Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. NIILO JÄÄSKINEN
presentadas el 26 de febrero de 2015 [1]

Asunto C-657/13

Verder LabTec GmbH & Co. KG
contra
Finanzamt Hilden

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Finanzgericht Düsseldorf (Alemania)]

«Libertad de establecimiento — Afloramiento y tributación de reservas ocultas derivadas de la transmisión de activos por un establecimiento permanente de una empresa en un Estado miembro a otro establecimiento permanente de otro Estado miembro — Existencia de una restricción — Determinación en el momento de la transmisión del importe de las plusvalías latentes que computan a efectos de beneficios imponibles — Justificación — Preservación del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros — Pago y cobro en diez cuotas anuales — Proporcionalidad»

I. **Introducción**

1. La presente petición de decisión prejudicial versa sobre determinadas normas fiscales de la República Federal de Alemania que establecen una obligación tributaria de pago en cuotas anuales sobre las reservas ocultas (latentes). Estas normas se aplican cuando los activos que forman parte de los bienes empresariales se transfieren de un establecimiento permanente perteneciente a una empresa alemana a un establecimiento permanente en el extranjero.

2. Una sociedad comanditaria alemana transfirió bienes empresariales, consistentes en diversos derechos de propiedad intelectual, desde su establecimiento permanente en Alemania a su establecimiento permanente en los Países Bajos. Según la autoridad tributaria competente, esta operación generó una deuda tributaria con arreglo al Derecho alemán por el afloramiento de reservas ocultas vinculadas a los activos transmitidos. Sin embargo, no se exigió el pago inmediato del impuesto. Por el contrario, las autoridades tributarias permitieron que el pago se realizara en cuotas anuales a lo largo de un período de diez años.

3. La sociedad comanditaria recurrió dicha decisión de las autoridades tributarias ante los órganos jurisdiccionales alemanes, lo cual ha dado lugar a la presente petición de decisión prejudicial del Finanzgericht Düsseldorf. Los problemas jurídicos que se han suscitado en el litigio versan sobre si la normativa alemana recurrida limita la libertad de establecimiento, si esa limitación puede estar justificada por la necesidad de preservar la potestad tributaria de Alemania sobre las plusvalías latentes (reservas ocultas) generadas en ese Estado miembro antes de la transmisión de los activos controvertidos y si es proporcionada, en particular, habida cuenta de que, por un lado, el impuesto debe abonarse incluso antes de que los activos se realicen efectivamente y, por otro, el período de cobro se extiende durante diez años.

1 — Lengua original: inglés.

4. El Tribunal de Justicia ya ha abordado problemas de este tipo, en particular, en su sentencia National Grid Indus,[2] en varios procedimientos por infracción incoados por separado por la Comisión contra Portugal, España y Dinamarca[3] y, más recientemente, en el asunto DMC.[4] Sin embargo, en el caso de autos existe una combinación novedosa de hechos.

II. **Marco jurídico**

5. El marco jurídico nacional, particularmente complejo en este caso, puede resumirse en los términos siguientes.

6. En un principio, no existía base legal con arreglo al Derecho alemán para la llamada «tributación por segregación». Esta figura se basaba en la jurisprudencia del Tribunal Económico Federal (Bundesfinanzhof) de 1969, según la cual la transmisión de un activo de una empresa alemana a su establecimiento permanente en el extranjero debía considerarse una exclusión de dichos activos de las actividades empresariales en el sentido del artículo 4, apartado 1, párrafo segundo, de la Einkommensteuergesetz (Ley del impuesto sobre la renta; en lo sucesivo, «EStG»). Para mitigar el efecto de este planteamiento en los contribuyentes, las autoridades tributarias permitieron, mediante su práctica administrativa, que los sujetos pasivos pudieran optar entre la inclusión inmediata de plusvalías latentes en sus ingresos imponibles y el aplazamiento de la tributación, computando dichos beneficios como un importe compensatorio por impuestos no pagados en las correspondientes cuentas fiscales durante un período de diez años.

7. La «tributación por segregación» se reguló por primera vez en la Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften (Ley sobre las medidas de acompañamiento para la introducción de la sociedad europea y para la reforma de otras disposiciones tributarias; en lo sucesivo, «SEStEG») de 7 de diciembre de 2006.[5]

8. El artículo 4, apartado 1, párrafo tercero, de la EStG, que fue incorporado a la EStG, tiene el siguiente tenor: «La exclusión o la limitación de la potestad tributaria de la República Federal de Alemania sobre las ganancias derivadas de la venta o del uso de un activo equivale a una enajenación para fines ajenos al objeto social».

9. La SEStEG también introdujo el artículo 4g de la EStG según el cual, en los supuestos en los que un activo se considere enajenado a raíz de su asignación a un establecimiento permanente del mismo sujeto pasivo ubicado en otro Estado miembro de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, párrafo tercero, de la EStG, previa solicitud por parte del sujeto pasivo, se creará una partida compensatoria por el importe de la diferencia entre el valor contable y el valor de mercado del activo. Dicha partida compensatoria se amortizará durante el ejercicio fiscal de la creación de la partida y los cuatro siguientes, en una quinta parte en cada uno, incrementando las ganancias respectivas.

2 — Sentencia National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785).

3 — Sentencias Comisión/España (C-269/09, EU:C:2012:43); Comisión/Portugal (C-38/10, EU:C:2012:521); Comisión/Dinamarca (C-261/11, EU:C:2013:480).

4 — Sentencia DMC (C-164/12, EU:C:2014:20). Como ha señalado el Gobierno italiano en sus observaciones escritas, el Finanzgericht no disponía de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto DMC cuando presentó la petición de decisión prejudicial.

5 — *Bundesgesetzblatt*, BGBl I 2006, 2782.

10. En 2010, el artículo 4, apartado 1, de la EStG se modificó a raíz de una sentencia del Bundesfinanzhof.[6] En primer lugar, se introdujo un párrafo cuarto en el artículo 4, apartado 1, de la EStG con el siguiente tenor:

«Tendrá lugar, en particular, una exclusión o limitación de la potestad tributaria sobre las ganancias derivadas de la venta de un activo cuando ese activo, anteriormente adscrito a un establecimiento permanente alemán de un sujeto pasivo, es asignado a un establecimiento permanente en el extranjero.»

11. En segundo lugar, el artículo 52, apartado 8, letra b), de la EStG, que hasta entonces preveía únicamente que el artículo 4, apartado 1, párrafo tercero, de la EStG, en su versión modificada por la SEStEG, entraría en vigor a partir de 2006, fue modificado para disponer que el artículo 4, apartado 1, párrafo tercero, de la EStG se aplicará también a períodos impositivos anteriores cuando se haya producido una transferencia de un activo a un establecimiento permanente extranjero cuyos ingresos estén exentos en Alemania en virtud de un convenio para evitar la doble imposición, y que el artículo 4, apartado 1, párrafo cuarto, de la EStG será aplicable en todos los supuestos en los que sea de aplicación el artículo 4, apartado 1, párrafo tercero, de la EStG.

III. **Litigio principal, cuestión prejudicial y procedimiento ante el Tribunal de Justicia**

12. Verder LabTec GmbH& Co KG (en lo sucesivo, «sociedad comanditaria») es una sociedad comanditaria con domicilio social en Haan, Alemania. Verder LabTec Beteiligungs GmbH (en lo sucesivo, «socio colectivo»), con domicilio social también en Haan, es su socio colectivo.[7] Tarco y Labo-Tech, ambas con domicilio social en los Países Bajos, son los socios comanditarios. Desde mayo de 2005, la sociedad comanditaria se dedicaba exclusivamente a la gestión de sus propios derechos de patente, marcas y modelos de utilidad. Mediante contrato de 25 de mayo de 2005 transmitió dichos derechos a su establecimiento permanente neerlandés ubicado en Vleuten.[8]

13. En el marco de una inspección fiscal, la administración tributaria (Finanzamt Hilden) llegó a la conclusión de que la transmisión de los derechos de la propiedad intelectual había de realizarse mediante el afloramiento de las reservas ocultas aplicando su valor de mercado en la fecha de la transmisión. Todas las partes estuvieron de acuerdo en el valor de las reservas ocultas, y la administración tributaria reconoció, sin embargo, que ese importe no tenía que tributar inmediatamente en su totalidad. Por el contrario, debía ser neutralizado por razones de equidad mediante una cantidad nominal de igual cuantía; dicha cantidad nominal se amortizaría posteriormente de forma lineal a lo largo de un período de diez años, incrementando las ganancias. En otras palabras, el Finanzamt Hilden difirió el cobro por razones de equidad periodificando las reservas ocultas a lo largo de diez años. En su notificación de 17 de agosto de 2009 correspondiente al

6 — Mediante sentencia de 17 de julio de 2008, por tanto cuando ya estaba en vigor el artículo 4, apartado 1, párrafo tercero, de la EstG, en su versión adoptada por la SEStEG, el Bundesfinanzhof abandonó la teoría de la enajenación definitiva en un asunto relativo al ejercicio fiscal 1985. Declaró que la transmisión de un activo a un establecimiento permanente en el extranjero de la misma empresa no constituía una enajenación. No era necesario considerar la transmisión del activo de la empresa alemana a su establecimiento permanente en el extranjero como un supuesto de materialización de beneficios, porque la posterior tributación de reservas ocultas en Alemania no se veía afectada por la circunstancia de que los beneficios del establecimiento permanente en el extranjero estuvieran fiscalmente exentos en Alemania. Sobre la base de ese cambio de orientación jurisprudencial, el legislador decidió modificar el artículo 4, apartado 1, de la EStG. Esa modificación se efectuó mediante la Jahressteuergesetz 2010 de 8 de diciembre de 2010 (BGBl I 2010, 1768) para garantizar que los principios dimanantes de la sentencia de 17 de julio de 2008 se circunscribieran a lo que se resolvió en ese caso en concreto, y que la teoría de la enajenación definitiva, prevista en el artículo 4, apartado 1, párrafo tercero, de la EStG, se aplicase a todos los asuntos aún pendientes.

7 — En Alemania, las sociedades comanditarias cuyo socio colectivo es una sociedad de responsabilidad limitada (las llamadas sociedades GmbH & Co.) son frecuentes por motivos fiscales. Véase Hensler, M. y Strohn, L. *Gesellschaftsrecht*, 2. Auflage 2014, Beck, Múnich, pp. 403 a 404 y 511. En Alemania las sociedades comanditarias están sujetas a un régimen de transparencia fiscal, lo que supone que la propia sociedad no es sujeto pasivo de los impuestos sobre la renta o de sociedades sino únicamente un obligado fiscal en el sentido de que los beneficios imponibles derivados de su actividad se calculan por separado y posteriormente se imputan a sus socios. Los impuestos se recaudan a los socios.

8 — En la resolución de remisión no se hace referencia a las partes de ese contrato. Deduzco del contexto que se trataba de los socios de la sociedad comanditaria. Esta cuestión no parece pertinente para responder a la cuestión prejudicial.

ejercicio de 2005, relativa a la determinación separada y uniforme de las bases imponibles, el Finanzamt Hilden incluyó las reservas ocultas en los ingresos de las actividades de la sociedad comanditaria. Mediante resolución de 19 de septiembre de 2011, el Finanzamt Hilden desestimó por infundado el recurso interpuesto contra dicha notificación.

14. La sociedad comanditaria alega ante el órgano jurisdiccional nacional que la legislación alemana infringe el principio de libertad de establecimiento consagrado en el artículo 49 TFUE. Además, resulta desproporcionada la recaudación inmediata del impuesto en la fecha de transmisión de los activos, siendo una alternativa menos gravosa la exigencia del impuesto en la fecha de la realización de la plusvalía.

15. A la luz de lo anterior, el Finanzgericht Düsseldorf ha planteado la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Es compatible con la libertad de establecimiento del artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que, en el caso de la transmisión de un activo de un establecimiento permanente en territorio nacional a otro establecimiento permanente en el extranjero, pertenecientes ambos a la misma empresa, una normativa nacional disponga que tiene lugar una enajenación de activos para fines ajenos al objeto social, con la consecuencia de que se produce una realización de ganancias por afloramiento de reservas ocultas, mientras que otra normativa nacional ofrece la posibilidad de repartir dichas ganancias uniformemente entre cinco o diez ejercicios fiscales?»

16. Verder Labtec GmbH & Co. KG, Finanzamt Hilden, los Gobiernos belga, danés, alemán, español, italiano, neerlandés y sueco y la Comisión presentaron observaciones escritas. No se ha celebrado vista.

IV. **Análisis**

A. *Observaciones introductorias*

1. Sobre la admisibilidad

17. Según la sociedad comanditaria, la cuestión prejudicial es inadmisible por su carácter hipotético. Ello se debe a que los plazos de cinco o diez ejercicios fiscales para la recaudación del impuesto a los que hace mención el Finanzgericht no son aplicables al ejercicio fiscal 2005. La Comisión considera que la petición de decisión prejudicial es o puede ser hipotética en cuanto al plazo de cinco años, dado que no es aplicable al ejercicio fiscal 2005. El Finanzamt y el Gobierno alemán también señalan que el plazo de cinco años no es pertinente para resolver este litigio.

18. En mi opinión, la cuestión prejudicial es hipotética en lo que se refiere a la proporcionalidad del plazo de cinco años para el pago del impuesto. Así es, no hay ninguna decisión de las autoridades tributarias alemanas relativa a la sociedad comanditaria en virtud de la cual le sea aplicable dicho plazo. En cambio, el Finanzamt ha concedido un plazo de diez años para el pago del impuesto por lo que, desde este punto de vista, la cuestión prejudicial no es hipotética. Por lo tanto, en lo que atañe al plazo de cobro, el Tribunal de Justicia debería limitarse a examinar la compatibilidad con el Derecho de la Unión del período de diez años controvertido.

2. Reservas ocultas e imposición de salida

19. La expresión reservas ocultas (latentes) se refiere a las ganancias, en general plusvalías, que no están incluidas en la base imponible de un sujeto pasivo a efectos del impuesto sobre la renta. Las reservas ocultas pueden proceder de una revalorización de un activo, de normas fiscales que permitan una amortización del valor de un activo mayor que la depreciación que realmente se produce por el uso y desgaste ordinarios, o de otras deducciones por gastos aún no soportados. [9]

20. Las plusvalías latentes no tributan como ingresos en los años en los que se generan. Su tributación se aplaza, con carácter general, hasta el ejercicio en el que los ingresos se materializan efectivamente. La lógica que subyace a este sistema es que, antes de su materialización, las reservas ocultas no contribuyen a la capacidad contributiva del sujeto pasivo. Sin embargo, sobre todo en el caso de activos no financieros o bienes especialmente vulnerables a la depreciación, la realización de los activos no sucede necesariamente por su enajenación, sino que las reservas ocultas se «funden», en sentido metafórico, cuando el valor económico del activo se aproxima a cero, por ejemplo, a resultas del uso y desgaste de la maquinaria o por la extinción de un derecho de propiedad intelectual.

21. Las reservas ocultas también se incluyen en los ingresos imponibles en caso de enajenación (transferencia) para fines ajenos al objeto social. Ello significa que un activo es excluido de la base imponible del sujeto pasivo. Así sucede, por ejemplo, cuando un activo empresarial es transferido al propio empresario para su consumo privado o cuando es transmitido desde una sociedad comanditaria a sus socios sin coste alguno o por debajo del valor de mercado del citado activo. Sin embargo, los ejemplos más importantes de enajenación están relacionados con la salida del ámbito personal o territorial de la potestad tributaria de un Estado.

22. La salida tributaria, que entraña la aplicación de los llamados impuestos de salida, puede referirse al sujeto pasivo, al objeto imponible o a ambos. En general, el desplazamiento de un sujeto pasivo, persona física o persona jurídica, a otro Estado miembro transfiere la potestad tributaria a este último. Lo mismo sucede con el traslado de un «objeto imponible», como los activos empresariales, de un Estado a otro. En cuanto a los establecimientos permanentes, [10] pueden darse supuestos de salida del sujeto pasivo, del objeto imponible o de ambos, según el caso. [11]

23. Los artículos 7 y 13, apartado 2, del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, relativos a la tributación de las ganancias de capital y los beneficios empresariales, atribuyen tanto al Estado de origen como al Estado de acogida potestad tributaria sobre los establecimientos permanentes de sociedades extranjeras. Para evitar la doble imposición de los mismos beneficios, los Estados de origen pueden abstenerse de gravar los beneficios de los establecimientos permanentes que sus empresas tengan en el extranjero. Así sucede también en Alemania, que exime de impuestos los ingresos producidos por establecimientos permanentes neerlandeses de sociedades establecidas en Alemania. [12]

9 — Véase Von Brocke, K. y Müller, S. «Exit Taxes». *EC Tax Review* 6 (2013) pp. 299 a 304. Además, pueden acumularse reservas ocultas a consecuencia de activos intangibles, como el fondo de comercio, que han sido creados por el contribuyente pero que pueden no figurar como activos en el balance.

10 — Según los artículos 5, apartados 1 y 2, del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE sobre la Renta y el Patrimonio de 2010 (OCDE 2012, Publicaciones de la OCDE, http://dx.doi.org/10.1787/978926417517-en) a los efectos de dicho convenio, por «establecimiento permanente» se entiende un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad, en particular, sus sucursales.

11 — Procede recordar que, en la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (DO L 225, p. 1), la expresión aportación de activos tiene un significado concreto y limitado. Según la definición contenida en el artículo 2, letra c), de la Directiva 90/434, «a los efectos de la aplicación de la presente Directiva, se entenderá por: [....] aportación de activos: la operación por la cual una sociedad aporta, sin ser disuelta, a otra sociedad la totalidad o una o más ramas de su actividad, mediante la entrega de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria de la aportación».

12 — Las disposiciones pertinentes del Convenio para evitar la doble imposición celebrado en 1959 por Alemania y los Países Bajos figuran en las observaciones escritas de Bélgica y Alemania. Según el artículo 20, apartado 2, de dicho Convenio, Alemania, como Estado de residencia del sujeto pasivo, debe excluir de la base imponible todos los ingresos o plusvalías capital que, con arreglo al Convenio, puedan ser gravados por los Países Bajos. Así sucede con los establecimientos permanentes de sociedades alemanas situados en los Países Bajos (artículo 5).

24. Los impuestos de salida pueden producir, en los sujetos pasivos, situaciones de doble imposición o de no tributación de las reservas ocultas. La primera situación puede darse cuando el Estado que el sujeto pasivo abandona exige un impuesto de salida basado en la diferencia entre el valor contable (en las cuentas fiscales) y el valor real del activo, mientras que el Estado de acogida aplica el mismo valor contable como base de gravamen cuando el activo se enajena, sin permitir la deducción del impuesto de salida abonado en el Estado de salida. Por el contrario, en el segundo caso la no tributación de una reserva oculta puede obedecer a que el Estado de salida no exija impuesto de salida y, al mismo tiempo, el Estado de acogida acepte el valor real del activo como valor de entrada («stepping-up» o revisión al alza del valor), y el activo se enajena por ese valor. [13]

25. Además, si el impuesto de salida se recauda antes de que se realice el activo, se generará un flujo de caja desfavorable para el sujeto pasivo.

26. Las observaciones presentadas en este asunto ponen de manifiesto el desacuerdo permanente que existe entre la Comisión y los Estados miembros sobre la admisibilidad y los mecanismos de funcionamiento de los impuestos de salida en el mercado interior. [14] Aunque la Comisión y el Consejo parecen coincidir en la tesis básica de que los impuestos de salida constituyen restricciones a las libertades del mercado interior, pero al mismo tiempo son una consecuencia inevitable del principio de territorialidad fiscal que rige el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, sus opiniones difieren en cuanto a su justificación y proporcionalidad. Por consiguiente, no es sorprendente que los impuestos de salida hayan dado origen a una jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativamente amplia.

3. Resumen de la jurisprudencia

27. No hay ninguna sentencia del Tribunal de Justicia que pueda extrapolarse directamente al presente asunto. Así pues, un panorama general de los problemas fácticos analizados en este tipo de asuntos y de las conclusiones del Tribunal de Justicia ofrece una útil orientación para dilucidar si el recurso interpuesto por la sociedad comanditaria tiene fundamento en el Derecho de la Unión.

28. En el asunto National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), una sociedad neerlandesa trasladó su sede de dirección efectiva al Reino Unido. Según el convenio para evitar la doble imposición, tras su traslado, se consideraba que tenía residencia a efectos fiscales en el Reino Unido, pese a seguir siendo una sociedad neerlandesa que, en principio, debía tributar en los Países Bajos. Dado que la sociedad no disponía de un establecimiento permanente en los Países Bajos, el Reino Unido era el único facultado para gravar sus beneficios y plusvalías después del traslado en virtud de lo dispuesto en el convenio para evitar la doble imposición. Con arreglo a la legislación neerlandesa debía realizarse una liquidación final de las plusvalías latentes en el momento del traslado.

29. El Tribunal de Justicia respondió a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Gerechtshof Amsterdam, por cuanto aquí interesa, declarando que el artículo 49 TFUE no se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual el gravamen sobre las plusvalías latentes correspondientes a los elementos del patrimonio de una sociedad se liquida definitivamente, sin tener en cuenta ni las minusvalías ni las plusvalías que puedan realizarse posteriormente, en el momento en el que la sociedad, con motivo del traslado de su sede de dirección efectiva a otro Estado miembro, deja de percibir beneficios imponibles en el primer Estado miembro. Sin embargo, el

13 — Véase la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, de 19 de diciembre de 2006, sobre imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros, COM(2006) 825 final, pp. 4 y 8.

14 — Véase la COM(2006) 825 final, antes citada, y la Resolución del Consejo, de 2 de diciembre de 2008, sobre la coordinación en materia de imposición de salida (DO C 323, p. 1).

artículo 49 TFUE se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la que debe procederse al cobro inmediato del gravamen sobre las plusvalías latentes correspondientes a los elementos del patrimonio de una sociedad que traslada su sede de dirección efectiva a otro Estado miembro en el momento mismo de dicho traslado.

30. Además de establecer una distinción entre la determinación del importe de las plusvalías imponibles y el cobro del impuesto, el Tribunal de Justicia consideró que la *normativa neerlandesa era adecuada* para garantizar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros interesados dado que *las plusvalías latentes correspondientes a un bien económico resultan gravadas en el Estado miembro en el que se generaron* [15] (el subrayado es mío). Procede observar que el hecho de que la sociedad siguiera estando sujeta a tributación en los Países Bajos pese a no obtener beneficios imponibles en dicho Estado miembro no tenía una importancia determinante.

31. En el asunto Comisión/Portugal (C-38/10, EU:C:2012:521), el Tribunal de Justicia consideró que, mediante su primera imputación, la Comisión sostenía que las disposiciones pertinentes del Derecho portugués obstaculizaban la libertad de establecimiento puesto que tanto en el supuesto de que una sociedad portuguesa traslade a otro Estado miembro su domicilio social y su dirección efectiva como de *transferencia parcial o total a otro Estado miembro de los activos de un establecimiento permanente de una sociedad no residente en Portugal* situado en el territorio portugués, se penaliza económicamente a dicha sociedad en comparación con una sociedad similar que mantenga sus actividades en el territorio portugués. [16] Dado que otras operaciones similares de alcance meramente interno no daban lugar a la imposición inmediata de las plusvalías latentes, el Tribunal de Justicia estimó que la legislación portuguesa era contraria al artículo 49 TFUE.

32. En el asunto Comisión/Dinamarca, [17] la Comisión consideraba incompatible con el artículo 49 TFUE y con el artículo 31 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo una norma danesa que preveía la tributación inmediata de las plusvalías latentes de las sociedades de responsabilidad limitada en caso de transmisión de activos a otro de sus establecimientos permanentes en otros Estados miembros mientras que tales transmisiones dentro del territorio danés (excluida Groenlandia y las Islas Feroe) no estaban sujetas a impuestos. Conforme a la legislación danesa controvertida, esas transmisiones constituían ventas de los activos correspondientes, mientras que operaciones similares llevadas a cabo entre los establecimientos de la sociedad en Dinamarca no se consideraban ventas. [18] El Tribunal de Justicia concluyó que se habían infringido dichas disposiciones porque la normativa danesa, que exigía la tributación inmediata de las plusvalías latentes en caso de transmisión de activos de una sociedad de responsabilidad limitada fuera del territorio continental danés, [19] era desproporcionada. [20]

33. De particular importancia para el presente asunto es la conclusión del Tribunal de Justicia de que los Estados miembros están facultados, a efectos de gravar las plusvalías generadas en sus territorios, para prever un hecho imponible distinto de la materialización efectiva de las plusvalías, a fin de garantizar que esos activos tributan cuando la empresa de que se trate no tiene la intención de enajenarlos, siempre que el impuesto no se cobre en el momento de la transmisión. [21] Esta afirmación

15 — Sentencia National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartado 48.

16 — Sentencia Comisión/Portugal (C-38/10, EU:C:2012:521), apartado 27.

17 — Sentencia Comisión/Dinamarca (C-261/11, EU:C:2013:480) (la sentencia únicamente está disponible en danés y en francés).

18 — Sentencia Comisión/Dinamarca (C-261/11, EU:C:2013:480), apartado 24.

19 — Sentencia Comisión/Dinamarca (C-261/11, EU:C:2013:480), apartado 29.

20 — Sentencia Comisión/Dinamarca (C-261/11, EU:C:2013:480), apartado 32.

21 — Sentencia Comisión/Dinamarca (C-261/11, EU:C:2013:480), apartado 37.

se refería a la alegación del Gobierno danés según la cual los activos no financieros, como los que sufren el uso y desgaste o los bienes intangibles, no están destinados a realizarse y tienden además a depreciarse. Ello entrañaba que su valor contable era nulo o, en todo caso, inferior a la cuota del impuesto. [22]

34. El asunto DMC (EU:C:2014:20) se refería a la tributación de las plusvalías latentes de una sociedad comanditaria alemana que se disolvió porque sus socios comanditarios, dos sociedades de responsabilidad limitada austriacas, habían transmitido sus participaciones en la sociedad comanditaria alemana al socio colectivo, que era una sociedad de responsabilidad limitada alemana, a cambio de participaciones sociales de dicho socio. La sociedad comanditaria se disolvió dado que todas las participaciones habían sido transmitidas al socio colectivo alemán.

35. Ello tuvo como consecuencia que los socios comanditarios tributaran en Alemania por las plusvalías latentes de la sociedad comanditaria, puesto que, en su condición de socios, estaban sujetos al impuesto sobre los beneficios, pero habían dejado de contar con un establecimiento en Alemania tras la disolución de la sociedad comanditaria alemana. Por consiguiente, Alemania ya no estaba facultada para gravar las ganancias obtenidas por los socios comanditarios a raíz de la atribución de participaciones sociales del socio colectivo alemán, como contraprestación por las participaciones que esas sociedades tenían en la sociedad comanditaria. Así pues, las participaciones aportadas por los socios comanditarios al socio colectivo austriaco por su valor estimado y no por su valor contable, dieron lugar a la tributación de las plusvalías latentes correspondientes a las participaciones en la sociedad comanditaria alemana.

36. En el asunto DMC (EU:C:2014:20), el Finanzgericht Hamburg planteó dos cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. La primera de ellas versaba sobre la compatibilidad con la libertad de establecimiento de una normativa nacional que establece que, «con ocasión de la aportación a una sociedad de capital de participaciones en una sociedad personalista, los elementos patrimoniales aportados deben contabilizarse obligatoriamente por su valor estimado (lo cual pone de manifiesto una ganancia imputable a la transmisión eventual de dichas participaciones, que el aportante debe integrar en su base imponible), en la medida en que en el momento de la aportación no dineraria la República Federal de Alemania carezca de la potestad de gravar la ganancia que obtendría el aportante de la transmisión de las nuevas participaciones sociales que recibe a cambio de la aportación».

37. En segundo lugar, en caso de respuesta negativa a la primera cuestión, el órgano jurisdiccional nacional preguntó si la disposición nacional era compatible con la libertad de establecimiento si al aportante se le confería el derecho a solicitar el aplazamiento sin intereses de la deuda tributaria correspondiente a las reservas ocultas, de manera que el impuesto que recaía sobre la ganancia se podía satisfacer en cuotas anuales equivalentes al menos a una quinta parte del importe total, a condición de que garantizase el pago de éstas.

38. El Tribunal de Justicia estimó que los hechos de dicho asunto estaban relacionados con la libre circulación de capitales y no con la libertad de establecimiento. Consideró asimismo que la disposición nacional podía ser compatible con el artículo 63 TFUE a la luz de la justificación relativa a preservar el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros. Esa posibilidad estaba sujeta al requisito de que no fuera, de hecho, imposible para el Estado miembro ejercitar su potestad tributaria en relación con las plusvalías latentes en el momento en que se materializaran efectivamente. [23]

22 — Sentencia Comisión/Dinamarca (C-261/11, EU:C:2013:480), apartados 12 a 14.

23 — Dicho requisito estaba basado en la eventual posibilidad de tener en cuenta las plusvalías a la hora de determinar el impuesto de sociedades que debería pagar en Alemania la sociedad adquirente, es decir, la sociedad de responsabilidad limitada que había sido socio colectivo de la sociedad comanditaria. Sentencia DMC (EU:C:2014:20), apartado 57.

39. En cuanto a la segunda cuestión prejudicial, la tributación inmediata de las plusvalías latentes generadas en el territorio del Estado miembro de que se trate no se consideró desproporcionada, siempre que el contribuyente pueda optar por un aplazamiento del pago y, si lo hace, se imponga la obligación de constituir una garantía bancaria en función del riesgo real de que no se recaude el impuesto. [24] En particular el Tribunal de Justicia declaró que *el escalonamiento del pago del impuesto antes de la realización efectiva de las plusvalías latentes en cinco anualidades es una medida adecuada y proporcionada* para lograr el objetivo de preservar el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, habida cuenta de que el riesgo de que no se recauden los tributos aumenta en función del transcurso del tiempo [25] (el subrayado es mío).

40. En mi opinión, el Tribunal de Justicia aceptó, con carácter general, que en defecto de normas específicas del Derecho de la Unión, la competencia de los Estados miembros en materia de imposición directa entraña que pueden gravan las plusvalías latentes generadas en su territorio, aunque ello suponga una restricción a la libertad de establecimiento o, en su caso, a la libre circulación de capitales. [26] Lo anterior se basa en el reconocimiento de carácter más general, en el marco de la salida de un sujeto pasivo, de la facultad de los Estados miembros de ejercitar su potestad tributaria en relación con actividades desarrolladas en su territorio, de conformidad con el principio de territorialidad fiscal. [27]

41. Sin embargo, a la luz de la jurisprudencia derivada de las sentencias Comisión/Portugal (C-38/10, EU:C:2012:521) y Comisión/Dinamarca (C-261/11, EU:C:2013:480), este reconocimiento de los efectos del principio de territorialidad no se circunscribe a las situaciones en las que un sujeto pasivo abandona el territorio del Estado miembro, sino que también es aplicable cuando se produce una transferencia parcial o total a otro Estado miembro de los activos. En efecto, desde el punto de vista de la territorialidad fiscal, carece de pertinencia que el sujeto pasivo haya abandonado la jurisdicción territorial, si el Estado miembro pierde su potestad territorial sobre una determinada base imponible, como los beneficios imputables a determinados elementos patrimoniales. En ese caso resulta necesario que el Estado miembro establezca la deuda tributaria devengada antes del traslado de la base imponible a la esfera de la potestad tributaria de otro Estado miembro, siempre que el primer Estado miembro haya atribuido, mediante un acto de Derecho internacional y/o de Derecho nacional, su potestad tributaria tras la transferencia sobre dicha base imponible al segundo Estado miembro.

42. El Tribunal de Justicia ha rechazado expresamente que exista la obligación por parte del Estado de origen de tener en cuenta el cambio en el valor de los activos a los que estén vinculadas las reservas ocultas, después de que los activos hayan abandonado el territorio de ese Estado miembro. [28] Sin embargo, la prerrogativa de gravar las plusvalías latentes generadas en el Estado miembro no puede ejercerse de forma desproporcionada en lo que respecta al cobro del impuesto y a sus modalidades.

24 — Sentencia DMC (C-164/12, EU:C:2014:20), apartado 67.

25 — Sentencia DMC (C-164/12, EU:C:2014:20), apartado 62.

26 — Sentencia National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartado 46.

27 — Sentencia DMC (C-164/12, EU:C:2014:20), apartado 49 y la jurisprudencia citada.

28 — Sentencia National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartado 56.

B. *Sobre la existencia de una restricción a la libertad de establecimiento*

43. El órgano jurisdiccional remitente explica la existencia de una restricción a la libertad de establecimiento basándose en que una transferencia similar de activos en Alemania de un establecimiento permanente a otro no habría dado lugar a la imposición de las reservas ocultas. [29] Las partes que han presentado observaciones, a excepción del Finanzamt y del Gobierno belga, parecen estar de acuerdo.

44. Conforme a reiterada jurisprudencia, una normativa fiscal constituirá una restricción a la libertad de establecimiento si una situación transfronteriza recibe un trato menos favorable que una situación nacional, siempre que ambas sean comparables. [30]

45. No cabe duda de que la normativa fiscal alemana trata la trasferencia de activos de un establecimiento permanente nacional a un establecimiento permanente extranjero de forma distinta que una operación similar entre dos establecimientos permanentes nacionales. En el primer caso, las reservas ocultas tributan y en el segundo no. Esta diferencia entraña un trato menos favorable de la operación transfronteriza que de la operación interna, en la medida en que se produce una desventaja de tesorería. [31]

46. En mi opinión, aun obviando el problema de la tesorería, se dispensa un trato menos favorable. La determinación del importe en el que la plusvalía latente contribuye a los beneficios imponibles en el momento de la transmisión de los activos ocasiona que el sujeto pasivo pierda la posibilidad de invocar una posterior reducción del valor de mercado de los activos a la hora de calcular la deuda tributaria. Dicha posibilidad sigue existiendo, no obstante, si los activos permanecen en Alemania.

47. Por lo tanto, en el presente asunto existirá una restricción a la libertad de establecimiento si la situación de una empresa alemana que transfiere activos a un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro es objetivamente comparable con la transmisión de activos a un establecimiento permanente situado en Alemania. Según la jurisprudencia, así parece ser. [32]

48. Sin embargo, según los Gobiernos alemán y belga no se dispensa un trato desfavorable a las operaciones transfronterizas habida cuenta de la existencia del convenio para evitar la doble imposición entre Alemania y los Países Bajos, en relación con la legislación fiscal neerlandesa. Con arreglo a dicho convenio, en Alemania están exentos los beneficios de los establecimientos permanentes neerlandeses de sujetos pasivos alemanes, si bien éstos tributan en los Países Bajos. Conforme a la legislación neerlandesa, el valor de los activos transferidos desde Alemania a un establecimiento permanente neerlandés puede ser revisado al alza, es decir, anotarse en las cuentas fiscales del establecimiento permanente por su valor de mercado, pasando acto seguido a formar parte de la base de amortización. Por lo tanto, el impuesto de salida alemán quedaría neutralizado por las normas fiscales neerlandesas que permiten amortizar el valor de los activos revisado al alza, reduciendo así los ingresos imponibles generados por los activos en los Países Bajos. En virtud de las normas neerlandesas sobre amortización aplicables a los derechos de patente, es posible incluso que el sujeto pasivo se beneficie de esa situación.

29 — Procede señalar que la disposición del tratado aplicable *ratione temporis* es el artículo 43 CE, y no el artículo 49 TFEU, dado que este asunto versa sobre la tributación de una transferencia de activos que se produjo en 2005. No obstante, dado que esas disposiciones no presentan diferencias sustanciales, en mi opinión el Tribunal de Justicia puede responder a las cuestiones preliminares basándose en la segunda de ellas.

30 — Sentencia National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartados 37 y 38, y la jurisprudencia citada.

31 — *Ibídem* apartado 37.

32 — Sentencias Comisión/Dinamarca (C-261/11, EU:C:2013:480), apartado 31; Comisión/Portugal (C-38/10, EU:C:2012:521), apartado 29, y Comisión/España (EU:C:2012:439), apartado 60.

49. En mi opinión, esta argumentación no modifica el hecho de que la legislación alemana discrimina las transferencias transfronterizas de activos. Los efectos del convenio tributario se refieren más bien a la justificación de la restricción, a la luz de la exigencia de repartir las potestades tributarias de forma equitativa entre ambos Estados. Abordaré esa cuestión más adelante.

50. Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia parece refutar las alegaciones de que las normas contenidas en convenios para evitar la doble imposición pueden neutralizar una restricción que, *a priori*, se deriva de la normativa fiscal nacional. El Tribunal de Justicia ha declarado que «corresponde efectivamente a los Estados miembros determinar si debe evitarse, y en qué medida, la doble imposición económica de los beneficios distribuidos y establecer, a este efecto, de forma unilateral o mediante convenios celebrados con otros Estados miembros, mecanismos dirigidos a evitar o a atenuar esta doble imposición económica». No obstante, esto no supone, en sí, que los Estados miembros puedan establecer medidas que contravengan la libertad de circulación. [33]

51. Así pues, en mi opinión, la legislación impugnada en el litigio principal genera una restricción a la libertad de establecimiento.

C. Sobre la justificación de la restricción a la libertad de establecimiento

1. Garantía del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros

52. Según el órgano jurisdiccional nacional y los Estados miembros que han participado en el procedimiento, las normas alemanas controvertidas pueden estar justificadas por la necesidad de garantizar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, objetivo que el Tribunal de Justicia ha considerado un objetivo legítimo de interés general, susceptible de justificar una restricción a la libertad de establecimiento. Por otro lado, Alemania invoca la coherencia de su sistema fiscal.

53. En cambio, la Comisión aduce que no cabe invocar la primera justificación porque, teniendo debidamente en cuenta la jurisprudencia del Bundesfinanzhof, [34] Alemania no pierde su potestad tributaria sobre las plusvalías generadas antes de la transferencia de los activos.

54. Propongo al Tribunal de Justicia que no se pronuncie sobre la alegación de la Comisión, porque se basa en su interpretación del cambio en la orientación jurisprudencial del Bundesfinanzhof sobre si la transferencia de activos a un establecimiento permanente extranjero es equiparable a una enajenación de bienes que ocasiona la pérdida de potestad tributaria de dicho Estado. De hecho, según parece la sociedad comanditaria sólo ha contraído una deuda tributaria a raíz de la transmisión de los activos a un establecimiento permanente extranjero. Es esa consecuencia, derivada de la aplicación del Derecho nacional, la que debe justificar el Estado miembro a efectos de la libertad de establecimiento.

55. La justificación de las normas alemanas conforme al Derecho de la Unión depende, en primer lugar, de si son adecuadas y necesarias para preservar el reparto de la potestad tributaria antes mencionado y, en segundo lugar, de si van más allá de lo necesario para lograr su objetivo. [35] En mi opinión, no procede analizar de forma detallada las normas alemanas controvertidas siguiendo este enfoque, porque es posible aplicar las conclusiones del Tribunal de Justicia en la jurisprudencia antes expuesta.

33 — Sentencia Amurta (C-379/05, EU:C:2007:655), apartado 24. Véase, asimismo, la sentencia Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51), apartados 49 a 51.

34 — Véase la sentencia de 17 de julio de 2008, citada en la nota 6.

35 — Véase, por ejemplo, la sentencia National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartado 42 y la jurisprudencia citada.

56. Procede señalar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre impuestos de salida se ha basado en la distinción existente entre, por un lado, la *determinación* del importe de la deuda tributaria en el momento de la salida y, por otro, el *cobro* del impuesto determinado de ese modo. El Tribunal de Justicia ha aceptado que la primera de esas operaciones está justificada por la necesidad de garantizar el reparto equilibrado de la potestad tributaria [36] y preservar la coherencia fiscal. [37]

57. Nadie discute que Alemania conserva su derecho a gravar las plusvalías latentes generadas en su territorio antes de la transferencia. También es evidente que, en virtud del convenio para evitar la doble imposición aplicable, Alemania ha renunciado a su potestad tributaria sobre los beneficios y activos de un establecimiento permanente neerlandés de una empresa alemana y que considera exento cualquier ingreso imputable a dicho establecimiento permanente.

58. De este modo, los Países Bajos y Alemania han coordinado sus potestades para gravar los beneficios imponibles generados por los activos de que se trata, de forma que el momento de la transferencia es determinante. No cabe duda de que, para que Alemania pueda ejercitar su potestad tributaria, debe poder determinar el importe en el que las plusvalías latentes han contribuido a los beneficios imponibles de la sociedad comanditaria en el momento en que se transfieren los activos. En caso contrario, esas plusvalías se confundirían con cualesquiera ganancias (o pérdidas) de capital devengadas después de la transferencia, que están sujetas a la potestad tributaria de los Países Bajos.

2. Ejercicio de la potestad tributaria de Alemania (determinación del importe de las plusvalías latentes)

59. Pues bien, la cuestión que se le plantea a Alemania es cómo puede ejercitar efectivamente su potestad tributaria. ¿La circunstancia de que la sociedad comanditaria permanezca en Alemania hace innecesario determinar el importe de las plusvalías latentes generadas en Alemania antes de la transferencia de los activos en cuestión a efectos de garantizar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre dos Estados miembros? Esa parece ser la postura de la Comisión. Invoca varios pasajes de la sentencia DMC en la que se reconoció que el objetivo de garantizar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros sólo puede justificar unas normas de un Estado miembro, que en otro caso serían ilegales, cuando el Estado miembro en cuyo territorio se hayan generado los ingresos no pueda ejercitar efectivamente su potestad tributaria con respecto a esos ingresos. [38]

60. Es evidente que Alemania conserva la potestad tributaria *ratione personae* sobre la sociedad comanditaria dado que ésta no ha salido de su territorio. Lo mismo sucede con el socio colectivo, una sociedad de responsabilidad limitada alemana. En cuanto a la situación fiscal en Alemania de los socios comanditarios que son sociedades neerlandesas, los autos no ofrecen ningún tipo de información.

36 — Sentencia DMC (C-164/12, EU:C:2014:20), apartados 51 y 52.

37 — Sentencia National Grid Indus (EU:C:2011:785), apartado 81.

38 — Véase la sentencia DMC (C-164/12, EU:C:2014:20), apartados 56 y 57.

61. A la luz de la sentencia National Grid Indus del Tribunal de Justicia, no creo que pueda censurarse a Alemania que haya valorado los beneficios imponibles en función de la determinación del importe imponible de las plusvalías latentes correspondientes a los activos transferidos al establecimiento permanente neerlandés de la sociedad comanditaria. Ello resulta necesario en aras de la seguridad jurídica, porque dichos beneficios están, en todo caso, vinculados al momento de la transferencia y, por consiguiente, a un determinado ejercicio fiscal. [39]

62. En mi opinión no existe ninguna diferencia significativa entre una situación en la que todos los activos de un establecimiento permanente nacional de un sujeto pasivo residente se transfieren a un establecimiento permanente extranjero y una situación en la que sólo se transfieren algunos activos, en la medida en que el sujeto pasivo transmitente continúe sujeto a impuestos en el Estado de salida. En el asunto Comisión/Portugal (C-38/10, EU:C:2012:521), el Tribunal de Justicia no diferenció entre la transferencia total o parcial de los activos de establecimientos permanentes portugueses de una sociedad no residente. [40] Esa cuestión tiene aún menos importancia en el caso de sociedades residentes porque la base imponible, es decir, las plusvalías latentes generadas antes de la transferencia, sigue siendo la misma en ambas situaciones. [41]

63. Por otra parte, la jurisprudencia parece admitir que se exija un impuesto de salida en caso de transferencia de activos incluso cuando el sujeto pasivo no emigra, siempre que no se cobre de forma inmediata. [42]

64. En conclusión, a efectos de garantizar la potestad tributaria de Alemania sobre las plusvalías latentes generadas antes de la transferencia de los activos, que constituye el *hecho imponible* de la determinación de la deuda tributaria, es necesario y adecuado que el importe de los beneficios imponibles se establezca en ese momento. La existencia continuada de la sociedad comanditaria en el territorio de Alemania, no afecta a esta conclusión. Afecta más bien a la cuestión del cobro.

65. Por último, antes de analizar la cuestión del cobro del impuesto con más detalle, procede observar que la alegación de la Comisión relativa a la imposibilidad práctica de gravar las plusvalías latentes objeto de la cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia en el asunto DMC, está fuera de lugar. En el asunto DMC el Tribunal de Justicia se preguntaba si resultaba imposible para Alemania tomar en consideración las plusvalías latentes de la sociedad comanditaria disuelta para determinar la cuota del impuesto de sociedades que debía abonar la sociedad de responsabilidad limitada que había sido su socio colectivo cuando la sociedad comanditaria había sido adquirida por el único socio restante, a saber, la sociedad de responsabilidad limitada, a raíz de su disolución. [43]

39 — La situación sería diferente si el Derecho de la Unión exigiera tomar en consideración, para valorar la cuantía de los beneficios imponibles, el importe de las plusvalías (o minusvalías) latentes cuando los activos fueran realizados en los Países Bajos. Esta obligación fue desestimada por el Tribunal de Justicia en la sentencia National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartados 56 y 57. Véase, asimismo, la sentencia DMC (C-164/12, EU:C:2014:20), apartado 48. Procede recordar que, en el asunto National Grid Indus, la sociedad seguía estando sujeta, en principio, a impuestos en los Países Bajos pese a haber pasado a ser residente en el Reino Unido. Ha de señalarse, además, que si un Estado considera exentos los ingresos imputables a establecimientos permanentes extranjeros de empresas residentes, la obligación de tomar en consideración la reducción del valor de los activos transferidos sin posibilidad de tener en cuenta ningún incremento de su valor tras la salida, constituiría una asimetría que afectaría a la coherencia de su sistema fiscal.

40 — Sentencia Comisión/Portugal (EU:C:2012:521), apartados 27 y 28. Véase también la sentencia Comisión/Dinamarca (C-261/11, EU:C:2013:480), apartado 28.

41 — Véase la sentencia Comisión/Dinamarca (C-261/11, EU:C:2013:480), apartados 31 y 36.

42 — Véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Portugal (C-38/10, EU:C:2012:521). El Tribunal de Justicia declaró que la tributación inmediata de las plusvalías latentes correspondientes a los activos de un establecimiento permanente situado en el territorio portugués transferidos a otro Estado miembro no puede considerarse justificada ni proporcionada. Véase, asimismo, la sentencia Comisión/Dinamarca (C-261/11, EU:C:2013:480), apartados 36 y 37, y la sentencia National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785) en la que la sociedad seguía siendo una sociedad neerlandesa pese a haber trasladado su sede de dirección efectiva a otro Estado miembro.

43 — Sentencia DMC (C-164/12, EU:C:2014:20), apartado 57.

66. En primer lugar, en el presente asunto es imposible tener en cuenta las correspondientes plusvalías latentes a efectos de la tributación de otras personas distintas de la sociedad comanditaria y, en virtud del mecanismo de transparencia fiscal, de sus socios en última instancia. En segundo lugar, sólo cabe garantizar una correcta delimitación de la potestad tributaria de Alemania y de los Países Bajos si se establece el importe de las plusvalías latentes en el momento de la transferencia de los activos. Cualquier eventual materialización posterior de esas plusvalías no afectará a ese importe, porque las plusvalías o minusvalías posteriores a la transferencia de los activos están sujetas a la potestad tributaria de los Países Bajos. Así pues, en realidad no es posible gravar las plusvalías latentes en Alemania si no se determina su importe en el momento de la transferencia.

3. Cobro del impuesto

67. Desde las sentencias Comisión/Dinamarca y DMC parece claro que el Tribunal de Justicia no considera la realización efectiva en el Estado de destino de un activo transferido a un establecimiento permanente en ese Estado miembro como el único *hecho imponible* aceptable u obligatorio en el sentido de generar la obligación de pagar el impuesto, frente al hecho imponible de determinar la deuda tributaria. [44] Asimismo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el cobro inmediato es desproporcionado, pero ha añadido que no lo es ofrecer al sujeto pasivo la posibilidad de elegir entre el pago inmediato y el cobro en cuotas. [45] Una vez reconocido el derecho del Estado miembro de salida a gravar las plusvalías latentes generadas en su territorio, limitar el cobro de ese impuesto exclusivamente a las situaciones en las que el activo es efectivamente realizado dejaría en manos del sujeto pasivo la posibilidad de que el Estado de salida pueda ejercitar sus derechos tributarios. [46]

68. En mi opinión, la jurisprudencia es clara sobre este punto. El Tribunal de Justicia acepta que otros hechos distintos de la realización efectiva pueden generar la obligación de pago del impuesto de salida. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia no obliga a los Estados miembros a permitir que el pago del impuesto de salida se aplace hasta que los activos se realicen efectivamente. [47]

69. Resulta particularmente importante que la realización efectiva no se configure como el único hecho imponible o incluso como una alternativa obligatoria cuando los elementos patrimoniales transmitidos sean derechos de la propiedad intelectual. En primer lugar, dichos derechos son transmisibles pero su titular puede explotarlos fácilmente sin necesidad de enajenar su propiedad. Pues bien, que la realización efectiva sea el hecho imponible a efectos del cobro del impuesto de salida supondría que, en muchos casos, el pago de ese impuesto resultaría voluntario. En segundo lugar, los derechos de la propiedad intelectual suelen generar ingresos por lo que contribuyen a la capacidad de su titular de pagar impuestos como flujo continuo de ingresos a través de cánones o como ingresos empresariales derivados de la explotación del derecho que, en el caso de los derechos sobre patentes y modelos de utilidad está limitado en el tiempo, pero que para las marcas puede ser indefinido. Por consiguiente, un período de cobro en el que el impuesto se abona en cuotas refleja en mayor medida la contribución de esos derechos a la capacidad contributiva. [48]

44 — Sentencias Comisión/Dinamarca (C-261/11, EU:C:2013:480), apartado 37, y DMC (C-164/12, EU:C:2014:20), apartado 53.

45 — Sentencia National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartado 73. En algunos casos, el pago inmediato ahorrará al sujeto pasivo y a las autoridades tributarias cargas administrativas desproporcionadas derivadas de la necesidad de hacer un seguimiento de la evolución de valor de todos y cada uno de los activos transferidos.

46 — Dinamarca formuló esa alegación en el asunto Comisión/Dinamarca (C-261/11, EU:C:2013:480), apartado 13. Procede recordar que el Tribunal de Justicia admitió (véase el apartado 37) que los Estados miembros pueden elegir otro hecho imponible para el cobro del impuesto distinto de la realización efectiva de los activos.

47 — Sentencias Comisión/Dinamarca (C-261/11, EU:C:2013:480), apartados 36 a 38, y DMC (C-164/12, EU:C:2014:20), apartado 53.

48 — Esto es así al margen de las normas de amortización que, en el caso de los derechos de patente en los Países Bajos, son más bien generosas, según se desprende de las observaciones escritas del Gobierno belga.

4. Proporcionalidad del período de diez años para el pago y cobro del impuesto

70. Por último, en lo que atañe a la proporcionalidad del período de diez años previsto para el pago y cobro del impuesto, es ineludible establecer algún tipo de plan de pagos del impuesto, dado que el Tribunal de Justicia ha declarado que las normativas de los Estados miembros que prevean el cobro inmediato de un impuesto de salida en el momento de la transferencia son desproporcionadas [49] si no existe la opción de aplazamiento del cobro. [50]

71. Ese período podría fijarse individualmente para cada activo transferido, teniendo en cuenta su vida útil estimada a la luz de su uso y desgaste o en función de la extinción de los derechos de la propiedad intelectual, opción que según parece propugna la Comisión. Sin embargo, esta solución podría conllevar inconvenientes prácticos considerables para el sujeto pasivo y el Estado miembro de origen, por la distinta duración residual de la protección de los derechos concretos incluidos en los activos transferidos y la posibilidad de su ulterior transferencia dentro de la estructura corporativa, eventualmente a otras jurisdicciones de la Unión Europea o de terceros países. Esas dificultades llevaron al Tribunal de Justicia a rechazar que la realización efectiva fuera considerada el único hecho imponible aceptable para el cobro del impuesto de salida. [51]

72. De las consideraciones anteriores se desprende que cabe fijar un período de pago y cobro sin vulnerar el principio de proporcionalidad. Dado que el Tribunal de Justicia no ha aceptado la posibilidad de cobrar de forma inmediata los impuestos de salida por las desventajas de tesorería que ello ocasiona al sujeto pasivo, es obvio que el período debe ser lo suficientemente prolongado como para solucionar ese problema. Por otra parte, dicho período debe adaptarse a la realidad económica y jurídica del mundo empresarial y de la tributación de sociedades como, por ejemplo, a las disposiciones en materia de conservación de cuentas y su documentación de apoyo.

73. En el asunto DMC (EU:C:2014:20) el Tribunal de Justicia estimó que un período de cinco años para el pago del impuesto de salida era proporcionado en las circunstancias de ese caso. Dado que en el presente asunto el impuesto de salida puede pagarse a lo largo de un período de diez años, en mi opinión no existen motivos para entender que es desproporcionado.

V. **Conclusión**

74. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo al Finanzgericht Düsseldorf:

«La libertad de establecimiento consagrada en el artículo 49 TFUE no se opone a una norma nacional en virtud de la cual, en caso de transmisión de un activo de un establecimiento permanente en territorio nacional a otro ubicado en el extranjero pertenecientes ambos a la misma empresa, aflorarán las reservas ocultas computables como beneficios imponibles, mientras que otra norma nacional ofrece la posibilidad de periodificar dichas ganancias uniformemente durante diez ejercicios fiscales.»

49 — Sentencia National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartado 81.

50 — Sentencias National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartado 73, y DMC (C-164/12, EU:C:2014:20), apartado 61.

51 — Sentencia National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartados 70 y 71.