivo en relación a las plusvalías generadas por la cesión de participaciones societarias<sup>68</sup>.

Por consiguiente, según el p.m., no se delinea una hipótesis de *treaty override* o, en todo caso, de violación del principio *pacta sunt servanda*. En efecto, el método de comprobación puede entenderse aplicado no sobre una renta ficticia, sino efectiva, aunque no se hubiese generado el incremento del valor de las participaciones. El p.m añade que en tales casos los Países Bajos eximen las rentas que por su naturaleza no deberían ser sometidas a imposición holandesa. Los componentes de renta no son recalificados por la legislación nacional en orden a atribuir unilateralmente el poder impositivo sobre rentas que de otro modo no hubieran estado sometidas a tasación en los Países Bajos. Además, la legislación holandesa reconoce el crédito por el impuesto pagado en el extranjero en respeto del poder impositivo primario del Estado de nueva residencia (Bélgica). Tomando en consideración todo lo anterior, p.m. entendió que el último caso presenta diferencias sustanciales respecto a los precedentes del *Hoge Raad* en relación a las ficciones en materia salarial y de traslados de fondos jubilatorios, a los que hace

---

<sup>67</sup> *Hoge Raad* de 5 de septiembre de 2003, núm. 37651, en *BNB* 2003, pág. 379. Cfr. También *Hoge Raad* de 5 de septiembre de 2003, núms. 37670 y 37657, en *BNB* 2003, págs. 380-381; *Hoge Raad* de 13 de mayo de 2005, núms. 39144, 39610, 39113 y 40192, en *BNB* 2005, págs. 232-235.

<sup>68</sup> Aunque la citada disposición se aleja del modelo de Convención OCDE, el reparto del poder impositivo entre Estados sigue el criterio de la residencia del titular de la participación mientras que no se prevea alguna forma de sistema modular que divida la plusvalía entre los dos Estados tomando como criterio el período de maduración.



referencia la sentencia del Tribunal de Apelación de 's-Hertogenbosch <sup>69</sup>. Según el p.m. Wattel el sistema de comprobación cautelar aplicado a los titulares de participaciones relevantes que se trasladan al extranjero no está en contraste con la Convención contra la doble imposición concluida entre los Países Bajos y Bélgica en 1970. Sin embargo, tales conclusiones precisan alguna observación. La premisa de la falta de reglamentación convencional del reparto del poder impositivo sobre las plusvalías de participaciones en los casos de traslado de residencia, parte del presupuesto de que la ficción de cesión no se corresponde con la definición de cesión de participaciones prevista en el Convenio, que disciplina sólo las cesiones efectivas. En nuestra opinión, la sola circunstancia de que la ficción de cesión no se defina por la Convención y que al momento de la estipulación los Estados contratantes no hubiesen disciplinado, o bien sólo lo hubieran hecho parcialmente, el reparto del poder impositivo en relación a tal hipótesis, no implica que uno de los dos Estados pueda introducir posteriormente por vía unilateral disposiciones nacionales de gravamen en salida como los actualmente existentes en la legislación holandesa. El *Hoge Raad* deberá otorgar mayor claridad en estos aspectos de posible *treaty override* por parte de los Países Bajos. Resulta imposible prever cuándo se dictará sentencia<sup>70</sup>. Sin embargo, la resolución de los casos pendientes, aunque fueran a favor del contribuyente, no comportará la necesidad de abolición general del sistema de comprobación cautelar. De hecho, los pronunciamientos se limitarán a los casos específicos y a la interpretación de los distintos Convenios contra la doble imposición.

---

<sup>69</sup> Opiniones del p.m. Wattel de de 4 octubre de 2006, núms. 42699, 42701 y 42702. Sobre el Derecho de la UE con relación con el caso concreto, el p.m. menciona la sentencia de la Corte de Justicia en el caso *N*, cit. *supra*.

<sup>70</sup> Actualmente están pendientes en la Hoge Raad, además: el recurso contra la sentencia de la Corte de Apelación de 's-Hertogenbosch de 3 noviembre de 2006, núm. 43743 (en materia de *exit tax* aplicado a titulares de participaciones relevantes en sociedades extranjeras en el ámbito del Convenio belga-holandés de 1970) y el recurso contra la sentencia de la Corte de Apelación de Arnhem de 7 de noviembre de 2006???, núm. 43760 (en materia de gravamen en salida en el caso de transmisión contra los USA y la Convención Holanda-USA de 1992).

### C) Conclusiones

La legislación tributaria holandesa contempla tres tipos de *exit tax* aplicables a las personas físicas. El primero se aplica a los casos de traslado de residencia por parte de un titular de participaciones relevantes, el segundo se refiere a derechos sobre planes de pensiones y algunas formas de seguro sobre la vida. En ambos casos el impuesto se aplica mediante el método de comprobación cautelar. El tercer tipo de *exit tax* se refiere a traslados transfronterizos de empresas individuales contemporáneos al traslado al citado país de su titular. El esquema aplicativo del impuesto en la última hipótesis es sustancialmente idéntico al *exit tax* sobre las sociedades.

La sentencia de la Corte de Justicia CE en el caso de *Lasteyrie du Saillant* determinó algunas modificaciones del sistema de comprobación cautelar, instrumental a la aplicación de *exit tax* sobre las personas físicas. Según cuanto se afirmó por la misma Corte en el siguiente caso *N*, el actual gravamen en salida sobre las participaciones relevantes todavía contiene algunos elementos que pueden ser calificados como restrictivos. Sin embargo tales restricciones son justificadas en cuanto necesarias para salvaguardar el reparto del poder impositivo entre los Estados y deben considerarse proporcionales respecto a la finalidad que persiguen. La decisión de la Corte de Justicia en el caso *N* dio la oportunidad de realizar algunas reflexiones. Ante todo, se puede dudar de la corrección del reconocimiento del ejercicio por parte del Sr. *N* de la libertad de establecimiento, en cuanto que la Corte no consideró la circunstancia de que las sociedades participadas tuvieron la sede de administración efectiva en las Antillas holandesas. Además, la Corte no valoró la posibilidad de medidas menos restrictivas que la comprobación cautelar, que hubieran podido salvaguardar de igual modo la el reparto del poder impositivo. Y finalmente, la principal crítica que puede hacerse a la sentencia *N* -el reconocimiento de la necesidad de tutelar el reparto del poder impositivo

como causa de justificación- implica la transformación del principio de coherencia en el principio de racionalidad. Al mismo tiempo la Corte no tiene en cuenta la *ratio* de fondo del *exit tax* aplicable a los titulares de participaciones relevantes -la necesidad de prevenir exclusivamente traslados de residencia temporal determinados por motivos fiscales-. Sin embargo, la calificación en clave anti-elusiva no permite justificar la normativa holandesa debido a su aplicación generalizada. Además, el *exit tax* también ha recibido algunas críticas relacionadas con algunas disposiciones específicas como las reglas aplicables a los que permanecen sólo temporalmente en Holanda. Todo lo anterior demuestra la necesidad de ulteriores modificaciones a la actual normativa.

Por lo que se refiere al *exit tax* sobre sociedades, el Derecho mercantil se ha inspirado en el principio de la constitución. Consecuencia de ello es que el traslado de la sede administrativa de una sociedad de Derecho holandés no comporta la desaparición de la misma. Sin embargo, el traslado de la residencia fiscal de una sociedad comportará la aplicación del *exit tax*, con la recuperación en gravamen de las reservas latentes que escapan del poder impositivo holandés a causa del citado traslado. Los *exit taxes* sobre las sociedades y sobre las empresas individuales implican un cobro tributario inmediato, incluso en ausencia de una efectiva realización, sin la posibilidad de disfrutar de las ventajas de la comprobación cautelar. El parecer de la Administración, a favor de la plena compatibilidad comunitaria del *exit tax* sobre sociedades (con referencia a la sentencia *Daily Mail*) y empresas individuales, es ajeno a las críticas. En nuestra opinión, la disciplina actual de *exit tax* sobre sociedades y empresas individuales está en contraste con el Derecho de la UE por vulneración del principio de proporcionalidad. Sería aconsejable extender el sistema de comprobación cautelar también a este tipo de gravámenes.

Finalmente, existen algunos casos pendientes ante la *Hoge Raad* en materia de compatibilidad del sistema de comprobación cautelar con las Convenciones contra la doble imposición. Merece mención un caso referido

al Convenio contra la doble imposición suscrita por Países Bajos y Bélgica en 1970 en relación al cual el Tribunal de Apelación de 's-Hertogenbosch ha declarado que el sistema de comprobación cautelar constituye una extensión unilateral y posterior del reparto de poderes impositivos llevado a cabo en el citado Convenio en violación del principio de buena fe sancionada por la Convención de Viena. Este y otros casos análogos están actualmente pendientes ante la *Hoge Raad*.

Recientemente, el vice-ministro de Hacienda ha contestado a la Comunicación de la Comisión CE de 19 de diciembre de 2006 "Tasación en salida y necesidad de coordinación de las políticas fiscales de los Estados miembros". En su respuesta el vice-ministro expresa la posición favorable de los Países Bajos a la coordinación de las políticas nacionales en materia de gravamen en salida<sup>71</sup>.

Dado que la normativa holandesa presenta numerosos aspectos problemáticos, no queda otra que esperar que tal declaración de intenciones venga seguida por acciones concretas, como pudiera ser la promoción de un Reglamento CE.

---

<sup>71</sup> Carta de 23 de marzo de 2007, en TK 2006-2007, 22112, núm. 507, págs. 15-18.