

# PÉRDIDA DE LA DEDUCCIÓN POR REINVERSIÓN EN ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES SITUADOS EN OTROS ESTADOS MIEMBROS: ¿UNA NUEVA FORMA DE IMPUESTO DE SALIDA?

**Análisis de la STJUE de 16 de abril de 2015, Asunto C-591/13**

**José Miguel Martín Rodríguez**

*Profesor de Derecho Financiero y Tributario.  
Universidad de Extremadura*

## 1. SUPUESTO DE HECHO

La legislación alemana del impuesto sobre la renta (*Einkommensteuergesetz*, EStG en adelante) permite a través de su artículo 6 b), en las operaciones de transmisión de terrenos, plantaciones, edificios o buques de navegación interior aplicar una deducción sobre los gastos de adquisición o producción de nuevos elementos, es decir, sobre el valor de los activos en que se reinvierte. Esta deducción tiene como valor máximo el importe de las plusvalías puestas de manifiesto con ocasión de la transmisión y puede aplicarse en el mismo ejercicio de la enajenación o, previa constitución de una reserva por dicho importe, en los cuatro ejercicios siguientes.

El potencial conflicto con el Derecho de la Unión Europea objeto del litigio estriba en que para aplicar este beneficio fiscal la legislación alemana exige que los bienes adquiridos o producidos formen parte de un establecimiento permanente situado en el territorio nacional, impidiendo su ejercicio en el caso de que, por ejemplo, se pretenda materializar la reinversión en un bien perteneciente a un establecimiento permanente de otro Estado miembro.

Descontenta con el posible impacto de esta normativa sobre las libertades fundamentales, la Comisión se dirigió por primera vez a la República Federal de Alemania el 15 de mayo de 2009 mediante un escrito de requerimiento, que en un primer momento invocaba la incompatibilidad del precepto con la libre circulación de capitales. Tras aceptar que la normativa bajo examen guardaba relación realmente con la libertad de establecimiento, a sugerencia de la propia Alemania, la Comisión envió el 30 de septiembre de 2011 dictamen motivado en el que confirmaba que el precepto bajo examen infringía los artículos 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y 31 del Acuerdo del Espacio Económico Europeo (EEE). Tras la respuesta alemana de 28 de noviembre de 2011 considerando erróneo el criterio de la Comisión se abrió un periodo de silencio de casi dos años al que puso fin la Comisión con la interposición el 20 de noviembre de 2013, en virtud del artículo 258 del TFUE, del recurso por incumplimiento objeto de la sentencia bajo análisis.

## 2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

La República Federal Alemana plantea de inicio la inadmisibilidad del recurso por dos motivos, la demora en la interposición del mismo y la modificación de su objeto. Al respecto de la dilación de casi dos años en presentar el recurso, Alemania considera que atenta contra los principios generales de seguridad jurídica y de cooperación leal. El Tribunal, sin embargo, recuerda que la Comisión tiene libertad para elegir el momento en que ejerce la acción por incumplimiento con la excepción de aquellos supuestos en que la duración excesiva del procedimiento administrativo previo dificulte la defensa del Estado denunciado, cuestión que corresponde demostrar al Estado interesado<sup>1</sup>. Dado que Alemania no ha probado este extremo, el Tribunal entiende que no cabe la inadmisión del recurso.

El segundo motivo de inadmisibilidad invocado por Alemania es el cambio en el objeto del recurso. Tanto en la fase administrativa como en la demanda la Comisión había cometido el error de señalar que la imposición de las plusvalías derivadas de la enajenación de los bienes sustituidos se aplazaba en todos los casos hasta la enajenación de los bienes sustitutivos, cuestión que no es así en el caso de que dichos bienes sean amortizables, pues la menor deducción del gasto provocará una tributación progresiva de las plusvalías. El Tribunal vuelve a rechazar este motivo de inadmisión considerando que no cabe considerar la existencia de un motivo nuevo por el hecho de extender la denuncia tanto a los bienes amortizables como a los no amortizables<sup>2</sup>.

Entrando en el fondo del asunto, debemos recordar que la causa juzga la compatibilidad con la libertad de establecimiento de la norma alemana que limita el aplazamiento de las plusvalías a los supuestos en que los bienes sustitutivos en que se reinviertan formen parte del patrimonio de un establecimiento permanente situado en Alemania, excluyendo esta posibilidad e imponiendo su gravamen inmediato si los bienes sustitutivos forman parte de un establecimiento permanente fuera de Alemania. A simple vista resulta evidente que esta previsión hace menos ventajosa fiscalmente la reinversión en establecimientos permanentes situados en otros Estados miembros de la Unión o del EEE.

A tenor de esta realidad el Tribunal considera, en primer lugar, que la medida contenida en el artículo 6 b) de la EStG constituye una restricción a la libertad de establecimiento, al condicionar el beneficio del aplazamiento de las plusvalías al caso en que la reinversión se realiza en el mismo territorio e impidiendo su ejercicio por un sujeto pasivo que desee reinvertir esas

<sup>1</sup> STJUE de 28 de octubre de 2010, *Comisión/Lituania*, C-350/08, apartados 33 y 34.

<sup>2</sup> Tal y como reconoce el Tribunal en la sentencia: «en el caso de los bienes sustitutivos no amortizables ese aplazamiento podría prolongarse hasta la enajenación de esos bienes, mientras que puede ser de menor duración para los bienes amortizables. Sin embargo, esa ventaja solo se concede en ambos casos a las reinversiones realizadas para la adquisición de bienes sustitutivos que formen parte del patrimonio de un establecimiento permanente del sujeto pasivo situado en el territorio alemán». STJUE de 16 de abril de 2015, *Comisión/República Federal de Alemania*, C-591/13 (NFJ057924), apartado 23.

plusvalías en la adquisición de bienes sustitutivos destinados a un establecimiento permanente situado en el territorio de otro Estado miembro<sup>3</sup>. Como recuerda el Tribunal, la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 49 del TFUE comprende, tanto el derecho de las sociedades constituidas conforme a la legislación de un Estado miembro a ejercer su actividad en otros Estados miembros (beneficio de trato nacional en el Estado de acogida), como el derecho a que su Estado de origen no obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación. Dado que la diferencia de trato puede hacer la reinversión realizada fuera del territorio alemán menos atractiva que la realizada dentro de él, la normativa bajo análisis puede disuadir a un sujeto pasivo de ejercer su libertad de establecimiento mediante la reinversión en un establecimiento permanente situado en el territorio otro Estado miembro.

Constatada la existencia de la restricción el Tribunal pasa a aplicar su conocida *rule of reason*, de modo que la citada restricción solo podrá admitirse si está justificada objetivamente por alguna de las razones imperiosas de interés general reconocidas en el Derecho de la Unión, es adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no va más allá de lo necesario para alcanzarlo. En este caso, las diferentes razones aducidas por Alemania en defensa de su normativa son rechazadas una por una.

En primer lugar, el Tribunal analiza la justificación basada en la «necesidad de preservar el reparto de la potestad impositiva entre los Estados miembros». En este sentido en jurisprudencia previa ha admitido que este pueda ser un objetivo legítimo para fijar, mediante convenio o de forma unilateral, los criterios de reparto de su potestad tributaria. No obstante, realizando un paralelismo con su Sentencia de 29 de noviembre de 2011, *National Grid Indus* [C-371/10 (NFJ045002)], el Tribunal recuerda que, si bien se reconoce el derecho del Estado a gravar una plusvalía generada en el ámbito de su competencia fiscal antes de un traslado a otra jurisdicción, es desproporcionado exigir la recaudación inmediata sin permitir al sujeto pasivo elegir entre el pago inmediato de ese impuesto o el pago diferido del mismo, asumiendo, eso sí, las cargas formales e intereses derivadas de dicho aplazamiento<sup>4</sup>. Alemania por tanto, según el Tribunal, debería ofrecer a los sujetos pasivos que pretenden reinvertir en bienes en establecimientos permanentes de otros Estados miembros esta doble posibilidad (pago inmediato o aplazamiento), al no hacerlo está vulnerando la libertad de establecimiento.

El segundo argumento de Alemania, justificar la medida en «la necesidad de preservar la coherencia del régimen fiscal nacional», es otro clásico medio de defensa (en ocasiones desesperada) de los Estados miembros frente al Tribunal de Luxemburgo. Para admitirse el juez europeo exige una relación directa entre la ventaja fiscal de que se trata y la compensación de esta

<sup>3</sup> No existen motivos objetivos que expliquen esta diferencia de trato pues como asegura el Tribunal la situación de ambos sujetos pasivos (el que reinvierte en el propio territorio y el que lo hace en otro Estado miembro) es similar. STJUE *Comisión/República Federal de Alemania*, apartado 60.

<sup>4</sup> STJUE *Comisión/República Federal de Alemania*, apartados 65-67.

mediante un gravamen fiscal determinado, una relación que el Tribunal no aprecia en este caso, descartando por tanto este motivo de justificación<sup>5</sup>.

Por último, el Tribunal cuestiona también la relación entre el objetivo que según Alemania tendría su normativa «incentivar la inversión en la misma empresa y su reestructuración, para garantizar su continuidad y el mantenimiento del empleo en el territorio alemán» y la medida adoptada: exigir la reinversión en territorio alemán. Considera el TJUE que este objetivo puede alcanzarse también reinvertiendo las plusvalías generadas en un bien sustitutivo integrado en un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro, no olvidemos que dicho bien seguiría afecto a la actividad del propio sujeto pasivo pudiendo contribuir a la inversión y el empleo en igual medida. Como recuerda la sentencia, «los objetivos de carácter puramente económico como el de aumentar los ingresos fiscales nacionales o evitar su reducción no pueden constituir una razón imperiosa de interés general capaz de justificar una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado<sup>6</sup>.

En conclusión y a la vista del rechazo de todos los argumentos esgrimidos por Alemania, el Tribunal considera que la medida enjuiciada infringe la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 49 del TFUE y, por extensión, el artículo 31 del Acuerdo del EEE.

### 3. COMENTARIO CRÍTICO

La sentencia analizada resulta de especial interés por cuanto extiende la jurisprudencia y principios que el Tribunal ha desarrollado en materia de los denominados «impuestos de salida» a supuestos que en la práctica no encajarían dentro de su concepción clásica.

Para empezar este análisis conviene recordar que, genéricamente, podemos entender por impuesto de salida o *exit tax* en el ámbito comunitario el gravamen que exacciona un Estado con motivo del cambio de residencia o domicilio realizado por una persona física o jurídica residente a otro Estado miembro<sup>7</sup>. Su principal cometido, a priori, es gravar plusvalías latentes que podrían

<sup>5</sup> Concretamente el Tribunal considera que no se puede considerar como contrapartida válida la ulterior imposición de las plusvalías derivadas de la enajenación del mismo bien; en todo caso se podría admitir si se compensara mediante la imposición posterior sobre las plusvalías que pudiera generar la enajenación del propio bien sustitutivo. STJUE *Comisión/República Federal de Alemania*, apartado 75.

<sup>6</sup> STJUE *Comisión/República Federal de Alemania*, apartado 78.

<sup>7</sup> MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M.: «Los impuestos de salida y el Derecho comunitario europeo a la luz de la legislación española», *Crónica Tributaria*, núm. 125, 2007, pág. 50. Otra magnífica definición es la aportada por GUERRA REGUERA, que entiende el impuesto de salida como: «el escollo que los Estados colocan a modo de peaje en el punto de partida para evitar que el cambio de residencia fiscal de una persona física o jurídica a otro Estado miembro pueda traducirse en la inmunidad de las ganancias de capital acumuladas en su patrimonio». GUERRA REGUERA, M.: «Los impuestos de salida (*exit taxes*) en el ámbito de la Unión Europea», en AA. VV., *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, CEF, Madrid, pág. 84.

escapar al poder tributario del Estado ante la salida del contribuyente (y con él, de otros factores de conexión) de su jurisdicción. Sin embargo, como acierta a señalar RIBES RIBES, dentro de una concepción amplia de impuestos de salida podemos encontrar otras manifestaciones defensivas del Estado originario de residencia en su afán por minimizar el impacto para sus arcas de un cambio de residencia<sup>8</sup>. Es decir, además del concepto clásico del impuesto de salida como gravamen inmediato sobre plusvalías latentes, podemos encuadrar dentro de esta categoría, por ejemplo, las normas que provocan una extensión ficticia de la residencia o los métodos de recuperación de deducciones u otros beneficios fiscales en relación con supuestos de diferimiento.

Tras la lectura del caso que nos ocupa podemos apreciar que Alemania no activa su medida defensiva (obligar a la imposición inmediata de las plusvalías) ante un supuesto de cambio de residencia del sujeto como sucede con los impuestos de salida, sino ante el simple hecho de que el sujeto, en vez de reinvertir dichas plusvalías en un bien dentro del propio Estado alemán, lo hace en un bien situado en un establecimiento permanente de otro Estado miembro. La medida enjuiciada, por tanto, no entra a nuestro parecer dentro de la concepción del impuesto de salida, pues entendemos estos como un obstáculo a los cambios de residencia entre Estados miembros.

No obstante, la jurisprudencia aplicada por el Tribunal para enjuiciar este asunto tiene como eje fundamental la sentencia *National Grid Indus*, el primer pronunciamiento sobre impuestos de salida en el ámbito de las personas jurídicas en la Unión Europea<sup>9</sup>. ¿Significa ello que el Tribunal extiende la concepción de impuestos de salida a nuevos supuestos?, ¿o simplemente que, en vistas de las circunstancias del caso, se puede dibujar un paralelismo entre los impuestos de salida y la medida alemana declarada contraria al Tratado?

Personalmente nos decantamos por la segunda opción, es decir, dado que no existe un cambio de residencia no podemos considerar que la medida alemana constituya un impuesto de salida. Todo ello partiendo de la premisa de que entendemos que estos se circunscriben a proteger al Estado originario contra «salidas de su jurisdicción» en forma de cambios de residencia, una protección que podría justificarse por el riesgo que este cambio de residencia entraña de cara a perder control sobre plusvalías latentes generadas en el propio Estado o en lo que respecta al cumplimiento de los requisitos para disfrutar de determinados beneficios fiscales. La confusión puede estribar en que Alemania, al configurar la deducción equivalente a las plusvalías vía artículo 6 b) de la EStG, está creando en el fondo plusvalías latentes que se pondrán de manifiesto cuando el bien en que se ha reinvertido se transmita de nuevo (de una sola vez) o a medida que este se vaya amortizando ya que dicha deducción minora el valor del bien adquirido. En su afán por no perder el control

<sup>8</sup> RIBES RIBES, A.: «La problemática de los *exit taxes* en la Unión Europea», en AA. VV., *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público (Homenaje al profesor doctor don Javier Lasarte Álvarez)*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014, págs. 904-905.

<sup>9</sup> Para un análisis detallado de la misma nos remitimos a nuestro propio trabajo MARTÍN RODRÍGUEZ, J. M.: «Los impuestos de salida: un análisis actualizado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Quince-na Fiscal*, núm. 4, 2012, págs. 29-65.

sobre estas plusvalías latentes adjuntas al bien sustitutivo, la norma alemana quiere evitar que estas plusvalías viajen a otra jurisdicción perdiendo el control sobre su destino.

La realidad, por tanto, es que el trasfondo y el resultado provocado por la norma alemana es muy similar al propio de un impuesto de salida; a pesar de ello, circunstancia que consideramos crucial, no consideramos equiparable el objetivo de la normativa alemana con el propio de la imposición de salida. El propósito de la primera es impedir que el beneficio fiscal creado para fomentar la reinversión en Alemania pueda ser disfrutado en otros Estados (incluidos los Estados miembros); el de los *exit tax*, en cambio, es mantener la potestad tributaria sobre las «cuentas pendientes» de un sujeto que se traslada de jurisdicción. Insistimos, sin cambio de residencia no podemos hablar de impuesto de salida.

¿Por qué aplica entonces el Tribunal los principios de la imposición de salida a este asunto? En nuestra opinión, al margen de los claros paralelismos señalados, porque la manera de corregir este obstáculo a la libertad de establecimiento es muy similar a la empleada para adecuar la imposición de salida a las libertades fundamentales.

Pensemos, en primer lugar, que mediante una medida de esta índole Alemania está afectando a la misma libertad de establecimiento contra la que pueden atentar los impuestos de salida. Así lo recuerda el Tribunal en los primeros párrafos en los que conoce del fondo del asunto, donde equipara en cierta medida los obstáculos al traslado de residencia (inspirador de los impuestos de salida) con la diferencia de trato a inversiones en establecimientos permanentes de otros Estados miembros. Acierta, por tanto, el Tribunal cuando asegura que una medida como la alemana, al exigir la imposición inmediata de las plusvalías, si la reinversión se realiza en otro Estado miembro, «puede disuadir a un sujeto pasivo establecido en el territorio alemán de ejercer sus actividades a través de un establecimiento permanente situado en el territorio de un Estado miembro distinto de la República Federal de Alemania»<sup>10</sup>.

El efecto discriminatorio de la medida alemana es también muy similar al de un impuesto de salida: exigir la tributación inmediata de importes (plusvalías latentes) que, de no producirse el movimiento transfronterizo (en ejercicio de la libertad de establecimiento), gozarían de un diferimiento. Al respecto no debemos olvidar que el Tribunal en su jurisprudencia plasmada entre otras en la sentencia *National Grid Indus* admite que el Estado de origen pueda gravar estas plusvalías latentes en atención a la preservación del reparto de la potestad tributaria<sup>11</sup>. El problema estriba en que el Tribunal considera que es totalmente desproporcionado exigir, como única alternativa, la tributación inmediata.

<sup>10</sup> STJUE *Comisión/República Federal de Alemania*, apartado 59.

<sup>11</sup> Como señala en el apartado 46 de dicha sentencia, la tributación inmediata «tiene por objeto evitar situaciones que puedan comprometer el derecho del Estado miembro de origen a ejercer su competencia en materia tributaria respecto a las actividades realizadas en su territorio y puede, por tanto, estar justificada por motivos relacionados con el mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros». STJUE *National Grid Indus*, apartado 46.

De este modo, trayendo a colación esta jurisprudencia previa sobre el gravamen de plusvalías latentes en situaciones transfronterizas, el Tribunal recuerda que se debe permitir al sujeto pasivo elegir entre el pago inmediato de ese impuesto y el pago diferido del mismo, acompañado en su caso de los intereses que correspondieran con arreglo a la normativa nacional aplicable<sup>12</sup>.

Esta sentencia, por tanto, se caracteriza por extender los principios propios de la imposición de salida a un supuesto en el que también existen de algún modo plusvalías latentes sobre las que se puede perder el control por una operación transfronteriza. La vulneración de la libertad de establecimiento en que incurre la normativa alemana puede corregirse simplemente permitiendo al sujeto optar entre la tributación inmediata o el aplazamiento de la misma; en este caso, entendemos, hasta la transmisión del bien sustitutivo en que se reinvierte. Aunque la inexistencia de un efectivo traslado de residencia impide que califiquemos la medida defensiva alemana como un impuesto de salida, lo cierto es que esta sentencia amplía el principio de (des)proporcionalidad de la tributación inmediata a una manifestación casi equivalente.

En la práctica no hace sino consagrar en cierta medida el derecho de los contribuyentes a optar entre el aplazamiento y la tributación en liquidaciones derivadas de operaciones transfronterizas en las que el Estado de origen pretende garantizar su potestad tributaria exigiendo la tributación inmediata. Nos resulta lógico que la libertad de establecimiento reciba una protección similar en todos sus frentes, pues el traslado de residencia es solo una más de las ocasiones en que se pueden poner de manifiesto obstáculos a decisiones con repercusiones transfronterizas. La inversión en establecimientos permanentes de otros Estados miembros no puede recibir un tratamiento fiscal menos atractivo que la practicada a nivel nacional, la aportación de garantía debe entenderse como el *mal menor* para acceder a esta igualdad de trato.

Para concluir, observamos que aunque formalmente los instrumentos de intercambio de información están suficientemente desarrollados para que los Estados pierdan el miedo a estas operaciones, el Tribunal apoya sus recelos en movimientos empresariales transfronterizos admitiendo la exigencia de garantía (y el devengo de intereses) como requisito para el aplazamiento, una garantía que indudablemente tiene unos costes. A la par que evolucione el intercambio de información en la Unión es previsible que deban eliminarse paralelamente estas trabas, mientras tanto se consagra el derecho a la opción de pagar o aplazar (pagando).

---

<sup>12</sup> STJUE de 16 de abril de 2015, C-591/13 (NFJ057924), *Comisión Europea C. República Federal de Alemania*, apartado 73.

---

## Bibliografía

GUERRA REGUERA, M. [2010]: «Los impuestos de salida (*exit taxes*) en el ámbito de la Unión Europea», en AA. VV., *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, CEF, Madrid, pág. 84.

MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M. [2007]: «Los impuestos de salida y el Derecho comunitario europeo a la luz de la legislación española», *Crónica Tributaria*, núm. 125, pág. 50.

MARTÍN RODRÍGUEZ, J. M. [2012]: «Los impuestos de salida: un análisis actualizado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Quincena Fiscal*, núm. 4, págs. 29-65.

RIBES RIBES, A. [2014]: «La problemática de los *exit taxes* en la Unión Europea», en AA. VV., *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público* (Homenaje al profesor doctor don Javier Lasarte Álvarez), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, págs. 903-936.

plusvalías en la adquisición de bienes sustitutivos destinados a un establecimiento permanente situado en el territorio de otro Estado miembro<sup>3</sup>. Como recuerda el Tribunal, la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 49 del TFUE comprende, tanto el derecho de las sociedades constituidas conforme a la legislación de un Estado miembro a ejercer su actividad en otros Estados miembros (beneficio de trato nacional en el Estado de acogida), como el derecho a que su Estado de origen no obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación. Dado que la diferencia de trato puede hacer la reinversión realizada fuera del territorio alemán menos atractiva que la realizada dentro de él, la normativa bajo análisis puede disuadir a un sujeto pasivo de ejercer su libertad de establecimiento mediante la reinversión en un establecimiento permanente situado en el territorio otro Estado miembro.

Constatada la existencia de la restricción el Tribunal pasa a aplicar su conocida *rule of reason*, de modo que la citada restricción solo podrá admitirse si está justificada objetivamente por alguna de las razones imperiosas de interés general reconocidas en el Derecho de la Unión, es adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no va más allá de lo necesario para alcanzarlo. En este caso, las diferentes razones aducidas por Alemania en defensa de su normativa son rechazadas una por una.

En primer lugar, el Tribunal analiza la justificación basada en la «necesidad de preservar el reparto de la potestad impositiva entre los Estados miembros». En este sentido en jurisprudencia previa ha admitido que este pueda ser un objetivo legítimo para fijar, mediante convenio o de forma unilateral, los criterios de reparto de su potestad tributaria. No obstante, realizando un paralelismo con su Sentencia de 29 de noviembre de 2011, *National Grid Indus* [C-371/10 (NFJ045002)], el Tribunal recuerda que, si bien se reconoce el derecho del Estado a gravar una plusvalía generada en el ámbito de su competencia fiscal antes de un traslado a otra jurisdicción, es desproporcionado exigir la recaudación inmediata sin permitir al sujeto pasivo elegir entre el pago inmediato de ese impuesto o el pago diferido del mismo, asumiendo, eso sí, las cargas formales e intereses derivadas de dicho aplazamiento<sup>4</sup>. Alemania por tanto, según el Tribunal, debería ofrecer a los sujetos pasivos que pretenden reinvertir en bienes en establecimientos permanentes de otros Estados miembros esta doble posibilidad (pago inmediato o aplazamiento), al no hacerlo está vulnerando la libertad de establecimiento.

El segundo argumento de Alemania, justificar la medida en «la necesidad de preservar la coherencia del régimen fiscal nacional», es otro clásico medio de defensa (en ocasiones desesperada) de los Estados miembros frente al Tribunal de Luxemburgo. Para admitirse el juez europeo exige una relación directa entre la ventaja fiscal de que se trata y la compensación de esta

<sup>3</sup> No existen motivos objetivos que expliquen esta diferencia de trato pues como asegura el Tribunal la situación de ambos sujetos pasivos (el que reinvierte en el propio territorio y el que lo hace en otro Estado miembro) es similar. STJUE *Comisión/República Federal de Alemania*, apartado 60.

<sup>4</sup> STJUE *Comisión/República Federal de Alemania*, apartados 65-67.

mediante un gravamen fiscal determinado, una relación que el Tribunal no aprecia en este caso, descartando por tanto este motivo de justificación<sup>5</sup>.

Por último, el Tribunal cuestiona también la relación entre el objetivo que según Alemania tendría su normativa «incentivar la inversión en la misma empresa y su reestructuración, para garantizar su continuidad y el mantenimiento del empleo en el territorio alemán» y la medida adoptada: exigir la reinversión en territorio alemán. Considera el TJUE que este objetivo puede alcanzarse también reinvertiendo las plusvalías generadas en un bien sustitutivo integrado en un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro, no olvidemos que dicho bien seguiría afecto a la actividad del propio sujeto pasivo pudiendo contribuir a la inversión y el empleo en igual medida. Como recuerda la sentencia, «los objetivos de carácter puramente económico como el de aumentar los ingresos fiscales nacionales o evitar su reducción no pueden constituir una razón imperiosa de interés general capaz de justificar una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado<sup>6</sup>.

En conclusión y a la vista del rechazo de todos los argumentos esgrimidos por Alemania, el Tribunal considera que la medida enjuiciada infringe la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 49 del TFUE y, por extensión, el artículo 31 del Acuerdo del EEE.

### 3. COMENTARIO CRÍTICO

La sentencia analizada resulta de especial interés por cuanto extiende la jurisprudencia y principios que el Tribunal ha desarrollado en materia de los denominados «impuestos de salida» a supuestos que en la práctica no encajarían dentro de su concepción clásica.

Para empezar este análisis conviene recordar que, genéricamente, podemos entender por impuesto de salida o *exit tax* en el ámbito comunitario el gravamen que exacciona un Estado con motivo del cambio de residencia o domicilio realizado por una persona física o jurídica residente a otro Estado miembro<sup>7</sup>. Su principal cometido, a priori, es gravar plusvalías latentes que podrían

<sup>5</sup> Concretamente el Tribunal considera que no se puede considerar como contrapartida válida la ulterior imposición de las plusvalías derivadas de la enajenación del mismo bien; en todo caso se podría admitir si se compensara mediante la imposición posterior sobre las plusvalías que pudiera generar la enajenación del propio bien sustitutivo. STJUE *Comisión/República Federal de Alemania*, apartado 75.

<sup>6</sup> STJUE *Comisión/República Federal de Alemania*, apartado 78.

<sup>7</sup> MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M.: «Los impuestos de salida y el Derecho comunitario europeo a la luz de la legislación española», *Crónica Tributaria*, núm. 125, 2007, pág. 50. Otra magnífica definición es la aportada por GUERRA REGUERA, que entiende el impuesto de salida como: «el escollo que los Estados colocan a modo de peaje en el punto de partida para evitar que el cambio de residencia fiscal de una persona física o jurídica a otro Estado miembro pueda traducirse en la inmunidad de las ganancias de capital acumuladas en su patrimonio». GUERRA REGUERA, M.: «Los impuestos de salida (*exit taxes*) en el ámbito de la Unión Europea», en AA. VV., *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, CEF, Madrid, pág. 84.

escapar al poder tributario del Estado ante la salida del contribuyente (y con él, de otros factores de conexión) de su jurisdicción. Sin embargo, como acierta a señalar RIBES RIBES, dentro de una concepción amplia de impuestos de salida podemos encontrar otras manifestaciones defensivas del Estado originario de residencia en su afán por minimizar el impacto para sus arcas de un cambio de residencia<sup>8</sup>. Es decir, además del concepto clásico del impuesto de salida como gravamen inmediato sobre plusvalías latentes, podemos encuadrar dentro de esta categoría, por ejemplo, las normas que provocan una extensión ficticia de la residencia o los métodos de recuperación de deducciones u otros beneficios fiscales en relación con supuestos de diferimiento.

Tras la lectura del caso que nos ocupa podemos apreciar que Alemania no activa su medida defensiva (obligar a la imposición inmediata de las plusvalías) ante un supuesto de cambio de residencia del sujeto como sucede con los impuestos de salida, sino ante el simple hecho de que el sujeto, en vez de reinvertir dichas plusvalías en un bien dentro del propio Estado alemán, lo hace en un bien situado en un establecimiento permanente de otro Estado miembro. La medida enjuiciada, por tanto, no entra a nuestro parecer dentro de la concepción del impuesto de salida, pues entendemos estos como un obstáculo a los cambios de residencia entre Estados miembros.

No obstante, la jurisprudencia aplicada por el Tribunal para enjuiciar este asunto tiene como eje fundamental la sentencia *National Grid Indus*, el primer pronunciamiento sobre impuestos de salida en el ámbito de las personas jurídicas en la Unión Europea<sup>9</sup>. ¿Significa ello que el Tribunal extiende la concepción de impuestos de salida a nuevos supuestos?, ¿o simplemente que, en vistas de las circunstancias del caso, se puede dibujar un paralelismo entre los impuestos de salida y la medida alemana declarada contraria al Tratado?

Personalmente nos decantamos por la segunda opción, es decir, dado que no existe un cambio de residencia no podemos considerar que la medida alemana constituya un impuesto de salida. Todo ello partiendo de la premisa de que entendemos que estos se circunscriben a proteger al Estado originario contra «salidas de su jurisdicción» en forma de cambios de residencia, una protección que podría justificarse por el riesgo que este cambio de residencia entraña de cara a perder control sobre plusvalías latentes generadas en el propio Estado o en lo que respecta al cumplimiento de los requisitos para disfrutar de determinados beneficios fiscales. La confusión puede estribar en que Alemania, al configurar la deducción equivalente a las plusvalías vía artículo 6 b) de la EStG, está creando en el fondo plusvalías latentes que se pondrán de manifiesto cuando el bien en que se ha reinvertido se transmita de nuevo (de una sola vez) o a medida que este se vaya amortizando ya que dicha deducción minora el valor del bien adquirido. En su afán por no perder el control

<sup>8</sup> RIBES RIBES, A.: «La problemática de los *exit taxes* en la Unión Europea», en AA. VV., *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público (Homenaje al profesor doctor don Javier Lasarte Álvarez)*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014, págs. 904-905.

<sup>9</sup> Para un análisis detallado de la misma nos remitimos a nuestro propio trabajo MARTÍN RODRÍGUEZ, J. M.: «Los impuestos de salida: un análisis actualizado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Quince-na Fiscal*, núm. 4, 2012, págs. 29-65.

sobre estas plusvalías latentes adjuntas al bien sustitutivo, la norma alemana quiere evitar que estas plusvalías viajen a otra jurisdicción perdiendo el control sobre su destino.

La realidad, por tanto, es que el trasfondo y el resultado provocado por la norma alemana es muy similar al propio de un impuesto de salida; a pesar de ello, circunstancia que consideramos crucial, no consideramos equiparable el objetivo de la normativa alemana con el propio de la imposición de salida. El propósito de la primera es impedir que el beneficio fiscal creado para fomentar la reinversión en Alemania pueda ser disfrutado en otros Estados (incluidos los Estados miembros); el de los *exit tax*, en cambio, es mantener la potestad tributaria sobre las «cuentas pendientes» de un sujeto que se traslada de jurisdicción. Insistimos, sin cambio de residencia no podemos hablar de impuesto de salida.

¿Por qué aplica entonces el Tribunal los principios de la imposición de salida a este asunto? En nuestra opinión, al margen de los claros paralelismos señalados, porque la manera de corregir este obstáculo a la libertad de establecimiento es muy similar a la empleada para adecuar la imposición de salida a las libertades fundamentales.

Pensemos, en primer lugar, que mediante una medida de esta índole Alemania está afectando a la misma libertad de establecimiento contra la que pueden atentar los impuestos de salida. Así lo recuerda el Tribunal en los primeros párrafos en los que conoce del fondo del asunto, donde equipara en cierta medida los obstáculos al traslado de residencia (inspirador de los impuestos de salida) con la diferencia de trato a inversiones en establecimientos permanentes de otros Estados miembros. Acierta, por tanto, el Tribunal cuando asegura que una medida como la alemana, al exigir la imposición inmediata de las plusvalías, si la reinversión se realiza en otro Estado miembro, «puede disuadir a un sujeto pasivo establecido en el territorio alemán de ejercer sus actividades a través de un establecimiento permanente situado en el territorio de un Estado miembro distinto de la República Federal de Alemania»<sup>10</sup>.

El efecto discriminatorio de la medida alemana es también muy similar al de un impuesto de salida: exigir la tributación inmediata de importes (plusvalías latentes) que, de no producirse el movimiento transfronterizo (en ejercicio de la libertad de establecimiento), gozarían de un diferimiento. Al respecto no debemos olvidar que el Tribunal en su jurisprudencia plasmada entre otras en la sentencia *National Grid Indus* admite que el Estado de origen pueda gravar estas plusvalías latentes en atención a la preservación del reparto de la potestad tributaria<sup>11</sup>. El problema estriba en que el Tribunal considera que es totalmente desproporcionado exigir, como única alternativa, la tributación inmediata.

<sup>10</sup> STJUE *Comisión/República Federal de Alemania*, apartado 59.

<sup>11</sup> Como señala en el apartado 46 de dicha sentencia, la tributación inmediata «tiene por objeto evitar situaciones que puedan comprometer el derecho del Estado miembro de origen a ejercer su competencia en materia tributaria respecto a las actividades realizadas en su territorio y puede, por tanto, estar justificada por motivos relacionados con el mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros». STJUE *National Grid Indus*, apartado 46.

De este modo, trayendo a colación esta jurisprudencia previa sobre el gravamen de plusvalías latentes en situaciones transfronterizas, el Tribunal recuerda que se debe permitir al sujeto pasivo elegir entre el pago inmediato de ese impuesto y el pago diferido del mismo, acompañado en su caso de los intereses que correspondieran con arreglo a la normativa nacional aplicable<sup>12</sup>.

Esta sentencia, por tanto, se caracteriza por extender los principios propios de la imposición de salida a un supuesto en el que también existen de algún modo plusvalías latentes sobre las que se puede perder el control por una operación transfronteriza. La vulneración de la libertad de establecimiento en que incurre la normativa alemana puede corregirse simplemente permitiendo al sujeto optar entre la tributación inmediata o el aplazamiento de la misma; en este caso, entendemos, hasta la transmisión del bien sustitutivo en que se reinvierte. Aunque la inexistencia de un efectivo traslado de residencia impide que calificuemos la medida defensiva alemana como un impuesto de salida, lo cierto es que esta sentencia amplía el principio de (des)proporcionalidad de la tributación inmediata a una manifestación casi equivalente.

En la práctica no hace sino consagrar en cierta medida el derecho de los contribuyentes a optar entre el aplazamiento y la tributación en liquidaciones derivadas de operaciones transfronterizas en las que el Estado de origen pretende garantizar su potestad tributaria exigiendo la tributación inmediata. Nos resulta lógico que la libertad de establecimiento reciba una protección similar en todos sus frentes, pues el traslado de residencia es solo una más de las ocasiones en que se pueden poner de manifiesto obstáculos a decisiones con repercusiones transfronterizas. La inversión en establecimientos permanentes de otros Estados miembros no puede recibir un tratamiento fiscal menos atractivo que la practicada a nivel nacional, la aportación de garantía debe entenderse como el *mal menor* para acceder a esta igualdad de trato.

Para concluir, observamos que aunque formalmente los instrumentos de intercambio de información están suficientemente desarrollados para que los Estados pierdan el miedo a estas operaciones, el Tribunal apoya sus recelos en movimientos empresariales transfronterizos admitiendo la exigencia de garantía (y el devengo de intereses) como requisito para el aplazamiento, una garantía que indudablemente tiene unos costes. A la par que evolucione el intercambio de información en la Unión es previsible que deban eliminarse paralelamente estas trabas, mientras tanto se consagra el derecho a la opción de pagar o aplazar (pagando).

<sup>12</sup> STJUE de 16 de abril de 2015, C-591/13 (NFJ057924), *Comisión Europea C. República Federal de Alemania*, apartado 73.

---

## Bibliografía

GUERRA REGUERA, M. [2010]: «Los impuestos de salida (*exit taxes*) en el ámbito de la Unión Europea», en AA. VV., *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, CEF, Madrid, pág. 84.

MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M. [2007]: «Los impuestos de salida y el Derecho comunitario europeo a la luz de la legislación española», *Crónica Tributaria*, núm. 125, pág. 50.

MARTÍN RODRÍGUEZ, J. M. [2012]: «Los impuestos de salida: un análisis actualizado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Quincena Fiscal*, núm. 4, págs. 29-65.

RIBES RIBES, A. [2014]: «La problemática de los *exit taxes* en la Unión Europea», en AA. VV., *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público* (Homenaje al profesor doctor don Javier Lasarte Álvarez), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, págs. 903-936.