

Exit tax: territorialidad y movilidad societaria**Carla De Pietro¹****1. Exit tax y Mercado único: la tentativa del Tribunal de Justicia por conciliar la antítesis.**

Si la primera fase evolutiva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha estado dirigida necesariamente, en relación a la imposición directa, a definir las condiciones de acceso al mercado (las denominadas "market access"), la fase actual se encuentra preferente y consecuentemente focalizada en la identificación de los criterios que permitan garantizar la igualdad en el interior de dicho mercado ("market equality"), con el objetivo primordial de definir aquello que permanece bajo la exclusiva competencia de cada Estado miembro y aquello que, en cambio, puede dar lugar a discriminaciones o restricciones censurables desde el Derecho comunitario.

Los casos sometidos al Tribunal de Justicia ponen de manifiesto una tensión cada vez más desapacible entre el concepto de mercado único, en cuyo interior el reparto del poder tributario debería ser neutral, y la existencia de 27 jurisdicciones nacionales. De ahí, la evolución más reciente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia dirigida, de manera prevalente, a reconstruir los motivos de justificación, en su *rule of reason*, en términos de "reparto equilibrado del poder tributario" entre el Estado *a quo* y el Estado de acogida, no sólo desde una perspectiva objetiva sino también subjetiva, revelándose el abuso de derecho como la fragmentación voluntaria de la territorialidad y de la coherencia.

Con este fin, el Tribunal de Justicia se refiere a los criterios de reparto del poder impositivo entre los Estados, tal y como han sido delineados internacionalmente a

¹ Doctoranda en Derecho Tributario Europeo en la Universidad de Bolonia y Doctoranda en Derecho Tributario en la Universidad de Tilburg. Traducción a cargo de Antonia Jabalera Rodríguez, Doctora con mención Europea de la Universidad de Granada.

través del Modelo de Convenio de la OCDE contra la doble imposición. Y parecería, en este sentido, que el Tribunal considera prevalente el criterio de la fuente de renta sobre aquél de la residencia, como podría evidenciarse, de un modo particular, a partir de sus decisiones referidas a los flujos intracomunitarios de rentas de capital.

En efecto, si, por una parte, el Tribunal de Justicia ha obligado al Estado de residencia del contribuyente a extender el criterio del crédito de impuesto o de la exención, o bien un régimen de imposición más favorable previsto inicialmente para los residentes, a los sujetos no residentes²; en el supuesto inverso, y específicamente en el caso *Class Act IV*, el Tribunal no ha considerado que el Estado de la fuente esté obligado a reconocer el crédito de impuesto a los sujetos no residentes, dado que dicho reconocimiento implicaría la renuncia por parte de dicho Estado “de su derecho de someter a gravamen una renta generada por una actividad económica ejercida en su territorio”³.

Aunque una decisión de este tipo a través de la cual prevalece el criterio de la fuente sobre aquél de la residencia no encuentra su fundamento en la legislación comunitaria, y, por tanto, podría ponerse en duda su posible justificación basada en la territorialidad; no obstante, esta resolución del Tribunal de Justicia resulta comprensible en la medida en que, a falta de armonización, es imperativo que se adopte una decisión. Y en este sentido es emblemático el caso de los impuestos de salida (*Exit tax*), como supuestos en los que el Tribunal de Justicia va a la búsqueda de un modelo que ha de ser, inevitablemente, fruto de un compromiso entre la necesidad de salvaguardar la potestad impositiva del Estado de origen y la necesidad de garantizar las libertades fundamentales previstas en el Tratado⁴.

La restricción que deriva del ejercicio del poder impositivo en los casos de traslado de la residencia fiscal puede justificarse exclusivamente por la necesidad de salvaguardar el derecho del Estado a gravar las rentas producidas en su territorio. Y ello tanto desde un punto de vista antielusivo, como se muestra en el asunto

² Sentencias del TJCE de 4 de marzo de 2004, asunto C-334/02, Comisión / Francia, Rep. 2004, pág. I-2229; de 7 de septiembre de 2004, asunto C-319/02, Manninen, Rep. 2004, pág. I-7477; de 15 de julio de 2004, asunto C-315/02, Lenz, Rep. 2004, pág. I-7063; de 6 de junio de 2000, asunto C-35/98, Verkooijen, Rep. 2000, pág. I-4071.

³ Sentencia del TJCE de 12 de diciembre de 2006, asunto C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, Rep. 2006, pág. I-11673, apartado 59.

Véase, al respecto, TERRA – WATTEL, *European Tax Law*, Kluwer, 2008, pág. 719.

⁴ Tratado CE.

Lasteyrie du Saillant, como atendiendo a razones de sistema, como se evidencia en el sucesivo caso N.

2. Elusión y proporcionalidad: el primer intento de reconstrucción de un modelo en el caso Lasteyrie du Saillant

En el caso Lasteyrie du Saillant⁵ el Tribunal de Justicia ha afirmado la oposición a la libertad de establecimiento de la normativa francesa recogida en el art. 167 bis del Code Général des Impôts, en la actualidad derogado, que preveía el gravamen, en el momento del traslado de la residencia fiscal de un contribuyente fuera de Francia, de las plusvalías mobiliarias generadas por la tenencia de participaciones societarias relevantes y que en dicho momento no se habían aún realizado.

El pago de la deuda correspondiente a dicha plusvalía latente podía ser aplazado hasta el momento en el que tuviese lugar la transmisión, la adquisición por la propia sociedad, la devolución de la aportación o la amortización de los derechos societarios de que se tratase.

El aplazamiento del pago se subordinaba a la condición de que el contribuyente, una vez declarado el importe de la plusvalía latente generada y su voluntad de disfrutar de este beneficio, nombrase un representante domiciliado en Francia y constituyese, antes de su traslado al extranjero, las garantías suficientes e idóneas para asegurar el pago de la deuda tributaria al Fisco.

El Tribunal ha basado su decisión, fundamentalmente, en el siguiente argumento: la aplicación de un impuesto, que normalmente se exige sólo en el caso de efectiva realización de la plusvalía, es contrario a la libertad de establecimiento, si tiene lugar su exigencia por el mero traslado de la residencia fiscal del contribuyente, dado el efecto disuasivo que produce sobre quienes tienen intención de trasladarse. El efecto restrictivo deriva, por tanto, de la posición de desventaja en la que viene a encontrarse el contribuyente que traslada su residencia fiscal con respecto a quien, en cambio, continúa residiendo en el territorio francés.

⁵ Sentencia del TJCE de 11 de marzo de 2004, asunto C-9/02, de Lasteyrie du Saillant, Rep. 2004, pág. I-2409.

La restricción, por tanto, no viene determinada por la imposición en sí, sino por la individualización, como único requisito, del ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el Tratado CE.

El Tribunal de Justicia, en efecto, ha admitido la legitimidad de la pretensión impositiva del Estado de origen sobre las plusvalías mobiliarias generadas durante el período de residencia en Francia, reconociendo, como causa de justificación legítima, la finalidad antielusiva de la normativa cuestionada en el litigio principal. Sólo desde la perspectiva de la proporcionalidad, el Tribunal de Luxemburgo ha considerado que el *exit tax* francés era contrario al derecho comunitario. En efecto, el art. 167 bis, al incorporar una presunción general de elusión o fraude fiscal, no pretendía impedir de manera específica situaciones concretas que pudiesen afectar al sistema fiscal francés, sino que se refería de manera genérica e indiscriminada a cualesquiera supuestos de traslado de la residencia fiscal por parte de un contribuyente titular de participaciones societarias.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha descartado que el art. 167 bis del CGI encontrase justificación en la exigencia de preservar la coherencia del sistema fiscal francés pues no se estructuraba en modo tal que permitiese asegurar, en todo caso, la imposición de las plusvalías realizadas durante el período de residencia fiscal. El sistema objeto del litigio garantizaba, en realidad, una desgravación fiscal, en caso de efectiva realización de la plusvalía en el extranjero, y en cualquier caso, la renuncia a la imposición en caso de falta de realización en los cinco años siguientes al traslado.

Finalmente, el Tribunal de Justicia ha descartado que la normativa francesa encontrase justificación en la necesidad de garantizar el reparto del poder impositivo entre el Estado de origen y el de acogida. En este caso, los jueces de Luxemburgo se han limitado a afirmar, de un modo ciertamente escueto, que la controversia no se refería al reparto del poder tributario entre los Estados miembros, ni al derecho de las autoridades francesas a gravar las plusvalías latentes como modo de reaccionar frente a los traslados artificiales de residencia fiscal, sino que se refería a la cuestión de si las medidas adoptadas con este fin se ajustan a las exigencias de la libertad de establecimiento.

Se trata, a decir verdad, de una afirmación más bien apodíctica y que, como se verá a continuación, contrasta abiertamente con lo afirmado por el mismo Tribunal

poco después en el caso N, en el que un impuesto de salida, sustancialmente análogo al francés, ha encontrado justificación en términos de sistematicidad.

La incongruencia se muestra más evidente aún cuando se toma en consideración que, si el *exit tax* francés viene justificado en términos antielusivos, el Tribunal se equivoca al considerar, como en última instancia ha hecho en el caso *Lasteyrie du Saillant*⁶, que el respeto al principio de proporcionalidad pueda ser coherentemente garantizado por el aplazamiento del pago del impuesto sin la presentación de garantías.

La proporcionalidad, puesta en relación a una posible causa de justificación expresada en términos antielusivos, sólo puede ser encontrada en el reconocimiento de la posibilidad de aportar prueba en contrario por el contribuyente o, en su caso, en la aplicación y exacción del impuesto sólo en el momento en el que el artificio haya sido efectivamente comprobado.

Ni siquiera puede ser considerada idónea, desde la perspectiva de la proporcionalidad, y siempre poniéndola en relación con una posible justificación en términos antielusivos de la normativa cuestionada, la solución propuesta por el propio Tribunal de Justicia a título meramente ejemplificativo en esta sentencia, y que consiste en proceder a la exacción del impuesto al regreso del contribuyente tras un breve período de tiempo fuera del territorio francés. Incluso en este caso se estaría introduciendo una presunción que, de por sí, no permitiría al contribuyente probar la ausencia de mala fe.

3. El caso N: el *exit tax* como medida idónea para garantizar “un reparto equilibrado del poder tributario”

En el caso N⁷, resuelto poco después del caso *Lasteyrie du Saillant*, se somete al análisis del Tribunal de Justicia la normativa holandesa sobre *exit tax*, sustancialmente análoga a la francesa, que prevé el gravamen de las plusvalías latentes derivadas de la posesión de participaciones societarias significativas⁸.

⁶ Sentencia del TJCE de 11 de marzo de 2004, asunto C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, cit.

⁷ Sentencia del TJCE de 7 de septiembre de 2006, asunto C-470/04, N, Rep. 2006, pág. I-7409.

⁸ Resulta conveniente precisar que, inmediatamente después de que se dicte la sentencia referente al caso *Lasteyrie du Saillant*, los Países Bajos han modificado la disciplina del *exit tax* aplicada al traslado de las personas físicas titulares de participaciones societarias relevantes. En particular, se

Con argumentos que reproducen *in toto* cuanto ha sido sostenido por el propio Tribunal de Justicia en el caso *Lasteyrie du Saillant*⁹, los jueces de Luxemburgo consideran que en este asunto la disciplina sometida a su consideración y análisis produce una restricción indebida de la libertad de establecimiento. Afirman que, aunque, de hecho, no se niegue al contribuyente la posibilidad de trasladar su residencia fiscal, la previsión del gravamen subordinada al mero traslado como presupuesto de hecho ficticio que genera el pago del impuesto, tiene un efecto disuasivo sobre el contribuyente que tenga intención de trasladarse. Dicho contribuyente viene a encontrarse, de este modo, en una posición de desventaja respecto a quien, no modificando su residencia fiscal, es obligado al pago del impuesto sólo en el momento de efectiva realización de la plusvalía. Del mero efecto disuasivo, el Tribunal de Justicia deduce nuevamente una restricción de la libertad de establecimiento, agravada, de manera análoga al caso *Lasteyrie du Saillant*, por la previsión normativa que subordina el aplazamiento del pago del impuesto a la previa presentación de garantías suficientes e idóneas.

Ahora bien, esta restricción se justifica por el Tribunal de Justicia en la idoneidad de la normativa holandesa para garantizar el reparto del poder tributario entre los Estados miembros, en base al principio de territorialidad, siguiendo de este modo un criterio que ha adquirido un gran protagonismo en los pronunciamientos más recientes de este Tribunal, hasta el punto de erigirse en una causa imperativa de interés general¹⁰. En el asunto N¹¹ el Tribunal subraya que, en ausencia de acuerdos multilaterales, a los que se refiere el art. 293 del TCE, dirigidos a prevenir la doble imposición, no es irrazonable que los Estados miembros adopten medidas informadas por el Modelo OCDE.

En este sentido se toma en consideración el art. 13 (5) del Modelo de Convenio, que reconoce el derecho a gravar las rentas derivadas de la cesión de bienes patrimoniales, diversos de los mencionados en los apartados precedentes del mismo artículo, al Estado de residencia del cedente.

ha derogado la obligación de prestar garantías adecuadas para obtener el aplazamiento del pago de la deuda tributaria, que pasa a ser automático, cuando el traslado se produzca a un Estado miembro. El asunto N se refiere, por tanto, al régimen anteriormente vigente. Para mayor información, véase, S. Boers, *L'impatto del diritto comunitario sulla normativa olandese in materia di exit tax*, en Studi Tributari Europei, n.1/2009, "ste.sest.org".

⁹ STJCE de 11 de marzo de 2004, asunto C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, cit.

¹⁰ Sentencias del TJCE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-446/03, *Marks & Spencer*, Rep. 2005, pág. I-10837; y de 18 de julio de 2007, asunto C-231/05, *Oy AA*, Rep. 2007, pág. I-6373.

¹¹ STJCE de 7 de septiembre de 2006, asunto C-470/04, N, cit.

El Tribunal de Justicia, pues, confirmando lo afirmado por el Abogado General Kokott en sus Conclusiones¹², pone el acento en cómo el principio de territorialidad, en base a la legislación holandesa, se aplica en combinación con un elemento temporal que permite exigir el impuesto sobre las plusvalías generadas exclusivamente durante el período de residencia fiscal en los Países Bajos.

Es más, el sistema holandés, a través del denominado *step up*, que implica el reconocimiento del valor de mercado de las participaciones societarias en caso de traslado, no sólo evita la doble imposición, sino que, sobre todo, garantiza el gravamen de las plusvalías allí generadas.

En realidad, el Tribunal de Justicia en el caso que comentamos, y en general en su más reciente jurisprudencia, aplica el principio de territorialidad de un modo poco claro, en conexión con el criterio de la coherencia, o bien, con el de reparto del poder impositivo, hasta el punto de que los tres conceptos, utilizados en la reelaboración de una única causa de justificación, han llegado a ser difícilmente distinguibles.

La reelaboración que parece más plausible, también a la luz de los precedentes del propio Tribunal de Justicia, es aquella según la cual la territorialidad, entendida, en su formulación originaria, como criterio que permite sustraer las rentas obtenidas en la fuente al poder impositivo, basado en la renta mundial, del Estado de residencia, llegue a ser el corolario de un reparto "equilibrado"¹³ de poder impositivo, del que la coherencia representa el presupuesto, se podría decir, nacional. En el caso N, más que en el francés, se valora, por tanto, por parte del Tribunal de Justicia la necesidad de tutelar la potestad impositiva del Estado de origen como Estado en el que la renta se ha producido.

Es precisamente bajo este perfil de la proporcionalidad que los Jueces de Luxemburgo consideran la normativa holandesa contraria a los dictados del art. 43 TCE. No es relevante, desde esta perspectiva, la obligación que se impone al contribuyente de compilar una declaración en el momento del traslado de residencia. Aunque tal obligación, como ha subrayado el Tribunal en la misma

¹² Conclusiones del Abogado General Juliane Kokott, presentadas el 30 de marzo de 2006, asunto C-470/04, N, apartados 96 y 97.

¹³ Este adjetivo no se utiliza expresamente en la sentencia que comentamos, pero sí es frecuentemente empleado por el Tribunal de Justicia al referirse al reparto del poder impositivo. Véase, por ejemplo, la STJCE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-446/03, Marks & Spencer, cit.; de 29 de marzo de 2007, asunto C-347/04, Rewe Zentralfinanz, Rep. 2007, pág. I-2647; y de 18 de julio de 2007, asunto C-231/05, Oy AA, cit.

sentencia que comentamos, incida sobre el efecto restrictivo que produce el *exit tax* holandés, pese a ello no lesiona el principio de proporcionalidad. Es más, podría ser más gravoso para el contribuyente presentarla en un momento posterior.

En cambio, el principio de proporcionalidad resulta vulnerado, al igual que se había sostenido en el caso *Lasteyrie du Saillant*, por la obligación de presentar garantías idóneas para obtener la suspensión del pago del impuesto hasta el momento de efectiva realización de las plusvalías.

En este sentido, en opinión del Tribunal de Justicia, una disposición normativa que contemple un impuesto de salida vinculado al momento de traslado de la residencia fiscal, deberá, como deferencia al principio de proporcionalidad, garantizar automáticamente la suspensión del pago hasta el momento de efectiva realización de la plusvalía.

Es verdad que la previsión de garantías tiene por finalidad facilitar el cobro del impuesto por parte del Estado de origen. Pero, innegablemente, existen medidas menos restrictivas, garantizadas por las directivas de intercambio de información¹⁴ y de asistencia recíproca entre los Estados miembros para la recaudación de créditos relativos a algunos impuestos, entre los cuales se encuentran los de la renta y el capital¹⁵.

Finalmente, para que el principio de territorialidad sea plenamente respetado, en opinión del Tribunal de Justicia, es también necesario que se prevea la posibilidad de tomar en consideración las posibles minusvalías que se produzcan en el momento de efectiva realización de la operación relativa a las participaciones societarias.

Pero encontramos aquí una discrepancia en pretendida reconstrucción de la causa de justificación basada en el reparto equilibrado del poder impositivo entre los Estados miembros. En efecto, se debe poner de manifiesto que, si el principio de territorialidad, que fundamenta el art. 13 (5) del Modelo OCDE, legitima al Estado de residencia al denominado *preserving assessment*, permitiendo el aplazamiento de la imposición hasta el momento de efectiva realización de la plusvalía; dicho principio no admite, al contrario de lo sostenido por el Tribunal de Justicia en el caso N, que el Estado en el que se encontraba la residencia previa del

¹⁴ Directiva 77/799/CEE, modificada por la Directiva 2004/106/CE.

¹⁵ Directiva 76/308/CEE, modificada por la Directiva 2001/44/CE.

contribuyente considere, en el momento de la recaudación del impuesto, las minusvalías generadas posteriormente al traslado, y que pasan a ser competencia del Estado de nueva residencia.

4. *Exit tax* sobre el traslado de las personas jurídicas: una cuestión de libertad de establecimiento primario

Los asuntos Lasteyrie du Saillant y N se refieren a la aplicación de impuestos de salida en los casos de traslado de la residencia por parte de personas físicas titulares de participaciones societarias significativas. Los principios expresados por el juez comunitario en estos asuntos tienen alcance general, lo que evidentemente posibilita su aplicación a las personas jurídicas¹⁶. En este sentido, conviene señalar que el problema que fundamentalmente se plantea en relación a las personas jurídicas se refiere a la posibilidad de aplicar los principios consagrados en los arts. 43 y 48 TCE, frente al Estado de origen, en caso de establecimiento primario, previendo así, la obligación de garantizar el traslado de sede sin solución de continuidad. Un fuerte obstáculo en este sentido viene representado por dos decisiones del Tribunal de Justicia, la sentencia Daily Mail¹⁷, y, la más reciente, Cartesio.

Una sociedad constituida en Gran Bretaña, Daily Mail General Trust plc, pretendía trasladar su sede de dirección central a Holanda. La pretensión de Daily Mail era, según resulta acreditado, trasladar su residencia fiscal a Holanda para así proceder a la venta de una parte importante de los títulos que integran su activo no permanente, y posteriormente proceder a la recompra de una parte de sus propias acciones, gracias al producto de dicha venta, evitando así el pago del impuesto sobre los beneficios de capital previsto en Gran Bretaña¹⁸. No obstante, la legislación entonces vigente en el Reino Unido subordinaba el traslado de las sociedades a la previa autorización del Ministerio del Tesoro, que, en este caso en

¹⁶ GREGGI, M., *Riflessi fiscali della mobilità all'interno della UE: per un nuovo Nomos europeo*, en Studio Tributari Europei, n.1/2009, "ste.sest.org"; TERRA- WATTEL, *European Tax Law*, Kluwer, 2008, pág. 788.

¹⁷ Sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 1988, The Queen / Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC, asunto C-81/87, Rep. 1988, pág. 5483.

¹⁸ En Holanda, en el momento del traslado se produce una revaluación de los bienes societarios (denominada *step up*) con su consiguiente inscripción en el balance a valor de mercado.

concreto, la había denegado precisamente ante la falta de pago del impuesto sobre los beneficios de capital. De ahí las cuestiones prejudiciales planteadas por la sociedad, que se ha dirigido al Tribunal de Justicia, pidiendo que se determine si la mencionada normativa británica constituía un obstáculo a la libertad de establecimiento.

El Tribunal de Justicia, en realidad, se ha abstenido de dar una respuesta específica a las cuestiones prejudiciales planteadas, pues se ha limitado a afrontar la cuestión sólo desde una perspectiva mercantil y específicamente desde la discrecionalidad de cada Estado miembro para elegir el criterio de conexión, aunque, en el caso en concreto analizado no se planteasen obstáculos al traslado de la sede social desde el perfil del Derecho mercantil, puesto que los dos Estados miembros implicados aplicaban (y continúan aplicando) el principio de la constitución, permitiendo la continuidad, desde el perfil jurídico, de la sociedad y excluyendo, por tanto, la obligación de disolución y reconstitución con motivo del traslado de la sociedad.

Daily Mail, según la legislación de ambos Estados miembros implicados, habría, por tanto, podido conservar su personalidad jurídica y nacionalidad británica, aunque transfiriese su sede de dirección central a los Países Bajos.

Los argumentos del Tribunal de Justicia en este caso parten de la premisa de que la libertad de establecimiento constituye uno de los principios fundamentales de la Comunidad y las normas del Tratado que la establecen tienen eficacia directa desde la finalización del período transitorio. Tales normas garantizan el derecho a establecerse en otro Estado miembro no sólo de los nacionales comunitarios, sino también de las sociedades, en base a la equiparación que realiza el art. 58 (en la actualidad 48) del Tratado¹⁹.

Con una fórmula utilizada muy a menudo, también hoy en día, el órgano de justicia comunitario ha afirmado que «si bien estas disposiciones [arts. 52 y 58 del Tratado CE, en la actualidad 43 y 48], según su formulación, se proponen en especial asegurar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, las mismas se oponen a que el Estado de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de

¹⁹ Tratado CE.

conformidad con su legislación y que responda por lo demás a la definición del art. 58»²⁰.

De esta afirmación se infiere el reconocimiento pleno de la aplicabilidad, al menos en línea de principio, del art. 43 respecto de las personas jurídicas, incluidos los supuestos de establecimiento primario. Y, en efecto, el Tribunal de Justicia, en base a lo afirmado por la Comisión en el mismo procedimiento Daily Mail, ha subrayado que «...*omissis*... los derechos garantizados por el art. 52 [en la actualidad 43] y siguientes quedarían vacíos de contenido si el Estado de origen pudiese prohibir que las empresas dejen el país con miras a establecerse en otro Estado miembro»²¹.

No obstante, al mismo tiempo y de manera contradictoria, el Tribunal ha subrayado que la existencia y el funcionamiento de las sociedades, al contrario de lo que sucede con las personas físicas, depende exclusivamente de la ley aplicada en el Estado de constitución. Ha evidenciado de este modo las notables diferencias que las legislaciones nacionales presentaban tanto en relación a los criterios de conexión como a la posibilidad de traslado de la sociedad.

A la luz de dichas diferencias, el art. 220 del Tratado (en la actualidad el art. 293)²² ha previsto que los Estados miembros entablen negociaciones entre sí, y procedan, en consecuencia, a la conclusión de convenios, para garantizar, en particular, que las sociedades puedan trasladar su sede de un país a otro, manteniendo su personalidad jurídica.

En base a esta consideración, el Tribunal de Justicia ha negado que en el caso Daily Mail resulte aplicable el principio de libertad de establecimiento primario, debiendo los Estados miembros promover la adopción de una legislación fundada sobre el reconocimiento mutuo. El Tribunal, por tanto, ha señalado que en el estado actual del derecho comunitario no es posible interpretar los arts. 52 y 58 (en la actualidad 43 y 48) del Tratado en el sentido de que los mismos garantizan a las sociedades constituidas conforme a la legislación de un Estado miembro derecho alguno a trasladar su sede de dirección a otro Estado miembro, conservando la nacionalidad originariamente adquirida. En realidad, como ya

²⁰ STJCE de 27 de septiembre de 1988, asunto C-81/87, *The Queen / Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*, cit., apartado 16.

²¹ STJCE de 27 de septiembre de 1988, asunto C-81/87, *The Queen / Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*, cit., apartado 16.

²² Tratado CE.

hemos precisado, este traslado de sede conservando su nacionalidad habría sido posible en el caso concreto analizado en esta sentencia, dada la aplicación del principio de constitución tanto por parte del Reino Unido como de Holanda.

En la reciente sentencia *Cartesio*²³ el juez comunitario ha reproducido literalmente cuanto había afirmado veinte años antes en la sentencia *Daily Mail and General Trust*²⁴, como si el contexto jurídico de la Unión Europea hubiese permanecido del todo inmutable.

Esta sentencia analiza un supuesto en el que una sociedad, constituida en un Estado miembro, pretende transferir su sede de dirección a otro Estado miembro distinto, quedando sometida a la ley del primer Estado, y por tanto, conservando la nacionalidad. Una vez más, por tanto, el Tribunal de Justicia se enfrenta a una cuestión relativa a la aplicabilidad de la libertad de establecimiento, reconocida en los arts. 43 y 48 del Tratado CE, respecto del Estado *a quo*, determinando cuáles son los límites que pueden oponerse a éste último para garantizar el traslado de la sociedad sin el cese de la misma.

El caso concreto analizado en esta sentencia se refiere a una sociedad comanditaria simple, *Cartesio*, inscrita en el registro de empresas húngaras. Esta sociedad ha trasladado su sede de dirección a Italia, pretendiendo, no obstante, mantener su *status* de sociedad húngara (permaneciendo sometida a la correspondiente normativa mercantil).

Hungría adopta, como criterio de conexión, el de la sede real de la sociedad y no el de su constitución. Una sociedad, por tanto, no puede continuar existiendo como tal sociedad húngara, trasladando su sede de dirección al extranjero. En este caso será necesaria la previa disolución de la misma y su posterior reconstitución en el Estado *ad quem*.

Conforme a las normas de derecho internacional privado vigentes en Hungría, el tribunal competente ha denegado a la sociedad *Cartesio* la posibilidad de inscribir en el registro húngaro de empresas la modificación relativa a la localización en Italia de su sede de dirección. La sociedad ha recurrido frente a esta decisión alegando la vulneración por parte de la legislación húngara del derecho comunitario y, en particular, de los arts. 43 y 48 del Tratado CE, que garantizan la

²³ Sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 2008, C-210/06, *Cartesio*.

²⁴ Sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 1998, *The Queen / Treasury and Commissioners of Inland Revenue*, ex parte *Daily Mail and General Trust PLC*, asunto C-81/87, cit.

libertad de establecimiento, reconociendo la plena equiparación entre personas físicas y jurídicas en el ejercicio de esta libertad.

El Tribunal de Justicia ha confirmado nuevamente lo ya afirmado en el caso Daily Mail, señalando que, a falta de armonización comunitaria sobre los criterios de conexión y considerando que el art. 48 del Tratado CE recoge tres criterios paritarios – “sede social, administración central y centro de actividad principal”²⁵ – corresponde a cada Estado miembro determinar el criterio de conexión a adoptar, sin que este Tribunal pueda juzgar y censurar tal decisión, ni siquiera para verificar su compatibilidad con la libertad de establecimiento.

Ello significa, sustancialmente, que el Tribunal ha considerado que no puede entrar a valorar la elección realizada por Hungría, conforme a la cual una sociedad puede considerarse sujeta a su normativa mercantil sólo cuando tenga su sede de dirección efectiva en el territorio del Estado, con todas las consecuencias que de ello se derivan, entre la que se encuentra la necesaria disolución de las sociedades que pretendan trasladar su sede al extranjero.

En la sentencia Cartesio el Tribunal de Justicia ha llevado a cabo, por tanto, una distinción que había quedado implícita en su pronunciamiento Daily Mail. Según los jueces de Luxemburgo es necesario distinguir aquellos supuestos en los que una sociedad pretende trasladarse, permaneciendo no obstante sujeta a la legislación del Estado *a quo*, de aquellos otros supuestos en los que la sociedad renuncie a la nacionalidad originaria, sometiéndose en consecuencia a la Ley del Estado de acogida.

Sólo en este último caso cesaría la “inmunidad” (tal y como se expresa el Tribunal)²⁶ de la legislación nacional, que no podría impedir el traslado de la sociedad, con la salvedad de los límites que se derivan de las razones imperativas de interés general, a la luz de los cuales debería también valorarse la eventual disolución de la sociedad.

Al respecto es necesario hacer una precisión: el Tribunal de Justicia no ha considerado que la voluntad de trasladarse sin solución de continuidad no puede explicarse prescindiendo del criterio de conexión adoptado y de su funcionalidad en observancia a la *lex societatis*. La aplicación, tanto de la teoría de la sede real como de la teoría de la constitución, en su formulación originaria al menos,

²⁵ Tratado CE.

²⁶ Sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 2008, C-210/06, Cartesio, cit., apartado 112.

determina, siempre y en cualquier caso, la extinción de la sociedad que pretenda trasladar la sede de administración y/o la sede legal fuera de las fronteras nacionales. En realidad, en el momento en el que el Tribunal reconoce la discrecionalidad de los Estados miembros para elegir el criterio de conexión, sin que dicho Tribunal pueda imponer modalidades aplicativas conforme al Tratado CE, en principio, está negando la posibilidad a persona jurídica de renunciar a la nacionalidad originaria evitando su extinción.

Se trata evidentemente de una posición destinada a tener importantes consecuencias no sólo sobre el plano estrictamente mercantil sino también sobre el tributario. Por una parte, el Tribunal ha permitido que el Estado de origen pueda subordinar el cese de una persona jurídica al mero ejercicio de la libertad de establecimiento, admitiendo, por otra parte, y de manera consecuente, un régimen impositivo que implica el gravamen inmediato de todas las rentas, incluidas las plusvalías latentes.

Es evidente cómo esta posición del Tribunal de Justicia impide aplicar, al traslado de las personas jurídicas, todas las garantías que dicho Tribunal ha reconocido que protegen al contribuyente en el caso de que el Estado *a quo* pretenda aplicar un impuesto de salida.

A decir verdad, los efectos de la disolución en los casos de traslado son, en sentido propio, aquéllos que según los jueces de Luxemburgo determinan que el *exit tax* resulte contrario a la libertad de establecimiento, es decir, el gravamen inmediato y sin que se produzca su efectiva y real realización de todas las plusvalías generadas en el momento del traslado (latentes, por tanto), en conexión con el mero ejercicio de una de las libertades fundamentales.

Por otro lado, es evidente el efecto discriminatorio que se produce en relación a aquellas personas jurídicas que trasladen su sede de dirección desde un Estado en el que resulta aplicable la teoría de la sede real, con respecto a aquellas otras personas jurídicas que trasladen su sede de dirección desde países en los que se aplica la denominada *incorporation theory*. Sólo en este último caso se garantiza la continuidad en la existencia de la sociedad que pretenda trasladar al extranjero su sede de dirección²⁷, y, por tanto, la aplicación de los principios que el Tribunal de Justicia ha proclamado en relación a los impuestos de salida.

²⁷ La *incorporation theory*, al menos en su formulación originaria, impide el traslado de la sede legal, previendo, en tal caso, la necesaria disolución de la sociedad.

Ello significa que dichos principios podrán encontrar aplicación en Países como Holanda o Gran Bretaña, que aplican la *incorporation theory*, pero no, por ejemplo, en otros como Francia que impone la previa disolución de la sociedad. Así, paradójicamente, el régimen holandés que prevé la recaudación de un impuesto de salida en el momento del traslado de la sociedad podrá ser considerado por el Tribunal de Justicia contrario a la libertad de establecimiento, resultando en consecuencia necesaria su adecuación al Derecho comunitario. Mientras que, por el contrario, los regímenes que prevén efectos fiscales sustancialmente coincidentes, derivados de la extinción del sujeto que pretenda ejercer la libertad de establecimiento, deberán considerarse compatibles con el Tratado.

5. El contexto comunitario actual: ¿se ha superado realmente la doctrina Daily Mail?

El Abogado General Poiares Maduro en sus Conclusiones presentadas al caso Cartesio²⁸, asume una posición contraria a la del Tribunal de Justicia. Considera que la normativa húngara es contraria a la libertad de establecimiento, subrayando que la disolución de la sociedad con el cambio de sede representa la negación misma de dicha libertad. Basa su posición en que las normas del Tratado CE pueden y deben resultar directamente aplicables también en los casos de establecimiento primario y, por tanto, considera totalmente superada la sentencia Daily Mail y el contexto comunitario en el que la misma se pronunció. En particular, el Abogado General subraya que, después de la sentencia Centros²⁹, Überseering e Inspire Art³⁰, el Tribunal de Justicia ha descartado que la constitución y el funcionamiento de una sociedad deba depender, exclusivamente, de la Legislación del Estado de constitución, y sobre todo, que dicha legislación no deba someterse a lo dispuesto en los arts. 43 y 48 del Tratado CE.

²⁸ Conclusiones del Abogado General M. Poiares Maduro, presentadas el 22 de mayo de 2008, asunto C-210/06, Cartesio.

²⁹ Sentencia del TJCE de 9 de marzo de 1999, asunto C-212/97, Centros, Rep. 1999, pág. I-1459.

³⁰ Sentencia del TJCE de 30 de septiembre de 2003, asunto C-167/01, Inspire Art, Rep. 2003, pág. I-10155.

Resulta difícil no compartir esta posición. Y de hecho la doctrina ha subrayado que «los Autores del Tratado no podían prever la teoría del efecto directo de las normas del Tratado, nacida de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia»³¹.

Ahora bien, se debe considerar que, en base a la posición paulatinamente asumida por el Tribunal de Justicia, sobre todo a través de la elaboración de la *rule of reason* que presupone la directa aplicación del Tratado, lo dispuesto en el art. 293 TCE ha perdido parte del alcance que los Autores del Tratado pretendieron atribuirle originariamente.

Por otro lado, lo dispuesto en el art. 293 TCE no se reproduce en el Tratado de Lisboa³², que, si bien todavía no está en vigor, tiene una innegable utilidad para clarificar la posición del legislador comunitario.

En la sentencia *Überseering* el Tribunal de Justicia ha sido explícito al afirmar que la falta de adopción de los Convenios referidos en el art. 293 TCE (en base a los cuales en las sentencias *Daily Mail* y *Cartesio* se había fundamentado la decisión de este Tribunal acerca de la imposibilidad de aplicar las normas del Tratado en los supuestos de establecimiento primario), no puede excluir la aplicabilidad directa de los arts. 43 y 48 del TCE³³. Es más, ha subrayado que en base al tenor literal de la norma, los Convenios mencionados sólo deben adoptarse «en tanto sean necesarios», «es decir, en la hipótesis en que las disposiciones del Tratado no permitan realizar los objetivos del mismo»³⁴, añadiendo que, aunque los Convenios cuya celebración promueve el art. 293 TCE pueden facilitar, como las Directivas de armonización previstas en el art. 44 TCE, la realización de la libertad de establecimiento, el ejercicio de dicha libertad no puede ser condicionado por la adopción de tales Convenios³⁵.

En la sentencia *Überseering*, por tanto, el Tribunal de Justicia confirma cuanto ya había afirmado en su precedente sentencia *Centros*, es decir, que la libertad de establecimiento conlleva el reconocimiento necesario, por parte del Estado de acogida, de una sociedad válidamente constituida en el ordenamiento de origen. Y

³¹ BALLARINO, T., *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, en *Rivista delle società*, 2003, fasc. 4, 669 ss.

³² Tratado de Lisboa.

³³ Sentencia del TJCE de 5 de noviembre de 2002, asunto C-208/00, *Überseering BV*, Rep. 2002, pág. I-9919.

³⁴ Sentencia del TJCE de 5 de noviembre de 2002, asunto C-208/00, *Überseering BV*, cit., apartado 54.

de este modo el Tribunal afirma en el caso *Überseering* que «la exigencia de reconstitución de la misma sociedad en Alemania equivale ...*omissis*... a la negación misma de la libertad de establecimiento»³⁶.

Ahora bien, no se entiende por qué dicha obligación debe subsistir únicamente respecto del Estado *ad quem* y no también en relación al Estado de origen, que podría, tal y como se ha afirmado en las sentencias *Daily Mail* y *Cartesio*, imponer legítimamente la disolución ante el traslado societario.

No puede ser suficiente, desde la perspectiva de la creación de un mercado único, más allá del perfil estrictamente jurídico, la afirmación por la cual corresponde al Estado de origen determinar la constitución y funcionamiento de la sociedad.

Por otro lado, la falta de homogeneidad de los criterios de conexión incide inevitablemente también sobre el establecimiento secundario, y el asunto *Überseering* es un claro ejemplo al respecto.

Alemania imponía en este caso la reconstitución de la sociedad neerlandesa como consecuencia de la aplicación de la teoría de la sede real, previendo, en caso de traslado de la sede de dirección, la necesaria disolución de la sociedad.

El Tribunal de Justicia no puede haber legitimado una aplicación a mitad de la teoría de la sede real, permitiendo al Estado de origen que pueda imponer la disolución de la sociedad que pretenda trasladarse y reconociendo la no aplicación de este mismo principio al Estado *ad quem*.

La libertad de establecimiento, tal y como ha sido proclamada en el Tratado CE, tiene alcance general, con independencia de cuál sea la perspectiva desde la que se contemple, la del Estado de origen o la del Estado de acogida.

El propio Abogado General Colomer, en las Conclusiones presentadas al caso *Überseering* pone de manifiesto la inexistencia de un fundamento evidente que permita distinguir «un derecho de establecimiento primario, muy condicionado, de un derecho de establecimiento secundario prácticamente ilimitado»³⁷. Significativamente el Abogado General destaca cómo en el asunto *Centros*, con el que, en su opinión, se ha modificado el contexto jurisprudencial marcado por la sentencia *Daily Mial*, el Tribunal de Justicia, por una parte, no menciona ni la

³⁵ Sentencia del TJCE de 5 de noviembre de 2002, asunto C-208/00, *Überseering BV*, cit., apartado 55.

³⁶ Sentencia del TJCE de 5 de noviembre de 2002, asunto C-208/00, *Überseering BV*, cit., apartado 81.

sentencia Daily Mail ni el art. 293 TCE, mientras que, por otra parte, expresa la necesidad de analizar la posible vulneración de los arts. 43 y 48 del TCE atendiendo a las razones imperativas de interés general.

En cuanto a la falta de mención de la sentencia Daily Mail, el Abogado General, fundamentalmente, realiza un paralelismo entre el caso de la sociedad británica, que pretendía trasladar su sede de dirección efectiva a Holanda con el único objetivo de evitar el pago del Impuesto sobre *capital gains*, y la amplia concepción de establecimiento secundario acogida en el asunto Centros, en el que el Tribunal de Justicia ha legitimado la homologación de una sucursal, en la que se desarrolla toda la actividad empresarial, en un Estado miembro distinto de aquél de constitución, incluso aunque la operación haya tenido como exclusiva finalidad disfrutar de ventajas fiscales.

De hecho, esta concepción permite eludir la legislación en materia de traslado transfronterizo de la sede, legal o de dirección, de una sociedad, permitiendo conseguir el mismo objetivo que Daily Mail pretendía alcanzar. Y, aunque esta evidencia no puede haberse escapado al Tribunal de Justicia, sobre todo si se tiene en cuenta que el Gobierno danés que se negaba a inscribir a la sucursal de Centros en el Censo de empresas, había fundado su posición en la necesidad de excluir cualquier posible comportamiento elusivo de su normativa; el órgano de justicia comunitario califica el supuesto analizado en el asunto Centros como un caso legítimo de establecimiento secundario. Ahora bien, como resulta evidente, autorizar a una sociedad a constituir una sucursal en un Estado miembro, en el cual desarrolla completamente su actividad, con el solo objetivo de disfrutar de las ventajas fiscales derivadas del ordenamiento de constitución, significa, de hecho, permitir establecer la sede de dirección en un Estado diverso de aquél de origen³⁷. La mención omitida al art. 293 TCE ha de valorarse en conexión con la significativa afirmación de que al analizar la existencia de una posible restricción a la libertad de establecimiento, es necesario hacer referencia a las razones imperativas de interés general. Su aplicación implica, evidentemente, el reconocimiento de la eficacia directa e inmediata de las normas del Tratado que proclaman la libertad de establecimiento. Esto, según el Abogado General

³⁷ Conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 4 de diciembre de 2001, en el asunto C-208/04, *Überseering BV*, apartado 36.

³⁸ Conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 4 de diciembre de 2001, asunto C-208/00, *Überseering BV*, apartado 38.

Colomer, implica «el abandono o, en todo caso, la relativización de la reserva recogida en el art. 293 TCE»³⁹.

Por otro lado, según el Abogado General Colomer, el propio tenor literal del art. 293 no deja lugar a dudas: «sólo contiene una invitación a los Estados miembros para que entablen negociaciones y, además, únicamente en la medida en que “sea necesario”. Por lo tanto, el art. 293 no es equiparable a una verdadera reserva de legislación y se asemeja más bien a una admonición dirigida los Estados miembros... *omissis*... Como tal admonición no puede oponerse a la virtualidad de una de las libertades fundamentales»⁴⁰.

El Abogado General concluye sobre este punto, sosteniendo que, aunque el dictado literal de la sentencia Daily Mail sea inequívoco, en el sentido de que corresponde al Estado de origen decidir cuáles son los puntos de conexión, no puede negarse, en base a la aplicabilidad directa de los arts. 43 y 48 del TCE, que los Estados miembros deben, en todo caso, conformar su propio derecho nacional a las normas del Tratado.

Ha de tenerse en cuenta, además, que en la anterior sentencia Mutsch⁴¹, que ha sido mencionada en la sucesiva Gilly⁴², el Tribunal de Justicia, antes aún de pronunciarse en el caso Daily Mail, había afirmado expresamente que el art. 293 (antes el 220) del TCE «se limita a trazar el marco de las negociaciones que los Estados miembros entablarán entre sí “en cuanto sea necesario”». De este modo, ha sostenido el Tribunal de Justicia que, si el derecho invocado se integra dentro del ámbito de aplicación del Tratado, el mismo debe ser necesariamente garantizado, prescindiendo de la efectiva conclusión de las mencionadas negociaciones.

En las Conclusiones al caso Centros, el Abogado General La Pergola ha deducido de los arts. 43 y 48 el derecho a constituir sociedades de conformidad con la legislación de uno de los Estados miembros para actuar en ese mismo Estado, o en su caso, en cualquier otro Estado miembro; la sociedad de nueva constitución tiene el derecho de establecerse –de manera principal, y en su caso, también

³⁹ Conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 4 de diciembre de 2001, asunto C-208/00, Überseering BV, apartado 42.

⁴⁰ Conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 4 de diciembre de 2001, asunto C-208/00, Überseering BV, apartado 42.

⁴¹ Sentencia del TJCE de 11 de julio de 1985, asunto C-137/84, Ministerio Público contra Robert Heinrich Maria Mutsch, Rep. 1985, pág. 2681, apartado 11.

secundaria- en el lugar que prefiera dentro del ámbito comunitario. De este modo, considera el Abogado General se debe propugnar la aplicación de la doctrina sentada en el asunto Cassis de Dijon⁴³ sobre el reconocimiento mutuo de la movilidad de las sociedades⁴⁴.

En la sentencia más reciente dictada en el asunto Sevic⁴⁵, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre la compatibilidad de la normativa alemana, que no admitía las fusiones transfronterizas, con los arts. 43 y 48 del Tratado CE. En este caso el Tribunal de Justicia ha concluido que la normativa alemana era contraria a las mencionadas normas comunitarias, y, una vez más, ha vuelto a subrayar, por cuanto nos interesa, que los principios proclamados en el Tratado deben resultar aplicables prescindiendo de que exista o no una normativa sobre la materia en cuestión. El Gobierno de los Países Bajos ha mantenido, basándose en lo afirmado en la Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, la necesidad de adoptar una normativa comunitaria que facilite precisamente las fusiones transfronterizas a través de la armonización de las diversas legislaciones nacionales. En este sentido es bastante significativo lo afirmado por el Tribunal de Justicia: "si bien es cierto que las normas comunitarias de armonización son útiles para facilitar las fusiones transfronterizas, la existencia de tales normas de armonización no puede erigirse en un requisito previo para la aplicación de la libertad de establecimiento consagrada en los arts. 43 y 48 TCE"⁴⁶.

Debe, en consecuencia, considerarse que, a pesar de lo afirmado recientemente por el Tribunal de Justicia en su sentencia Cartesio, el contexto comunitario ha sufrido una profunda modificación desde que fue dictada la sentencia Daily Mail.

La Comisión europea, en su Comunicación titulada «*Imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros*», ha sostenido la aplicabilidad de los principios consagrados por el Tribunal de

⁴² Sentencia del TJCE de 12 de mayo de 1998, Gilly / Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin, asunto C-336/96, Rep. 1998, pág. I-2793.

⁴³ Sentencia del TJCE de 20 de febrero de 1979, asunto C-120/78, Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Rep. 1979, pág. 649.

⁴⁴ Conclusiones del Abogado General La Pergola, presentadas el 16 de julio de 1998, asunto C-212/97, Centros Ltd, apartado 20.

⁴⁵ Sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-411/03, Sevic System AG, Rep. 2005, pág. I-10805.

⁴⁶ Sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-411/03, Sevic System AG, cit., apartado 26. Véase, en este sentido, también la sentencia del TJCE de 28 de enero de 1992, asunto C-204/90, Bachmann, Rep. 1992, pág. I-249, apartado 11.

Justicia en los asuntos Lasteyrie du Saillant y N, a los supuestos de traslado de las personas jurídicas⁴⁷. Esta afirmación implica el reconocimiento de la necesaria continuidad jurídica de la sociedad que se traslada. De hecho, la Comisión ha fundamentado sustancialmente su posición sobre el dato, bastante significativo, de que el Estatuto de la Sociedad Europea⁴⁸ permite trasladar la "sede social" a otro Estado miembro, manteniendo la personalidad jurídica, y, por tanto, sin que dicha operación implique la disolución de la sociedad o, en cualquier caso, la necesidad de reconstitución de la misma en el Estado *ad quem*. La legislación comunitaria referente a la Sociedad Europea se basa, por tanto, en el principio por el cual el traslado de la "sede social" no puede incidir sobre la existencia jurídica de la sociedad.

El art. 7 del Reglamento prevé la necesaria localización tanto de la "sede social" como de la "administración central" dentro de los mismos confines nacionales, con la consecuencia de que la sociedad continua existiendo pese a que, tras su traslado, cese todo vínculo con el Estado de origen.

Ahora bien, es evidente que, argumentando *a contrario*, se podría mantener que esta previsión relativa a la continuidad de la sociedad europea tras el traslado es, en realidad, una toma de posición por parte del legislador comunitario sobre la inexistencia de tal posibilidad a nivel doméstico. El legislador comunitario, por tanto, se habría percatado de la necesidad de suministrar al operador económico de un instrumento que le permita desplegar su actividad de un modo más fácil y cómodo. Si es así, no podemos omitir la necesidad de que se produzca también una toma de posición por parte del legislador nacional. Es difícil encontrar a alguien que no se haya percatado ya, de que, de una utilización ágil del instrumento societario, sólo pueden derivarse ventajas, sobre todo para los Estados. En este sentido, en la motivación que acompaña a la decisión normativa de adoptar la denominada MoMiG⁴⁹, ley alemana con la que se ha modificado el régimen de sociedades de responsabilidad limitada, se puede leer que la disposición por la que se posibilita trasladar la sede de dirección de la sociedad sin

⁴⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, "Imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros" COM (2006) 825 definitivo, apartado 3.1.

⁴⁸ Reglamento (CE) n. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), Diario Oficial L 294 de 10.11.2001.

proceder a su disolución, tiene por finalidad incrementar la competitividad de las sociedades alemanas, superando las posiciones de desventaja en las que se encuentran respecto de aquellas sociedades que pueden operar en el interior del mercado único sin que se le impongan cargas inútiles e innecesarias.

6. Conclusiones

Compartimos en muchos aspectos la posición del Tribunal de Justicia en relación a la aplicación de un impuesto de salida al traslado de las personas físicas, titulares de participaciones societarias significativas, a pesar de que presenta algunas incongruencias que hemos tratado de poner de manifiesto. En principio, un *exit tax* puede ser legítimamente aplicado por parte del Estado *a quo*. Y, sin embargo, el necesario respeto a la libertad de establecimiento, consagrada en el Tratado CE, conlleva la imposibilidad de exigir y cobrar el impuesto en el momento del traslado, tanto si la normativa tiene una finalidad antielusiva, como si se han tomado en consideración razones de sistema. Con el cambio de la residencia fiscal podrá tener lugar el denominado *preserving assessment*, que implica sólo la determinación de la cuota impositiva debida al Estado de origen. La recaudación sólo podrá producirse en el momento de la efectiva realización de la plusvalía mobiliaria.

Ahora bien, la solución planteada por el Tribunal de Justicia, observando el principio de proporcionalidad, permite preservar el poder impositivo del Estado *a quo*, garantizando el gravamen de las plusvalías generadas durante todo el período en el que el contribuyente ha sido residente en dicho Estado, pero subordinando su recaudación efectiva al momento en el que se produzca un supuesto de realización real, de manera análoga a lo que sucede con aquellos sujetos que se trasladan dentro del territorio nacional.

Estos mismos principios, cuyo alcance se extiende también a las personas jurídicas en un plano teórico, pueden ser aplicados respecto de dichas personas jurídicas sólo cuando se garantice la continuidad jurídica de la sociedad en el

⁴⁹ La Ley (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen [MoMiG] de 23 de octubre de 2008, BGBl. I, nr. 48, pág. 2036) está en vigor desde el 1 de noviembre de 2008.

momento del traslado. Serán, por tanto, aplicables a aquellas sociedades que trasladen su sede de dirección efectiva desde un Estado que haya adoptado la denominada *incorporation theory*, pero no respecto de aquellas sociedades que se trasladan desde un Estado que aplica la teoría de la sede real. En este último caso, al menos atendiendo a la formulación originaria de esta teoría de la sede real, la sociedad deberá proceder a su disolución, produciéndose de este modo unos efectos fiscales sustancialmente análogos a los que se derivan de un impuesto de salida cobrado inmediatamente en el momento del traslado, con el agravio añadido de la extinción del sujeto jurídico que pretende trasladarse.

Resulta, en consecuencia, evidente el efecto discriminatorio que se produce para aquellas sociedades que se trasladan desde un Estado en el que se aplica la teoría de la sede real con respecto a aquellas sociedades que se trasladan desde un Estado en el que se sigue la teoría de la constitución. Sólo en este último caso resultarán aplicables los principios consagrados por el Tribunal de Justicia, que garantizan la aplicación de un *exit tax* siempre que se respete lo dispuesto en el Tratado CE.

Por otra parte, como el propio Tribunal de Justicia ha afirmado en el caso *Überseering*, la liquidación y exigencia del impuesto en el momento del traslado de la sede de la sociedad, prescindiendo de los efectos fiscales que ocasiona, representa la negación misma de la libertad de establecimiento.

A pesar de todo, los jueces de Luxemburgo en su reciente sentencia *Cartesio*, pese a que la jurisprudencia comunitaria ha evolucionado profundamente, hasta el punto de que difícilmente puede negarse hoy en día la aplicabilidad directa de los arts. 43 y 48 a los casos de establecimiento primario, han repetido literalmente cuanto habían afirmado veinte años antes en la sentencia *Daily Mail*: ante la falta de armonización sobre esta cuestión, cada uno de los Estados miembros es libre de elegir el punto de conexión que considere adecuado; y, en consecuencia, la decisión de los Estados eligiendo el criterio de la sede real, aun cuando su adopción supone la necesaria disolución de la sociedad en el momento del traslado, no puede ser discutida por el órgano de justicia comunitario. No se plantea, por tanto, un problema de posible vulneración de las normas del Tratado porque, más bien, se compromete u obstaculiza la posibilidad misma de que tales normas resulten aplicables. Ello sucede así, al menos, en los supuestos en los que la sociedad pretende trasladarse, aunque con la intención de continuar estando

sometida a la *lex societatis* del Estado *a quo*. Diverso es el caso, en opinión del Tribunal de Justicia, en el que la sociedad pretenda trasladarse y pasar a estar sometida a las normas del Estado de acogida: en este último supuesto, al rescindir cualquier vínculo con el Estado de origen, éste no podrá obstaculizar en ningún modo el traslado, dejando a salvo los límites que se derivan de las causas imperativas de interés general.

En realidad, como ya hemos indicado previamente, ni la teoría de la sede real ni la de la constitución, al menos en su formulación originaria, garantizan la continuidad jurídica de los sujetos que rescindan todo vínculo con el Estado de origen. El traslado de la sede de dirección y/o de la sede real determinará su disolución.

De este modo puede considerarse fundamentada, en base a los principios jurisprudenciales y normativos que se han ido afirmando tras la sentencia Daily Mail, la solución propuesta por el Abogado General Poiares Maduro en las Conclusiones presentadas en el asunto Cartesio: puesto que en el estado actual del Derecho comunitario, los Estados miembros tienen libertad para elegir si desean tener un sistema normativo basado en la teoría de la sede real o en la teoría de la constitución, cada Estado miembro debe acompañar esta decisión de medidas que permitan garantizar la libertad de establecimiento y que, por tanto, salvaguarden la continuidad jurídica del sujeto que se traslada⁵⁰. Esto supondrá al mismo tiempo que se apliquen plenamente los principios afirmados por el Tribunal de Justicia en materia de imposición de salida.

En este sentido resulta emblemático el caso de Austria, pues, aunque aplica el principio de la sede real, admite el traslado de la dirección efectiva, garantizando la continuidad en la existencia jurídica de la sociedad. En efecto, como consecuencia de la decisión del Tribunal de Justicia adoptada en el asunto Lasteyrie du Saillant, Austria ha incorporado en su legislación sobre sociedades el denominado *preserving assessment*, descartando, de este modo, el gravamen automático en el momento del traslado⁵¹.

⁵⁰ Conclusiones del Abogado General M. Poiares Maduro, presentadas el 22 de mayo de 2008, asunto C-210/06, Cartesio, apartado 30.

⁵¹ Véase, FÖLHS, B., y HEIDENBAUER, S., *Il trasferimento di residenza nella legislazione austriaca: profili di diritto commerciale e tributario*, en Studi Tributari Europei, n. 1/2009, apartado 3, "ste.seast.org"; y MELIS, G., *Il trasferimento della residenza fiscale nell'imposizione sui redditi: profili critici e ipotesi ricostruttive*, Aracne, 2008, pág. 189.