

**TRANSFERENCIA INTRAEUROPEA DE LA SEDE DE DIRECCIÓN DE LA EMPRESA:
DERECHO PRIVADO, FISCALIDAD Y LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO**

[Comentario a la STJUE (Gran Sala) de 29 de noviembre de 2011, As. C-371/10,
*National Grid Indus BV e Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor
Rotterdam*]*

Dr. Rafael Arenas García
Catedrático de Derecho internacional privado
Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CASO *NATIONAL GRID*. III. DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y NORMATIVA DEL ESTADO DE CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD. IV. TRANSFERENCIA DE SEDE Y FISCALIDAD. V. LIQUIDACIÓN, COBRO Y GARANTÍA DE LA DEUDA TRIBUTARIA. VI. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

1. Hace más de veintitrés años la Sentencia *Daily Mail*¹ abrió una interesante línea jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo en materia de derecho de establecimiento de sociedades que, tras algunos meandros, ha conducido a una doctrina que parece consolidada en sus principios básicos aunque aún quedan interrogantes de cierta importancia que serán, seguramente, abordados en los próximos años. De acuerdo con esta doctrina, y de forma muy esquemática, se mantiene que el Derecho que rige a una sociedad creada en la UE es el del Estado en el que se ha constituido, siendo este Derecho el que determina también las condiciones para el traslado del domicilio efectivo o estatutario de la sociedad a otro Estado miembro de la UE. Los Estados de la UE diferentes del de constitución deben, por su parte, reconocer la personalidad jurídica de la sociedad². La compatibilidad del Derecho nacional con la libertad de establecimiento prevista en la normativa de la UE debe, por tanto, examinarse desde dos perspectivas diferentes: en unos casos desde el punto de vista del Estado de constitución; en otros, considerando la incidencia que tiene en esta libertad de establecimiento la regulación de los Estados de la UE diferentes del de constitución. Del segundo aspecto se ocuparon las Sentencias del Tribunal de Luxemburgo *Centros*³,

* El presente trabajo se inserta en el proyecto de investigación “Interacción entre la autonomía de la voluntad y la protección de los intereses generales en la regulación de la actividad internacional de las sociedades”, proyecto financiado por la Subdirección General de Proyectos de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación. Referencia: DER2009-09039 (subprograma JURI). Investigador principal: Dr. Rafael Arenas García. Fecha de inicio: 1 de enero de 2010. Fecha de finalización: 31 de diciembre de 2012.

¹ Sentencia de 27 de septiembre de 1988, As. C-81/87, *The Queen/Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust Plc*.

² Para un mayor desarrollo de esta idea me remito a R. Arenas García, “Sombras y luces en la jurisprudencia del TJUE en materia de DIPr de sociedades”, en C. Esplugues Mota/G. Palao Moreno (eds.), *Europa en su laberinto. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, València, Tirant lo Blanch, 2011 (en prensa).

³ STJUE de 9 de marzo de 1999, As. C-212/97, *Centros Ltd y Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*. Sobre esta Sentencia, que cuenta con innumerables comentarios, resulta imprescindible S. Sánchez Lorenzo, “El Derecho europeo de sociedades y la sentencia “Centros”: la relevancia de la “sede real” en el ámbito comunitario”, *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp. 115-157.

*Überseering*⁴ e *Inspire Art*⁵. La primera perspectiva fue abordada en la Sentencia *Daily Mail*, ya mencionada⁶, *Cartesio*⁷ y la que aquí nos ocupa, la STJUE de 29 de noviembre de 2011, *National Grid*, una decisión que, en cierta forma, cierra el círculo abierto por *Daily Mail* y, a la vez, aborda cuestiones que en aquella decisión de 1988 habían sido obviadas, tanto en el planteamiento de la decisión prejudicial como en la decisión del Tribunal de Luxemburgo.

Existe, tal como veremos, una íntima relación entre *Daily Mail* y *National Grid*, relación que, además y curiosamente, se refleja también en detalles aparentemente irrelevantes del supuesto de hecho, como es que en *Daily Mail* nos encontrábamos ante el traslado de la dirección efectiva de una sociedad inglesa desde el Reino Unido a los Países Bajos y en *National Grid* el problema se plantea por el traslado de la dirección efectiva de una sociedad neerlandesa desde los Países Bajos al Reino Unido. En ambos casos, además, el trasfondo del problema es de naturaleza fiscal; finalmente, el Tribunal de Luxemburgo es conscientemente coherente en la decisión del año 2011 con lo establecido en 1988; pero el contenido de la sentencia en *National Grid* es bastante más matizado que en *Daily Mail*. Podríamos decir que el Tribunal tiene la oportunidad aquí de actualizar la doctrina en materia de Derecho de sociedades aprovechando, veinte años después, un caso equivalente al que dio origen a su famosísima sentencia, pionera en el tratamiento de las relaciones entre DIPr de sociedades y Derecho europeo de establecimiento.

II. EL CASO NATIONAL GRID

2. *National Grid Indus* es una sociedad neerlandesa que tiene su sede de dirección efectiva en los Países Bajos. En el año 2000 traslada dicha sede de dirección al Reino Unido, sin que tal traslado implique alteración alguna respecto al Derecho rector de la sociedad desde la perspectiva de los Países Bajos, ya que según el DIPr de sociedades de este país la sociedad seguiría siendo neerlandesa y continuaría rigiéndose por el Derecho del Estado de su constitución (Países Bajos). El traslado de la sede de la dirección, en cambio, sí que tiene consecuencias fiscales, ya que de acuerdo con lo establecido en el Convenio entre los Países Bajos y el Reino Unido para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal el traslado de dirección implicaría que, tras éste, el derecho de gravar los beneficios y ganancias de la sociedad correspondería al Reino Unido, y no a los Países Bajos⁸. Al dejar de percibir *National Grid Indus* beneficios imponibles en los Países Bajos le correspondía realizar, según la normativa fiscal neerlandesa, la liquidación de las plusvalías latentes existentes en ese momento; entre estas se encontraba, de acuerdo con la administración fiscal de los Países Bajos, la que resultaba de la subida del tipo de cambio de la libra esterlina frente al florín neerlandés y que afectaba a un crédito en libras esterlinas del que era acreedora *National Grid Indus* frente a *National Grid Company plc*, sociedad establecida en el Reino Unido. Dicho crédito, del que era titular *National Grid Indus* desde el 10 de junio de 1996, ascendía a 33.113.000 libras esterlinas; habiendo una diferencia (positiva) entre el

⁴ STJUE de 5 de noviembre de 2002, As. C-208/00, *Überseering BV y Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*.

⁵ STJUE de 30 de septiembre de 2003, As. C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabriken voor Amsterdam y Inspire Art Ltd.*

⁶ *Vid. supra* n. núm. 1.

⁷ STJUE (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008, As. C- 210/06, *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt.*

⁸ *Vid.* núm. 13 de la Sentencia de 29 de noviembre de 2011.

equivalente en florines de la deuda desde el año 1996 hasta el 2000 de 22.128.160 florines, incremento que era el resultado de la subida de la libra esterlina frente al florín neerlandés⁹.

Dado que el crédito no se había pagado dicha diferencia de valor entre el momento de constitución y el año 2000 no había supuesto un beneficio para *National Grid Indus*, por lo que no hubiera sido preciso liquidar dicho beneficio de haber mantenido su dirección efectiva en los Países Bajos; ahora bien, al trasladar dicha dirección al extranjero la normativa neerlandesa preveía la liquidación de dichas plusvalías latentes. Es aquí donde surge la duda de si este gravamen de las plusvalías latentes como consecuencia del traslado de dirección efectiva a otro Estado miembro de la UE es compatible con el Derecho de establecimiento recogido en el art. 49 TFUE¹⁰; para dar respuesta a esta duda se dirige al Tribunal de Luxemburgo la cuestión prejudicial de la que es consecuencia la decisión que comentamos.

3. En concreto, las cuestiones prejudiciales que se plantean son tres: la primera pretende que el TJUE se pronuncie sobre si es invocable el derecho a la libertad de establecimiento en un supuesto como el del caso que nos ocupa; esto es, cuando el Estado de acuerdo con cuyo Derecho se ha constituido la sociedad grava a ésta como consecuencia del traslado de la dirección efectiva del Estado de constitución a otro Estado miembro. La segunda de las cuestiones se refiere a la compatibilidad con la libertad de establecimiento de un gravamen como el pretendido por las autoridades fiscales neerlandesas y la tercera de las preguntas que plantea el órgano jurisdiccional neerlandés implica un matiz a la segunda; en concreto el de saber si la respuesta a ésta se encuentra condicionada por el hecho de que el beneficio se origina en una diferencia de cambio que no podría hacerse patente en el país al que se traslada la sede de la dirección efectiva de la sociedad (porque el beneficio se deriva, precisamente, de la apreciación de la libra esterlina –la moneda del crédito es la libra esterlina– frente al florín neerlandés –la moneda en la que se elaboran las cuentas de la sociedad–; resultando que al trasladar la sede de dirección efectiva al Reino Unido el beneficio desaparece ya que las cuentas de la sociedad habrán de formularse en libras, la misma moneda que el crédito).

La cuestión de fondo es la de si es compatible con el Derecho de la UE que los Países Bajos graven una plusvalía latente con ocasión del traslado de la dirección efectiva de una sociedad neerlandesa de un Estado miembro a otro Estado miembro. Esto es, si el hecho de que el traslado de la sede sea al territorio de otro Estado miembro de la UE legitima a los Países Bajos para, pese a la libertad de establecimiento prevista en el Derecho europeo, imponer un gravamen que no se aplicaría en un supuesto en el que el traslado de la dirección efectiva se realizara dentro del territorio del Estado donde se encontraba originalmente la sede dirección efectiva¹¹. La respuesta a esta cuestión permitirá al Tribunal no solamente abordar directamente la cuestión fiscal, sino también volver, aunque sea tangencialmente, sobre los problemas de DIPr de sociedades que resultan de proyectar sobre el Derecho privado de sociedades la libertad de establecimiento europea. Finalmente, aunque el Tribunal de Luxemburgo no lo plantee en estos términos, el caso y la decisión permiten vincular ciertas cuestiones de DIPr de sociedades con la regulación fiscal, cerrándose así en cierta forma el círculo de

⁹ Vid. núms. 11 y 12 de la Sentencia.

¹⁰ Vid. núm. 21 de la Sentencia, donde se recogen las cuestiones prejudiciales dirigidas al Tribunal de Luxemburgo.

¹¹ Vid. núm. 37 de la Sentencia.

problemas que se abrieron con *Daily Mail*. A continuación nos ocuparemos de estas diferentes perspectivas de la Sentencia.

III. DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y NORMATIVA DEL ESTADO DE CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD

4. La primera de las cuestiones prejudiciales planteadas es, quizás, la que más pueda sorprender a quien no siga la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en materia de DIPr de sociedades. En principio podría resultar extraño dudar sobre la aplicación de la regulación relativa a la libertad de establecimiento a un supuesto en el que una sociedad constituida en un Estado miembro y con sede de dirección efectiva en ese mismo Estado miembro traslada dicha sede de dirección efectiva a otro Estado miembro. Parece intuitivamente claro que la libertad de establecimiento ha de incluir la posibilidad de trasladar la sede de dirección de un Estado a otro y que las sociedades constituidas de acuerdo con lo previsto en el Derecho de un Estado miembro de la UE y que tienen en la Unión su sede social, administración central o centro de actividad principal gozan de dicho derecho de establecimiento¹². Ahora bien, la duda sobre este punto es legítima teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, que ha mantenido, tal como adelantábamos, que la libertad de establecimiento ha de apreciarse de forma diferente según sea invocada frente al Estado de constitución de la sociedad o frente a cualquier otro Estado.

El punto de partida de este acercamiento diferenciado se encuentra en la Sentencia *Daily Mail*, ya mencionada; donde se mantuvo que el Derecho de acuerdo con el cual se había constituido la sociedad podía limitar o prohibir la transferencia de la sede de dirección a otro Estado miembro¹³. En su momento esta interpretación se entendió como una ratificación de la línea doctrinal que mantenía que la libertad de establecimiento prevista en el Derecho de la UE (entonces CEE) no afectaba al DIPr de sociedades de los Estados miembros, doctrina enfrentada a otra que sostenía que la libertad de establecimiento prevista en el Derecho comunitario sí condicionaba el DIPr de sociedades de los Estados miembros¹⁴. Más adelante, cuando a partir de la Sentencia *Centros* el Tribunal mantiene que la libertad de establecimiento de las sociedades sí afecta al DIPr de sociedades se interpretó que estábamos ante una revisión de la doctrina sentada en *Daily Mail*, conclusión que fue rechazada por el Tribunal de Luxemburgo en su Sentencia *Cartesio*, donde mantuvo que debían ser tratados de forma diferente aquellos supuestos en los que la libertad de establecimiento es alegada frente al Derecho del Estado de constitución de la sociedad que frente al Derecho de otro Estado miembro¹⁵. Construye de esta forma el Tribunal de Luxemburgo una doctrina en la que, como se ha adelantado, la libertad de establecimiento ha de ser considerada de forma diferente según se pretenda que el obstáculo a la misma se encuentra en el Derecho de

¹² Vid. art. 54 TFUE.

¹³ A este respecto resultan especialmente significativos los núms. 19 y 20 de la Sentencia así como el número 1 de su parte dispositiva: “Los artículos 52 y 58 del Tratado deben ser interpretados en el sentido de que, en el estado actual del Derecho comunitario, no confieren a una sociedad constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro y que tiene en éste su domicilio social, derecho alguno a trasladar su sede de dirección a otro Estado miembro.”

¹⁴ Pueden consultarse las referencias doctrinales a ambos planteamientos en R. Arenas García, *Registro Mercantil y Derecho del comercio internacional*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000, pp. 144-145, notas núms. 350-351.

¹⁵ Vid. núms. 106 a 110 de la Sentencia. De todas formas, esta idea había sido ya adelantada en decisiones anteriores del Tribunal. Así, por ejemplo, en el núm. 62 de la Sentencia *Überseering*.

acuerdo con el cual se ha constituido la sociedad o en un Derecho diferente de entre los de los Estados miembros.

Resulta, por tanto, legítimo plantearse si este diferente acercamiento implica que el Derecho del Estado de constitución puede prohibir o limitar la posibilidad de que se traslade la sede de dirección efectiva de la sociedad a otro Estado miembro. En *Daily Mail* se mantuvo, como acabamos de ver que la libertad de establecimiento no confiere a las sociedades constituidas de acuerdo con el Derecho de un Estado miembro el derecho a transferir su sede a otro Estado miembro, y en *Cartesio* se negó que tal libertad de establecimiento amparar la solicitud de una sociedad húngara a trasladar su domicilio estatutario a Italia. En el caso que nos ocupa podría, por tanto, plantearse que el Derecho neerlandés, en tanto que Derecho de acuerdo con el cual se ha constituido la sociedad, podría limitar la posibilidad de que trasladara tal sociedad su sede efectiva a otro Estado miembro. De la jurisprudencia anterior del Tribunal de Luxemburgo podría derivarse que no resultaría imposible privar, por ejemplo, de la nacionalidad a la sociedad que pretendiera trasladar su domicilio estatutario a otro Estado miembro¹⁶. La duda es legítima, pero el Tribunal la resuelve en el sentido que parece más conforme con la regulación contenida en el Derecho originario: si bien es cierto que las sociedades existen de acuerdo con lo previsto en el Derecho de un Estado miembro y que los Estados pueden determinar el criterio de conexión necesario para que una sociedad pueda constituirse de acuerdo con su Derecho, así como el régimen para mantener la vinculación de la sociedad con el Estado de acuerdo con cuyo Derecho se haya creado¹⁷; esto no implica que las normas sobre libertad de establecimiento no se apliquen a la regulación de los Estados en materia de constitución y disolución de las sociedades; esto es, puede juzgarse la adecuación de dicha normativa a la libertad de establecimiento regulada en el Derecho europeo.

5. El Tribunal de Luxemburgo no plantea de forma directa que la doctrina que sienta en la Sentencia que comentamos se aparte de la contenida en la Sentencia *Daily Mail*; pero parece difícil conciliar lo establecido en ambas decisiones. Recuérdese que en la Sentencia del año 1988 se mantuvo que “Los artículos 52 y 58 del Tratado deben ser interpretados en el sentido de que, en el estado actual del Derecho comunitario, no confieren a una sociedad, constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro y que tiene en éste su domicilio social, derecho alguno a trasladar su sede de dirección a otro Estado miembro”; sin que se estableciese ningún límite a esta prohibición por parte del Estado miembro, pese a que la cuestión prejudicial planteada daba pie para ello¹⁸. En la decisión del año 2011 el Tribunal mantiene, sin embargo, que

¹⁶ Así resultaría de la Sentencia *Cartesio*, vid. S. Leible, “El traslado transfronterizo del domicilio social y la libertad de establecimiento”, en R. Arenas García/C. Górriz López/J. Miquel Rodríguez (coord.), *La internacionalización del Derecho de sociedades*, Barcelona, Atelier, 2010, pp. 103-128, pp. 116-117 criticando la coherencia de esta solución con la regulación europea de la libertad de establecimiento.

¹⁷ Vid. núm. 27 de la Sentencia.

¹⁸ En el caso *Daily Mail* la primera cuestión prejudicial planteada era la siguiente: “Los artículos 52 a 58 del Tratado CEE, ¿se oponen a que un Estado miembro prohíba a una persona jurídica, que tenga su sede de dirección en dicho Estado miembro, trasladar sin autorización previa ni aprobación dicha sede a otro Estado miembro, en uno y/u otro de los siguientes supuestos: a) cuando dicha sociedad puede eludir el pago del impuesto sobre ganancias y beneficios ya obtenidos; b) cuando dicha sociedad, al trasladar su sede de dirección, evitaría el pago de un impuesto al que estaría eventualmente sujeta si mantuviera su sede de dirección en el Estado miembro en cuestión?” El Tribunal no considero necesario responder a la totalidad de la cuestión prejudicial planteada porque interpretó que al dejar claro que los arts. 52 a 58 no confieren a una sociedad el derecho a trasladar su sede de dirección a otro Estado miembro no era preciso contestar a la segunda parte de la cuestión prejudicial. Obvió así el Tribunal de Luxemburgo la necesidad de pronunciarse sobre los supuestos en los que el Reino Unido establecía la prohibición de traslado de

el Derecho del Estado de constitución de la sociedad debe adecuarse a las exigencias de la normativa sobre libertad de establecimiento. Desde luego, tal como se adelantaba al comienzo de este epígrafe, lo más natural es entender que el Derecho del Estado de constitución no ha de ser inmune a los efectos de la libertad de establecimiento prevista en el Derecho europeo; pero, tal como se ha indicado, la jurisprudencia *Daily Mail* primero y la Sentencia *Cartesio* después abrieron la duda acerca de si esta solución “natural” no debería ser revisada. En *Daily Mail*, como acabamos de ver, parecía mantenerse que la normativa del Estado de constitución era inmune a la libertad de establecimiento; en *Cartesio*, pese a que en el supuesto concreto se interpretó que la normativa del Estado de origen no vulneraba la libertad de establecimiento, se dejó abierta la posibilidad de que determinada normativa del Estado de constitución sí vulnerara tal libertad¹⁹. En la Sentencia de 29 de noviembre de 2011 se da un paso más en la dirección de dotar de eficacia a la libertad de establecimiento como límite a la regulación del Estado de constitución de la sociedad en materia de transferencia de sede y se afirma de forma explícita la necesidad de que la normativa del Estado de constitución de la sociedad se ajuste a las exigencias de la libertad de establecimiento y, además, se examina en detalle, tal como veremos a continuación, la adecuación de la normativa fiscal de dicho Estado a la libertad de establecimiento; lo que supone también una vuelta al problema que se planteaba en *Daily Mail*, aunque en esta ocasión el Tribunal de Luxemburgo sí que aborda de forma directa la problemática fiscal subyacente al traslado de la dirección efectiva de la sociedad²⁰.

IV. TRANSFERENCIA DE SEDE Y FISCALIDAD

sede; aunque para ello tuvo que apartarse de la cuestión prejudicial realmente planteada, ya que ésta pretendía saber si el Estado podía prohibir el traslado, no si las sociedades tenían derecho a tal traslado. Evitaba así el Tribunal responder también a la tercera de las cuestiones prejudiciales planteadas, que pretendía saber si, siendo compatible con el Derecho comunitario la exigencia de una autorización previa para el traslado, ésta podía ser denegada en alguna de las circunstancias planteadas en la primera cuestión prejudicial (cuando el traslado de la dirección efectiva supusiera la elusión del pago del impuesto sobre beneficios de la sociedad). Las cuestiones prejudiciales plantaban por tanto, un escenario en el que en el caso de que el Estado gozase de la posibilidad de limitar el traslado de la dirección efectiva a otro Estado miembro de la UE de las sociedades constituidas de acuerdo con su Derecho y con la sede de dirección efectiva en su territorio, debería verificarse en qué circunstancias resultaba legítimo imponer tal prohibición de traslado de sede. Al no entrar en esta cuestión parecería asumir que el Estado no ve limitado por la normativa sobre derecho de establecimiento la posibilidad de prohibir la transferencia al extranjero de la sede de dirección efectiva de sus sociedades.

¹⁹ Vid. los números 111 y 112 de la Sentencia *Cartesio*, especialmente este último: “En efecto, en este último caso, la facultad a que se ha aludido en el apartado 110 de la presente sentencia, lejos de implicar algún tipo de inmunidad de la normativa nacional en materia de constitución y disolución de sociedades a la luz de las normas del Tratado CE relativas a la libertad de establecimiento, no puede, en particular, justificar que el Estado miembro de constitución, imponiendo la disolución y la liquidación de esa sociedad, impida que ésta se transforme en una sociedad de Derecho nacional del otro Estado miembro, siempre que ese Derecho lo permita”.

²⁰ Tras la Sentencia *Daily Mail* se criticó que el Tribunal no hubiese abordado la cuestión prejudicial planteada teniendo en cuenta la naturaleza fiscal del problema (tal como planteaban las Conclusiones del Abogado General, vid. P. Blanco-Morales Limones, *La transferencia internacional de sede social*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 164-165 y referencias allí contenidas) y hubiese optado por resolver el caso en términos de Derecho privado, vinculando dicha solución a la diversidad nacional en el Derecho de sociedades. Vid. por ejemplo J. Wouters, “The European Court of Justice and Fiscal Barriers to Companies’ Cross-Border Establishment”, en J. Wouters/H. Schneider (eds.), *Current Issues of Cross-Border Establishment of Companies in the European Union*, Amberes, Maklu/Nomos/Bruylant/Juridik & Samhülle, 1995, pp. 101-141, p. 128 y referencias contendidas en n. núm. 133; D. Sancho Villa, *La transferencia internacional de la sede social en el espacio Europeo*, Madrid, Eurolex, 2001, p. 177.

6. Tal como se ha adelantado, la cuestión prejudicial se plantea en el marco de un procedimiento en el que *National Grid* se opone al gravamen de plusvalías latentes no realizadas y que le son reclamadas por el fisco neerlandés como consecuencia del traslado de la dirección efectiva de la sociedad de los Países Bajos al Reino Unido. A primera vista parece claro que este gravamen afecta a la libertad de establecimiento: si la transferencia de sede se realiza dentro del territorio neerlandés ninguna obligación específica de tributación surge, apareciendo el gravamen tan solo en los traslados de dirección efectiva al extranjero²¹. La desventaja que esto supone para las operaciones internacionales frente a las internas implica una restricción a la libertad de establecimiento; libertad que, tal como recuerda el Tribunal de Luxemburgo, no solamente obliga al Estado de destino a admitir a la persona (física o jurídica) que se traslada; sino que también afecta a la capacidad del Estado de origen para limitar las operaciones en las que los propios nacionales o las sociedades constituidas de acuerdo con el Derecho del Estado de origen pretendan trasladarse a otro Estado miembro²².

El gravamen que se pretende es el de las plusvalías latentes no realizadas; tal como se ha explicado, en este caso la diferencia de valor experimentada por un crédito del que es acreedor la sociedad que pretende trasladar su sede como consecuencia de la revalorización de la libra esterlina frente al florín holandés. La idea que subyace a este gravamen es la de que tras el traslado de la sede de dirección efectiva el fisco de los Países Bajos pierde competencia fiscal respecto a la sociedad, a la que ya no podrá gravar por los beneficios obtenidos. De no gravar, por tanto, en el momento del traslado de sede las plusvalías latentes la tributación correspondiente a estos beneficios ya no podría ser obtenida por la Hacienda neerlandesa, pese a que el beneficio surgió en el momento en el que la sociedad tenía aún su sede de dirección en los Países Bajos²³. Se trata, por tanto, de una imposición que carece de sentido en los supuestos de traslado interno de la dirección efectiva de la sociedad; aunque esto por sí solo no es justificación suficiente, tal como veremos, para el gravamen, que objetivamente supone una restricción a la movilidad de las sociedades entre Estados miembros de la UE.

7. El caso del que se ocupa la Sentencia de 29 de noviembre se encuentra desde la perspectiva fiscal muy próximo al que dio origen a la Sentencia *Daily Mail*. En aquel caso el traslado de dirección efectiva desde el Reino Unido a los Países Bajos también implicaba la imposibilidad de que el Reino Unido gravase los beneficios de la sociedad tras dicho traslado, a salvo de que el traslado no fuese autorizado, supuesto en el que la transferencia no supondría que cesasen las obligaciones de tributación en el Reino Unido. Esto es, también en el caso *Daily Mail* el traslado se veía dificultado por la

²¹ Vid. el núm. 37 de la Sentencia.

²² Vid. el núm. 35 de la Sentencia: “El artículo 49 TFUE obliga a suprimir las restricciones a la libertad de establecimiento. Si bien las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento tienen por objeto, conforme a su tenor literal, asegurar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, se oponen asimismo a que el Estado de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación”.

²³ En el Derecho español esta regla se recoge en el art. 17 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (RD Legislativo 4/2004, de 5 de marzo) donde se establece la obligación de integrar en la base imponible del impuesto la diferencia entre el valor normal de mercado y el valor contable de los elementos patrimoniales que sean propiedad de una entidad residente en territorio español que traslada su residencia fuera de éste. Se exceptúa de esta obligación a aquellos activos que queden afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español de la entidad. Vid. N. Carmona Fernández, “Residencia fiscal de las personas físicas y entidades; cambios de residencia y estatutos singulares”, en F. Serrano Antón (dir.), *Fiscalidad internacional*, Madrid, CEF, 4ª ed. 2010, pp. 117-140, pp. 138-139; J. Salto Guglieri/A. Romero de la Vega, *Manual de operaciones de reestructuración empresarial. Fusiones, escisiones, aportación de activos y canje de valores*, València, Wolters Kluwer, 2010, p. 84.

voluntad de la Hacienda del país de origen de la sociedad en gravar o continuar gravando los beneficios de la sociedad que trasladaba su domicilio al extranjero.

Las semejanzas entre los dos casos se extienden, además, a la circunstancia de que en ambos casos el traslado se hace desde un país que sigue el modelo de constitución a otro país que sigue el mismo modelo, lo que tiene, como veremos inmediatamente, consecuencias también fiscales, aunque sean indirectas.

La vinculación entre fiscalidad y la dicotomía teoría (mejor, modelo)²⁴ de constitución y modelo de sede real se halla en las diferencias entre uno y otro modelo para conseguir la transferencia de la sede efectiva de la sociedad, entendida dicha sede como la sede de dirección efectiva o administración central. Mientras desde la perspectiva de los países que siguen el modelo de constitución el traslado de la sede real no plantea problemas específicos de Derecho privado ya que la sede real no es relevante en la identificación del Derecho rector de la sociedad; en los países que se adscriben al modelo de la sede real el traslado de la sede de dirección efectiva puede ser especialmente problemático, ya que tal traslado implica un cambio de Derecho rector de la sociedad que puede ser extremadamente complejo o, incluso, imposible ante la ausencia de normativa específica y común al Estado de origen y de destino que regule la operación²⁵. En estas circunstancias no sería extraño que la operación de traslado de domicilio exigiera la disolución y nueva constitución de la sociedad, disolución que, a efectos tributarios, implicaría la tributación por las plusvalías latentes de la sociedad²⁶.

8. De acuerdo con lo que se acaba de ver, la autorización del fisco para que el traslado de la sede efectiva de dirección suponga el cese de la obligación de tributar en el Estado de origen por los beneficios obtenidos por la sociedad (*Daily Mail*) o la tributación de las plusvalías latentes cuando se produce tal traslado (*National Grid*) no es más que una salvaguarda que equilibra la posición de aquellos países que siguen la teoría de la constitución y para los que, por tanto, el traslado de la dirección efectiva de la sociedad carece de consecuencias de Derecho privado; y aquellos otros que se adscriben al modelo de la sede real y para los que tal traslado de la dirección efectiva puede implicar la obligación de disolver la sociedad. En la Sentencia *Daily Mail*, del año 1988, esta confrontación entre los dos modelos era real ya que, pese a que ya se había sostenido doctrinalmente la posibilidad de que la libertad de establecimiento comunitaria exigiera que los Estados admitieran el traslado de la sede de la sociedad de un Estado miembro de la CEE a otro sin que tal traslado tuviera que implicar necesariamente la disolución de la sociedad²⁷; tal propuesta doctrinal no había tenido aún reflejo positivo ni jurisprudencial. Es por esto que la respuesta que se dio en *Daily Mail* era probablemente la única posible, debiendo criticarse tan solo que el Tribunal no incidiera suficientemente en las razones fiscales que fundamentaban tal respuesta; lo que, como es sabido, tuvo como consecuencia que la Sentencia tuviera una influencia desmesurada en el DIPr de sociedades²⁸.

²⁴ Vid. F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho de sociedades y conflicto de leyes: una aproximación conflictual*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 2002, p. 47.

²⁵ Vid. sobre las dificultades de articular la operación sobre el Derecho positive vigente en los diferentes Estados D. Sancho Villa, *op. cit.*, pp. 223-225.

²⁶ Vid. O. Sandrock/A. Austmann, "Das Internationale Gesellschaftsrecht nach der Daily Mail-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs: Quo vadis?", *RIW*, 1989, año 35, pp. 249-253, p. 250.

²⁷ Vid. P. Behrens, "Niederlassungsfreiheit und internationale Gesellschaftsrecht", *RabelsZ*, 1988, vol. 52, pp. 498-525; U. Everling, *The Right of Establishment in the Common Market*, Nueva York/Washington/Boston/Filadelfia/Los Angeles/San Francisco, Common Clearing House Inc., 1964, p. 72.

²⁸ Vid. *supra* n. núm. 20.

En el año 2011 la situación no es la misma que en 1988; la ya abundante jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en materia de DIPr de sociedades impide afirmar simplemente que el Derecho de la UE no otorga ningún derecho al traslado de sede; entre otras cosas porque, tal como hemos visto, aunque fuera como *obiter dicta*, en la Sentencia *Cartesio* se indicó que la transferencia del domicilio de un Estado miembro a otro, cuando iba acompañada de la transformación de la sociedad en una forma societaria del Estado de destino no podía ser prohibida por el Estado de origen²⁹. Se hace preciso, por tanto, examinar propiamente desde la perspectiva fiscal si el gravamen de las plusvalías latentes que resulta de la transferencia de sede es compatible con la libertad de establecimiento, una vez establecido que esta libertad de establecimiento es aplicable respecto a la normativa del Estado de origen en un supuesto de transferencia internacional de sede social.

9. El Tribunal de Luxemburgo comienza reconociendo lo que es evidente: que el gravamen de dichas plusvalías latentes supone una restricción a la libertad de establecimiento. En una operación de transferencia interna de la sede de dirección dicho gravamen no se produciría por lo que dicha imposición desincentiva las operaciones de transferencia internacional de sede³⁰. Ahora bien, este reconocimiento no implica que el gravamen sea incompatible con la libertad de establecimiento, ya que pueden existir razones de interés general que lo justifiquen. En concreto, tratándose de una restricción de origen fiscal el objetivo de interés general que debe ser considerado es el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, tal como entiende el órgano jurisdiccional remitente³¹.

El reparto de la potestad tributaria ha sido reconocido por el Tribunal de Luxemburgo como un objetivo de interés general que puede justificar una restricción a la libertad de establecimiento³². Dado que no se ha unificado ni armonizado la regulación del impuesto de sociedades cada Estado tiene competencia para fijar su competencia tributaria, siendo posible fijar unilateralmente o por convenio bilateral criterios que eviten la doble imposición³³. Ahora bien, esto no implica que las normas sobre tributación estén exentas del contraste con el Derecho comunitario³⁴; esto es, no basta argumentar que la restricción tiene por objeto garantizar la competencia tributaria del Estado para que se entienda compatible con la libertad de establecimiento regulada por el Derecho de la UE. Cabe la posibilidad de que la regulación tributaria del Estado no sea compatible con el derecho de establecimiento, lo que sucederá cuando la restricción vaya más allá de lo necesario para conseguir el objetivo de interés general

²⁹ *Vid. supra* n. núm. 19.

³⁰ *Vid.* núms. 37 y 41 de la Sentencia. En concreto, en el núm. 41 se establece: “Por consiguiente, la diferencia de trato a la que son sometidas, en el marco de las disposiciones nacionales controvertidas en el litigio principal, las sociedades neerlandesas que trasladan su sede de dirección efectiva a otro Estado miembro con respecto a las sociedades neerlandesas que trasladan su sede de dirección efectiva dentro del territorio neerlandés constituye una restricción prohibida, en principio, por las disposiciones del Tratado en materia de libertad de establecimiento.”

³¹ *Vid.* núm. 43 de la Sentencia. Esta aproximación (basar la admisión de la restricción a la libertad de establecimiento en un objetivo de interés general) ya había sido sugerida por M. Fallon en relación al caso *Daily Mail* (M. Fallon, “Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L’expérience de la Communauté européenne”, *R. des C.*, 1995, t. 253, pp. 9-282, p. 134.

³² *Vid.* el núm. 45 de la Sentencia, con referencia a abundante jurisprudencia.

³³ *Vid.* el núm. 45 de la Sentencia.

³⁴ *Vid.* el núm. 29 de la STJUE (Gran Sala) de 13 de diciembre de 2005, As. C-446/03, *Marks & Spencer plc c. David Halsey (Her Majesty’s Inspector of Taxes)*: “A este respecto, deber recordarse que, según jurisprudencia reiterada, si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, éstos deben, sin embargo, ejercer dicha competencia respetando el Derecho comunitario”.

perseguido, en este caso la competencia tributaria de los Estados. En el supuesto que nos ocupa se analiza si la imposición sobre beneficios no realizados está justificada de acuerdo con el objetivo de garantizar la competencia tributaria de los Estados y si se encuentra igualmente justificado sobre la base de ese objetivo que no se tengan en cuenta las minusvalías que podrían producirse tras el cambio de sede y antes de la efectiva realización del beneficio; así como si no existen alternativas menos gravosas que las previstas para este supuesto por la legislación neerlandesa.

10. El punto de partida del análisis es la constatación de la legitimidad de las autoridades neerlandesas para gravar los beneficios obtenidos durante el tiempo en el que la sede de la dirección efectiva de la sociedad se encontraba en los Países Bajos³⁵, incluso aunque aún no hayan sido realizados tales beneficios, lo que supone una diferencia de trato respecto a las situaciones internas.

Es esta posibilidad de gravar plusvalías latentes una de las claves más relevantes en lo que se refiere a la tributación de las operaciones societarias internacionales. De no gravarse tales operaciones en el momento del traslado resultaría que finalmente tributarían en el Estado de destino de la sociedad beneficios generados en el Estado de origen; pero la necesidad de liquidar el impuesto correspondiente a tales plusvalías en un momento en el que todavía no se ha realizado el beneficio, como consecuencia de la transferencia del domicilio social al extranjero, supone una restricción importante al cambio internacional de sede social. La competencia estatal para fijar los impuestos sobre el beneficio de las sociedades justifica esta posibilidad; pero ha de intentarse que tal tributación restrinja lo menos posible la operatoria internacional. Precisamente en este punto es destacable la evolución de *Daily Mail* a *National Grid*, porque siendo el problema básicamente el mismo en las dos sentencias en la primera no se hace ningún esfuerzo por adaptar la normativa nacional a las exigencias de la libertad de establecimiento mientras que en la última de estas decisiones se avanza significativamente en la forma en que pueden conciliarse los intereses del Estado de origen de la sociedad y la libre circulación de sociedades dentro de la UE.

La posibilidad de gravar tales plusvalías latentes no plantea dudas, por tanto, al Tribunal de Luxemburgo; pero se hace preciso articular dicho gravamen con las exigencias de la libertad de establecimiento; y en este punto sí que se abren algunas dudas; así, en primer lugar, si es preciso que en el gravamen se tengan en cuenta las minusvalías que se produzcan hasta el momento de la realización del beneficio, esto es, una vez que se haya producido el traslado de la sede de dirección efectiva al Estado de destino; en segundo término, si ha de tenerse en cuenta que en el caso concreto el beneficio desaparecería al contabilizarse el crédito ya no en euros sino en libras esterlinas (por trasladarse la dirección efectiva al Reino Unido) y, finalmente, si es

³⁵ Vid. el núm. 37 de la Sentencia *Marks & Spencer*: “A este respecto, debe señalarse que en Derecho tributario la residencia de los contribuyentes puede constituir un factor que justifique normas nacionales que impongan una diferencia de trato entre los contribuyentes residentes y los no residentes”. En la Sentencia que comentamos esta idea se recoge en su núm. 52: “Como destacó el Abogado General en los puntos 55 y 56 de sus conclusiones, la liquidación del gravamen en el momento del traslado de la sede de dirección efectiva de una sociedad respeta el principio de proporcionalidad habida cuenta del objetivo de la normativa nacional controvertida en el litigio principal, que es el de gravar en el Estado miembro de origen las plusvalías generadas en el marco de la competencia tributaria de dicho Estado miembro. Efectivamente, resulta proporcionado que el Estado miembro de origen, con el fin de preservar el ejercicio de su competencia en materia tributaria, liquide el impuesto que se adeuda por las plusvalías latentes generadas en su territorio en el momento en el que su potestad tributaria respecto a la sociedad de que se trate se extingue –en el presente asunto, en el momento del traslado de la sede de dirección efectiva de ésta a otro Estado miembro-.”

posible cobrar el impuesto liquidado o, por el contrario, es obligado dar a la sociedad la posibilidad de retrasar el pago de su deuda hasta el momento en el que se haga efectivo el beneficio. A continuación nos ocuparemos brevemente de la forma en que el Tribunal de Luxemburgo aborda estas cuestiones.

11. En lo que se refiere a la consideración de las minusvalías futuras del beneficio, ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que en la decisión que comentamos el Tribunal se apartó de la doctrina que había sentado en una Sentencia anterior, *N*³⁶. En esta última Sentencia el Tribunal de Luxemburgo mantuvo que no resultaba compatible con la libertad de establecimiento gravar, con ocasión del traslado de domicilio al extranjero de una persona física los beneficios aún no realizados por dicha persona sin tener en cuenta las minusvalías futuras que pudiesen darse hasta el momento de la realización del beneficio y que no fuesen tenidas en cuenta en el Estado a donde el contribuyente traslada su domicilio³⁷. El TJUE justifica esta diferencia en el tratamiento en el hecho de que el régimen de las personas físicas y de las personas jurídicas no ha de ser el mismo ya que en el caso de las personas jurídicas el patrimonio está dedicado en su totalidad a la obtención de beneficios, influyendo la valoración de los activos de la sociedad en el beneficio imponible³⁸. El argumento del Tribunal incide en la diferenciación de trato entre personas físicas y jurídicas en lo que se refiere a la forma en que se benefician de la libertad de establecimiento regulada en el Derecho de la UE, en este caso en relación al Derecho tributario, invirtiendo la carga de la consideración de las minusvalías, ya que de acuerdo con la Sentencia *N* el Estado de origen ha de tener en cuenta las que se produzcan tras el traslado del domicilio al Estado de destino, mientras que de acuerdo con lo establecido en *National Grid* el Estado de origen puede gravar el beneficio sin tener en cuenta tales minusvalías, lo que parece implicar que, en caso de que no hayan sido tenidas en cuenta en el Estado de origen, resulte obligatorio considerarlas en el Estado de destino en el momento en el que se proceda allí a la tributación, normalmente cuando la plusvalía deje de ser latente al haberse producido su realización.

La justificación que aporta el TJUE para apartarse en este caso de lo establecido en la Sentencia *N* no está excesivamente desarrollada; pero quizás se deba a las particulares circunstancias de la plusvalía sobre la que se discutía en el caso *National Grid*. Tal como veremos a continuación la exigencia de que se considerasen en el Estado de origen las minusvalías que se produjesen tras el traslado de sede y hasta la efectiva

³⁶ STJUE (Sala Segunda) de 7 de septiembre de 2006, As. C-470/04, *N e Inspecteur van de Belastingdienst Oost/Kantoor Almelo*. Con anterioridad a la Sentencia que aquí se comenta se había señalado que la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Luxemburgo en las Sentencias *N* y *Laysterie* [STJUE (Sala Quinta) de 11 de marzo de 2004, As. C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant & Ministère de l'Économie des Finances et de l'Industrie*] impediría la aplicación del art. 17 de la Ley del Impuesto de Sociedades que, como hemos visto, prevé la inclusión en la base del impuesto de la diferencia entre el valor de mercado y el valor contable de los bienes propiedad de la sociedad cuando ésta deja de ser residente en el territorio español (cf. N. Carmona Fernández, *loc. cit.*, p. 139). Al variar el criterio del Tribunal en la Sentencia *National Grid* respecto a *N*, ya no se aprecia impedimento en la regulación europea de la libertad de establecimiento para la aplicación de este art. 17 de la Ley del Impuesto de Sociedades.

³⁷ *Vid.* núm. 54 de la Sentencia *N*.

³⁸ *Vid.* núms. 56 a 59 de la Sentencia *National Grid*. En concreto en el núm. 57 de la Sentencia se indica: “Efectivamente, los activos de una sociedad están directamente afectados a actividades económicas destinadas a generar un beneficio. Por lo demás, la valoración de los activos en el balance de una sociedad influye, en parte, en la cuantía del beneficio imponible de ésta, en la medida en que las amortizaciones reducen la base imponible”.

realización de la plusvalía podrían haber convertido en ilusorio el gravamen de ésta. Nos ocuparemos de esto a continuación.

12. En el caso *National Grid* concurre, tal como se acaba de adelantar, una circunstancia que podría haber resultado relevante respecto a la cuantificación del beneficio de la sociedad: como ya se ha indicado, el beneficio objeto de tributación en los Países Bajos surgía de la diferencia de cambio entre la libra esterlina y el florín neerlandés. Dado que la moneda del crédito era la libra esterlina y las cuentas de la sociedad se elaboraban en florines, al subir la cotización de la libra respecto al florín la contabilidad de la sociedad reflejaba un beneficio que resultaba puramente de esta diferencia de cambio. Una vez trasladado el domicilio de la sociedad al Reino Unido las cuentas deberían elaborarse en libras esterlinas, por lo que el beneficio contable desaparecía. Esta circunstancia fue alegada por la sociedad neerlandesa como impedimento para la tributación del mencionado beneficio y el órgano jurisdiccional que plantea la cuestión prejudicial pregunta directamente al Tribunal de Luxemburgo por esta cuestión³⁹. El Tribunal de Luxemburgo responde que el hecho de que la diferencia de cambio ya no exista tras el traslado como consecuencia del cambio de moneda en el que deben elaborarse las cuentas de la sociedad resulta irrelevante⁴⁰. El Tribunal de Luxemburgo parece asumir que el derecho al cobro de la plusvalía surge en beneficio de la Hacienda del Estado de origen con motivo del cambio del domicilio social, sin que la eventual desaparición de tal beneficio con posterioridad al traslado haya de ser considerada relevante, tal como sucede en este caso. Aunque en este supuesto no se plantee directamente, este acercamiento podría resultar relevante en otros casos respecto a la consideración tributaria de las minusvalías que pudieran producirse hasta la realización del beneficio. Al fin y al cabo, la desaparición del beneficio de cambio que resulta del traslado de la sociedad no deja de ser una minusvalía que se producirá como consecuencia del traslado y que, además, reducirá el beneficio a cero. El TJUE no quiere, sin embargo, considerar el problema desde este punto de vista manteniendo que en el momento anterior al traslado de sede el beneficio existe y puede ser gravado; se supone que esta afirmación opera de forma independiente a la consideración de las minusvalías a las que nos referíamos hace un momento. Es decir, de acuerdo con la Sentencia parece que resultará legítimo que, pese a que tras el traslado de domicilio en las cuentas de la sociedad el crédito deberá constar ya en libras esterlinas con lo que no existirá beneficio por la diferencia de cambio, sea posible gravar la plusvalía como si aún debiera figurar en florines holandeses.

³⁹ Vid. el núm. 21 de la Sentencia, donde se recogen las cuestiones prejudiciales planteadas. La tercera de ellas es del siguiente tenor: “La respuesta a la cuestión anterior [si el gravamen de liquidación final sin aplazamiento y sin posibilidad de tener cuenta posteriores minusvalías es contrario al artículo 43 CE (actualmente art. 49 TFUE)], ¿depende, en particular, del hecho de que el gravamen de liquidación final controvertido tenga como objeto una diferencia positiva (de cambio) generada bajo la potestad tributaria neerlandesa, no pudiendo, sin embargo, dicha diferencia positiva hacerse patente en el país de acogida con arreglo al régimen tributario allí vigente?”.

⁴⁰ Vid. el núm. 60 de la Sentencia: “El hecho de que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, el traslado de la sede de dirección efectiva de la sociedad al Reino Unido haya supuesto la desaparición del riesgo cambiario, dado que el crédito, que está expresado en libras esterlinas, se expresa también en esa moneda en el balance de la sociedad después del traslado de dicha sede, carece de relevancia a este respecto. En efecto, la plusvalía generada en el Estado miembro de origen se gravó en el momento del traslado de la sede de dirección efectiva de la sociedad en cuestión, de conformidad con el principio de territorialidad fiscal, asociado a un componente temporal, en concreto, la residencia fiscal en el territorio nacional durante el período en el que se generó la diferencia positiva de cambio.”

13. La solución del Tribunal parece razonable teniendo en cuenta el caso concreto. No puede desconocerse que *National Grid* dispone de la facultad, mediante el traslado de su dirección efectiva, de alterar la moneda en la que figuren sus cuentas, por lo que podría por decisión unilateral reducir a cero el beneficio o, incluso (trasladando su sede de dirección efectiva a un Estado cuya moneda se hubiese revalorado frente a la libra esterlina) convertir el beneficio en una pérdida. En estas condiciones parece, pues, adecuado, excluir de las minusvalías posibles las que resulten de forma directa y automática del propio cambio de domicilio. Ahora bien, la solución del tribunal podría plantear problemas si se pretende su aplicación a otros casos menos claros en los que la minusvalía también resulta del cambio de sede de la sociedad. Sin embargo, al haber variado la doctrina sentada en la Sentencia *N*, ya no será preciso que tales minusvalías sean consideradas por el Estado de origen, lo que facilita la cuantificación de los beneficios latentes y su correspondiente tributación. Además, el Tribunal de Luxemburgo deja claro que el hecho de que no se tengan en cuenta las minusvalías sufridas tras el traslado no impone al Estado de origen la obligación de revisar la liquidación ya efectuada⁴¹.

De acuerdo con lo anterior resulta que el reparto de la competencia tributaria entre los diferentes Estados justifica una restricción a la libertad de establecimiento que se traduce en la liquidación definitiva de las plusvalías latentes de una sociedad con ocasión del traslado de su dirección efectiva de un Estado miembro a otro Estado miembro si tal traslado implica que dicha sociedad ya no esté obligada a pagar sus impuestos sobre beneficios en el Estado miembro de origen. En definitiva, se hace explícito en esta decisión lo que se encontraba implícito en *Daily Mail*, aunque en aquella otra decisión las implicaciones tributarias permanecieran ocultas tras un debate, probablemente improcedente, acerca del DIPr de sociedades. La Sentencia que comentamos supone, por tanto, un respaldo a la competencia tributaria de los Estados miembros de la UE; aunque la posibilidad de liquidar las plusvalías latentes existentes en el momento del cambio de sede de dirección se ve en cierta manera compensada por las limitaciones que se establecen para el cobro efectivo de la deuda tributaria. Nos ocuparemos de esta cuestión en el siguiente epígrafe.

V. LIQUIDACIÓN, COBRO Y GARANTÍA DE LA DEUDA TRIBUTARIA

14. El razonamiento del Tribunal parte, como hemos visto, de considerar que la tributación de las plusvalías latentes con ocasión de la transferencia internacional de la sede de dirección efectiva supone una restricción a la libertad de establecimiento, si bien tal restricción se encuentra justificada por un fin de interés general como es el reparto de competencias tributarias entre los distintos Estados miembros. Queda aún por resolver si es igualmente compatible con la libertad de establecimiento la exigencia de cobro inmediato del gravamen. En relación a esta cuestión caben dos posibilidades: o bien exigir el cobro inmediato del gravamen (como pretende la Hacienda neerlandesa) o bien diferir el pago al momento en el que se realice efectivamente el beneficio. Si se opta por

⁴¹ *Vid.* núm. 61 de la Sentencia: “Además, como se desprende del apartado 58 de la presente sentencia, el régimen tributario del Estado miembro de acogida tendrá en cuenta, en principio, en el momento de realización de los activos de la empresa en cuestión, las plusvalías y minusvalías generadas por esos activos desde el traslado de la sede de ésta. No obstante, el hecho de que el Estado miembro de acogida no tenga en cuenta, eventualmente, las minusvalías no impone obligación alguna al Estado miembro de origen de volver a liquidar, en el momento de realización del activo de que se trate, una deuda tributaria que se liquidó definitivamente en el momento en el que la sociedad afectada, debido al traslado de su sede de dirección efectiva, dejó de estar sujeta al impuesto en ese último Estado miembro.”

esta última solución se plantea la necesidad de que la sociedad mantenga informada a la Hacienda del Estado de origen acerca de su patrimonio con el fin de seguir la evolución de los activos en los que se aprecia una plusvalía latente, lo que implica una carga administrativa que puede ser considerable. Además, y con el fin de garantizar el pago, podría exigirse a la sociedad la prestación de una garantía.

Ante el Tribunal de Luxemburgo se plantea tanto la compatibilidad con la libertad de establecimiento de la exigencia inmediata del pago como la imposibilidad de tal exigencia debiendo retrasarse el pago del impuesto al momento de la realización efectiva de la plusvalía. En este debate el Tribunal opta por interpretar que la exigencia de pago inmediata es contraria a la libertad de establecimiento por no resultar proporcionada, existiendo posibilidades alternativas menos gravosas para la sociedad. Seguramente se trata también de una solución razonable.

15. En primer lugar, hemos de tener en cuenta que la exigencia de pago de un tributo cuando aún no se ha realizado el beneficio que sirve de base a la tributación puede suponer una dificultad de caja considerable para la sociedad. Pese a que ésta aún no ha obtenido la plusvalía se ve obligada a satisfacer un pago que, evidentemente, tendrá que afrontar con líquido que no procede de la plusvalía que no se ha realizado. En estas condiciones el aplazamiento del pago hasta la efectiva realización resulta bastante razonable, aunque deba, en su caso, establecer alguna garantía frente a la Hacienda del Estado de origen. El coste de dicha garantía, sumado al de las cargas administrativas que resultan de la obligación de mantener informada a dicha Hacienda sobre la evolución del patrimonio de la sociedad será seguramente inferior al que resultaría del pago inmediato del tributo.

Dado, sin embargo, que pueden existir casos en los que pudiera resultar menos gravoso para la sociedad el pago inmediato que la constitución de una garantía y la presentación periódica de informes a la Hacienda del Estado de origen, el Tribunal establece que ha de darse a la sociedad la posibilidad bien de realizar el pago inmediato bien aplazar éste hasta la efectiva realización de la plusvalía manteniendo entre tanto informada a la Hacienda del Estado de origen⁴² y constituyendo, si así es requerida para ello, garantía suficiente del pago futuro⁴³. En ambos casos se generará un coste que se vincula directamente a la transferencia internacional del domicilio y que, por tanto, limita la libertad de establecimiento; aunque, tal como establece el Tribunal de Luxemburgo, está justificado por la necesidad de garantizar el reparto de las competencias tributarias entre los Estados. El coste ha de ser el menor posible; pero en la situación actual no es posible mantener que la movilidad internacional de las sociedades carezca de costes; la libertad de establecimiento no permite llegar aún a este resultado.

VI. CONCLUSIÓN

16. Tal como se adelantaba en la Introducción, la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el caso *National Grid* presenta un gran interés. Da la posibilidad al TJUE de volver sobre los problemas que se planteó en *Daily Mail*, aunque esta vez abordando de forma directa las cuestiones tributarias que subyacían en este último caso y que se hacen explícitas en *National Grid*. El Tribunal mantiene que también la normativa del Estado de constitución de la sociedad está sujeta a las exigencias de la

⁴² Vid. el núm. 73 de la Sentencia *National Grid*.

⁴³ Vid. el núm. 74 de la Sentencia.

libertad de establecimiento (lo que no quedaba absolutamente claro de su jurisprudencia anterior, especialmente de las sentencias *Daily Mail* y de *Cartesio*); y aclara que la tributación que se deriva del traslado de la sede de una sociedad de un Estado miembro a otro es una restricción a la libertad de establecimiento que, sin embargo, está justificada por la necesidad de garantizar una adecuada distribución de competencia tributaria entre los diferentes Estados miembros. En concreto, es posible que se liquiden los tributos derivados de las plusvalías latentes aún no realizadas en el momento de la transferencia internacional de sede, si bien no es exigible el pago inmediato del tributo resultante, pudiendo ser sustituido dicho pago por la obligación de informar a la Hacienda del Estado de origen tras el traslado y hasta el momento en el que la plusvalía se haga efectiva, acompañando dicha información, en su caso, por la constitución de una garantía suficiente del pago futuro. En cualquier caso, el Estado de origen no está obligado a tener en cuenta en la liquidación las minusvalías que pudieran producirse tras el traslado, lo que supone una importante diferencia entre el tratamiento del traslado de sede de las personas físicas (*vid.* la Sentencia *N*) y las personas jurídicas.