

## Cambio de residencia y exit tax en el derecho comunitario: la experiencia italiana

Thomas Tassani<sup>1</sup>

### 1. Introducción

La configuración actual del sistema italiano de los impuestos sobre la renta muestra dos aspectos de interés en relación con la libertad de establecimiento.

De un parte, el cambio de residencia al extranjero de sociedades y empresas es considerado expresamente hecho imponible a los efectos de la *exit tax* del art. 166 Tuir.

De la otra, la colocación en el extranjero de la residencia es objeto de normas antifraude y antievasión específicas. En concreto, lo referente a las presunciones de residencia en Italia de entes y sociedades que, formalmente residentes en el extranjero, conservan elementos "sustanciales" de contacto con el territorio italiano. Presunciones de reciente introducción, junto con la posibilidad, reconocida a la Administración tributaria, de hacer valer la "inoponibilidad" del cambio de residencia.

Diseñado en estos términos, este régimen plantea serios problemas en lo concerniente al principio de no discriminación y a la libertad de establecimiento.

Además, dicho cambio de residencia al extranjero de sujetos emprendedores, colectivos o individuales no sólo hace nacer la obligación tributaria si no que este mismo cambio (sobre todo si se trata de entes colectivos) puede comportar

---

<sup>1</sup>El autor es Profesor de Derecho Tributario de la Facultad de Economía de la Universidad de Urbino "Carlo Bo". Traducción de Alberto Gil Soriano. Universitat de València

un agravio probatorio a cargo del contribuyente, llamado a demostrar la no ficción de la residencia no italiana y la ausencia de fraude en dicha decisión.

No obstante, el análisis de la compatibilidad del sistema fiscal nacional con las libertades comunitarias debe tener en cuenta una serie de, ulteriores y fundamentales, elementos.

En primer lugar, cuando el Tribunal de Justicia ha intervenido para declarar la incompatibilidad con la libertad de establecimiento de las *exit tax*, lo ha hecho sobre la base de presupuestos y condiciones que no parecen subsistir en el sistema italiano. Los supuestos de hecho examinados por el Tribunal tenían por objeto cambios de residencia hechos por personas físicas a las que no se aplicaban las normativas de sociedades. Sujetos respecto a los cuales el ordenamiento italiano no prevé actualmente ninguna *exit tax*, quedando ésta limitada a quienes ejercitan actividad de empresa<sup>2</sup>.

En segundo lugar, para determinar el impacto sobre la libertad de establecimiento de las disposiciones nacionales, hay que tener en cuenta la valoración de los bienes hecha por el ordenamiento del país al que los sujetos trasladan la residencia. De la combinación variable entre criterios de valoración "en salida" y "en entrada" se pueden derivar consecuencias completamente diferentes en términos fiscales respecto del sujeto que se traslada, hasta el punto de darse dobles imposiciones o incluso saltos de impuesto.

Finalmente, cabe destacar que *"las sociedades [y en general los entes distintos de las personas físicas] son entidades creadas en virtud de un ordenamiento jurídico" y "sólo tienen existencia a través de las diferentes legislaciones nacionales que regulan su constitución y su funcionamiento"*<sup>3</sup>. Ello significa que

---

<sup>2</sup> Véase el punto 2.3. para la posibilidad de reconstruir una *exit tax* "de sistema" también para los trabajadores autónomos.

<sup>3</sup> Sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 1988, asunto 81/87, *Daily Mail*, en *Réc.* 1988, p. 5483. Conclusiones similares se obtienen en referencia la individuación, en el ámbito del derecho internacional privado, de las leyes reguladoras de las sociedades. El Tribunal de Justicia ha afirmado que la libertad de establecimiento comporta el derecho de la sociedad constituida en un Estado a operar en Estados diversos, aplicando la ley del Estado de "incorporación", que coincide con el Estado en el que se ha fijado la sede social. El Estado diverso del de constitución, al que se ha trasladado la sede efectiva de la sociedad (entendida como la sede administrativa), no sólo debe reconocer la sociedad constituida en dicho Estado, sino que no puede aplicar una disciplina más restrictiva que la impuesta por la legislación del Estado de constitución. (Sentencia del TJCE de 9 de marzo de 1999, C-212/97, *Centros*, en *Réc.* 1999, p. I-1459; Sentencia del TJCE de 5 de noviembre de 2002, C-208/00, *Überseering*, en *Réc.* 2002, I- 9919; Sentencia del TJCE de 30 de

se deja a la elección del legislador nacional tanto el criterio de conexión como las modalidades de inspección de la subsistencia real de los criterios antedichos. El estudio que sigue tratará de estudiar los aspectos ya mencionados, con el convencimiento de que, tal como está estructurado el ordenamiento tributario nacional, la situación italiana resulta paradigmática en el contexto del debate europeo sobre los límites precisos de la libertad de establecimiento.

## 2. El cambio de residencia de las personas físicas

### 2.1. La ausencia de una *exit tax* para sujetos no empresarios

El ordenamiento tributario italiano no prevé ninguna *exit tax* específica relacionada con el cambio de residencia de personas físicas que no ejercitan actividad de empresa.

Los rasgos característicos de los supuestos examinados por el Tribunal de Justicia en las sentencias de *Lasteyrie du Saillant*<sup>4</sup> e N<sup>5</sup> no se dan, por tanto, en el derecho positivo italiano<sup>6</sup>.

Como se ve, en las sentencias mencionadas, el Tribunal ha afirmado la contrariedad con el derecho comunitario de disposiciones nacionales que equiparaban el cambio de residencia a las hipótesis de obtención de plusvalías de participaciones societarias. El efecto restrictivo sobre la libertad de establecimiento derivaba de la discriminación radicada en la diferencia de régimen entre sujetos que trasladaban su propia residencia fiscal (con la consiguiente tasación sobre las plusvalías generadas pero no efectivamente

---

noviembre de 2003, C-167/01, *Inspire Art*, en *Réc.* 2003, I-10155). Sobre este tema, véase BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella comunità europea*, in *Riv.soc.*, 2003, 669 ss.; LOMBARDO, *La libertà comunitaria di stabilimento delle società dopo il "caso Überseering" tra armonizzazione e concorrenza fra ordinamenti*, in *Banca,borsa,tit.cred.*, 2003, 457 ss.; WYMEERSCH, *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in *Riv.soc.*, 2003, 723 ss.; CONTALDI, *Il diritto comunitario delle società tra evoluzioni giurisprudenziali e legge di riforma della materia*, in *Dir.un.eur.*, 2003, 711 ss.; BENEDETTELLI, *"Mercato" comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano*, in *Riv.soc.*, 2003, 699 ss.

<sup>4</sup> Sentencia del TJCE de 11 de marzo de 2004, C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant.

<sup>5</sup> Sentencia del TJCE de 7 de septiembre de 2006, C-470/04, N.

<sup>6</sup> En este sentido, véase LUPI, *Coerenza del sistema fiscale tra dividendi esteri ed exit tax*, in *Dialoghi dir.trib.*, 2004, 1365.

conseguidas) y los otros sujetos (para los cuales era, en cambio, prevista la tasación sólo en caso de “monetización” de las plusvalías).<sup>7</sup>

El *Testo Unico delle Imposte sui Redditi*, en cuanto recoge la tasación de las ganancias de capital (*capital gains*), prevé que las plusvalías asuman carácter de renta, como rentas diversas (art. 67, apartado 1, letra C, c-bis, Tuir), sólo en cuanto derivadas de “cesiones a título oneroso”. Se pide, en otros términos, la efectiva obtención de la renta.<sup>8</sup>

El cambio al extranjero de la residencia no puede determinar la tasación en Italia de las plusvalías, ni siquiera aquellas obtenidas en el período de posesión coincidente con la residencia fiscal italiana, que no podrán ser “recuperadas” para la imposición en nuestro país ni en un segundo momento.

Virtualmente, en las hipótesis en que el sujeto, que ha trasladado la residencia a Italia desde el extranjero, ceda a título oneroso participaciones que han sido detentadas también en el período de residencia no italiana (o, más en general, en el período de sujeción a la disciplina impositiva italiana), debería afirmarse la tasación en Italia de la plusvalía entera.<sup>9</sup>

Así, si es correcto en líneas generales afirmar que el sujeto que traslada al extranjero la propia residencia puede conseguir el efecto de evitar la tasación en Italia de las ganancias de capital generadas [pero aún no conseguidas]<sup>10</sup>, se

---

<sup>7</sup> DE PIETRO, *Compatibilità comunitaria di exit tax su partecipazioni rilevanti*, in *Rass.trib.*, 2006, 1377 ss.; KOTANIDIS, *Case Hughes de Lasteyrie du Saillant: French Exit Tax Incompatible with the Freedom of Establishment.*; RICCI, *Exit taxes tra diritto di cittadinanza e libertà di stabilimento: il caso Hughes De Lasteyrie Du Saillant*, in *Riv.dir.fin.sc.fin.*, 2004, II, 95 ss.

<sup>8</sup> Subsisten diferencias respecto al momento jurídico de relevancia de la plusvalía entre los sistemas de “ahorro gestionado” y del “ahorro administrado”. En este sentido, véase a MARCHETTI, *Il risparmio nel sistema delle imposte sui redditi*, Milano, 1997, 71 ss.; LUPI, *Diritto tributario, Parte Speciale*, Milano, 2007, 185 ss.; MIGNARRI, *Profili inerenti alla tassazione delle plusvalenze finanziarie per i soggetti residenti*, in *Il fisco*, 2008, 4469 ss.

<sup>9</sup> En el sistema de las rentas diversas, no subsiste en efecto ninguna norma (como en cambio es el art. 166 Tuir) capaz de expresar una exigencia “estructural” de conectar la imposición a la plusvalía generada durante la aplicación del régimen tributario italiano. En este sentido, véase el Studio del Consiglio Nazionale del Notariato, *Profili fiscali ai fini dell'imposizione diretta del trasferimento in Italia della sede di una società estera*, est. PURI, del 18/7/2008, en curso de publicación en *Studi e Materiali*, 2008, nota n. 7. Por otro lado es posible que sean aplicables normas específicas de derecho internacional tributario que expongan diferentes criterios de valoración de las participaciones, en el contexto de la tasación de la plusvalía, para evitar la doble imposición, como en el caso del art. 13 del Convenio contra la doble imposición entre Italia y Alemania, objeto de las RIS. AG. ENTRATE n. 67/E de 30 de marzo de 2007.

<sup>10</sup> Dice LUPI, *Coerenza del sistema fiscale*, cit., 1365, que “sería posible eliminar la latencia del impuesto, sobre participaciones sociales poseídas por personas físicas, simplemente trasladándose al extranjero, cediendo la participación y luego volviendo a entrar en Italia”.

hace necesario precisar que, caído el criterio del útil mundial para el sujeto [ya no] residente, la soberanía impositiva italiana podría de todas maneras permanecer en virtud del criterio de localización dado por la fuente de la renta.

Se hace referencia al art. 23, apartado 1, letra f), Tuir, que prevé la tasación de los no residentes por las "plusvalías derivadas de la cesión a título oneroso de participaciones en sociedades residentes"<sup>11</sup>.

El último artículo citado, además, se tiene en cuenta por las diversas rentas y/o actividades del sujeto transferido, para determinar si, respecto a las tipologías de rendimientos, la obligación tributaria continua produciéndose en Italia.<sup>12</sup>

## 2.2. La *exit tax* para los empresarios individuales (reenvío parcial)

Las ideas hasta aquí desarrolladas deben, no obstante, ser completadas en lo referente a las hipótesis de personas físicas que ejercitan actividad de empresa y profesionales.

Al empresario individual se aplica de hecho la *exit tax* del art. 166 Tuir: el cambio de residencia determina la tasación de los bienes que no hayan confluído en una organización estable en el territorio italiano. Se reenvía, pues, a cuanto diremos a continuación<sup>13</sup> sobre el funcionamiento y la justificación de la norma citada. Simplemente subrayar que el mismo art. 166, apartado primero, Tuir, prevé la tasación separada para las plusvalías producidas por los empresarios individuales y de las sociedades personales (art. 17, apartado 1, letra g, l).

## 2.3. La *exit tax* "de sistema" para los trabajadores autónomos

Mayor complejidad presenta la cuestión para las personas físicas que ejercitan un trabajo por cuenta propia. A raíz de las modificaciones hechas al art. 54 Tuir

---

<sup>11</sup> Salvo los supuestos considerados en el art. 23, apartado primero, letra f), n.º. 1, 2 y 3.

<sup>12</sup> Sobre el criterio de la fuente, véase FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004, pp. 364 y ss, y también para ulteriores referencias bibliográficas.

<sup>13</sup> Cita párrafo.

por la Decreto legislativo n° 223 de 4 de julio de 2006<sup>14</sup> y la ley de Presupuestos de 2007<sup>15</sup> (*finanziaria*), también las plusvalías [pero no las minusvalías<sup>16</sup>] de los bienes afectos a la actividad profesional<sup>17</sup> forman parte de la renta.

Las hipótesis normativas de obtención de las plusvalías son las mismas que, en el régimen de la renta de sociedades, pueden producir beneficios o plus/minusvalías en los bienes de empresa<sup>18</sup>: cesión a título oneroso, resarcimiento, consumo personal o familiar, “destino a fines extraños al arte o la profesión” de los bienes afectos.<sup>19</sup>

Anticipándonos a lo que se dirá posteriormente, también el supuesto de cambio de residencia al extranjero puede considerarse como “destino a fines extraños” porque puede producir, si se verifican determinadas condiciones, la salida de los bienes afectos del sistema impositivo nacional.

De ello se deriva que para el trabajador autónomo hay prevista una *exit tax* sistémica, pues la tasación deriva de la aplicación de un supuesto de carácter general y no, en cambio, de una previsión específica en este sentido.

Estas pocas observaciones nos hacen ver la especificidad de la *exit tax* italiana: su razón de ser es más la explicación de los principios de tasación de la renta de empresa y profesional que hipótesis particulares de derogación. Este aspecto será analizado en profundidad a continuación.

Un elemento diferenciador importante entre empresarios individuales y trabajadores por cuenta propia es que dependiendo de las condiciones que se den, incluso en caso de cambio de residencia al extranjero, se sigue aplicando el régimen fiscal italiano en base al criterio de la fuente.

---

<sup>14</sup> Convertido, con modificaciones, por la ley n° 248 de 4 de agosto de 2006.

<sup>15</sup> Ley n° 296, de 27 de diciembre de 2006.

<sup>16</sup> Por efecto de la modificación introducida por la ley n° 296/2006. Para una mayor profundización, véanse los autores citados en la nota al pie 18.

<sup>17</sup> Excluidos los objetos de arte, de anticuario o de colección.

<sup>18</sup> Arts. 57, 58, 85 y 86 Tuir.

<sup>19</sup> Véanse, el Sul tema, Studio del Consiglio Nazionale del Notariato, Redditi di lavoro autonomo: novità relative ai criteri di determinazione introdotte dalla “manovra finanziaria 2007”, est. FORTE, approvato dalla Commissione Studi Tributari il 2/3/2007, in [www.notariato.it](http://www.notariato.it); Circ. Consiglio Nazionale Dottori Commercialisti e degli esperti contabili, n. 1/IR del 12/5/2008, *Il nuovo regime fiscali degli immobili strumentali per l'esercizio di arti e professioni*, in *Il fisco*, 2008, 3887 ss. In generale, sul reddito di lavoro autonomo, SACCHETTO, *I redditi di lavoro autonomo: nozione e disciplina tributaria*, Milano, 1984, *passim*.

Mientras que para el empresario, individual y colectivo, resulta necesaria la constitución de una organización estable en territorio italiano, en el sentido del art. 23 Tuir, para el trabajador autónomo está prevista la tasación en Italia de las rentas "derivadas de las actividades ejercidas en el territorio italiano".

Se deriva que la salida de los bienes afectos del régimen fiscal italiano, con relativa tasación por "destino a fines extraños", podrá configurarse sólo en las hipótesis en que el sujeto trasladado no continúe ejercitando la actividad profesional en Italia o bien cuando, aun continuando ejercitando la actividad profesional en el territorio italiano, no utilice (en parte o totalmente) los bienes afectos usados antes del traslado (que podrían ser, obviamente si son muebles, transferidos al territorio extranjero)

#### 2.4. El cambio de residencia a países de baja fiscalidad

La valoración del impacto de las normas tributarias italianas sobre la libertad de establecimiento, relativas a las personas físicas, debe tener en cuenta lo dispuesto por el art. 2, párrafo 2-bis Tuir. Se trata de la presunción relativa de residencia en Italia para los ciudadanos que se borran del registro de residentes y se trasladan a Estados y territorios diversos de los nombrados en la *white list*, que será establecida por decreto del Ministerio de Economía y de Hacienda.<sup>20</sup>

A continuación de la promulgación de la *white list*, la norma debería aplicarse a los cambios de residencia de las personas físicas hacia países con una fiscalidad privilegiada y que no garanticen un adecuado intercambio de información, al

---

<sup>20</sup> La referencia a la *white list* se introdujo con la ley n° 244 de 24 de diciembre de 2007 (ley de Presupuestos de 2008), en vigor desde el 1 de enero de 2008, que además ha previsto que hasta el período impositivo precedente continúan aplicándose las disposiciones vigentes a fecha de 31 de diciembre de 2007, que se referían a los países y territorios con un régimen fiscal privilegiado contenidos en la *black list* del Decreto ministerial de 4 de mayo de 1999. Sobre este aspecto, véase MARINI, *I nuovi confini dei paradisi fiscali*, in *Rass.trib.*, 1999, pp. 1077 y ss. Sobre el tema, en general, véase también MELIS, *Riflessioni intorno alla presunzione di residenza fiscale di cui all'art. 10 della l. 23 dicembre 1998, n. 448*, in *Rass.trib.*, 1999, 1077 ss.; MAISTO, *La residenza fiscale delle persone fisiche emigrate in Stati o territori aventi regime fiscale privilegiato*, in *Riv.dir.trib.*, 1999, IV, 51 ss.

menos según la *ratio* que ha llevado a la reciente modificación de la disciplina y, en particular, a la introducción del art. 168-bis.<sup>21</sup>

En la medida que la norma también será aplicable a países miembros de la Unión Europea<sup>22</sup> puede aparecer un problema de compatibilidad a la luz de las libertades fundamentales del Tratado. Podría, de hecho, configurarse una forma de restricción<sup>23</sup>, visto el efecto disuasivo que la disciplina podría tener con los sujetos residentes en Italia que deseen trasladarse a otro país europeo (contenido en la *white list*) y, de este modo, ejercitar los propios derechos conexos a la libertad de circulación (art. 18 del Tratado)<sup>24</sup> o, más específicamente, donde el sujeto ejercite una actividad económica<sup>25</sup>, a la libertad de establecimiento (art. 43 del Tratado).<sup>26</sup>

---

<sup>21</sup> En este sentido se expresa MARINI, *op.cit.*

<sup>22</sup> Como sucede con la *black list* actualmente en vigor, aplicable a países comunitarios como Chipre y Malta. Sobre los vínculos derivados de las relaciones entre Estados miembros y Estados que forman parte del Espacio Económico Europeo, véanse las sentencias del TJCE de 26 de octubre de 2006, C-345/05, *Comisión c. Portugal* y de 18 de enero de 2007, C-104/06, *Comisión c. Suecia*.

<sup>23</sup> El Tribunal de Justicia distingue entre los conceptos de discriminación directa (Sentencia del TJCE de 27 de enero de 1986, asunto 270/83, *Avoir fiscal*, en *Réc.* 1986, p. 302. Versión española no disponible, se redirige a la versión inglesa; Sentencia del TJCE de 12 de abril de 1994, C-1/93, *Halliburton*, en *Réc.* 1994, p. 1156), discriminación indirecta (Sentencia del TJCE de 13 de julio de 1993, C-330/91, *Commerzbank*, in *Dir.prat.trib.*, 1994, II, pp. 439 y ss.) y restricción (Sentencia del TJCE de 12 de febrero de 1974, asunto 152/73, *Sotgiu*. Versión española no disponible, se redirige a la versión inglesa). Sobre este tema, véase AMATUCCI, *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 1998, 117 ss.; ADONNINO, *Il principio di non discriminazione nei rapporti tributari fra Paesi membri secondo le norme della CEE e la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità*, in *Riv.dir.fin.sc.fin.*, 1993, I, 63 ss.; DI PIETRO (a cura di), *Libertà economiche e divieto di discriminazione nell'imposizione diretta*, Padova, 2004, *passim.*; SACCHETTO, *Armonizzazione fiscale nella Comunità Europea*, in *Enc.giur.it.*, Roma, 1988, II; PISTONE, *La non discriminazione anche nel settore dell'imposizione diretta: intervento della Corte di Giustizia*, in *Dir.prat.trib.*, 1995, I, 1471 ss.

<sup>24</sup> Sentencia del TJCE de 29 de abril de 2004, C-224/02, *Pusa*; Sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 2001, C-184/99, *Grzelczyk*. Véase también la gran elaboración doctrinal hecha por el Abogado General KOKOTT, en sus conclusiones de 30 de marzo de 2006 en la causa C-470/04.

<sup>25</sup> El ejercicio de una actividad económica está en la base del art. 43 del Tratado. Respecto a la posibilidad de calificar en estos términos la situación de los que poseen participaciones en sociedades, el Tribunal de Justicia ha afirmado en diversas situaciones el principio segundo el cual "puede estar comprendido en el marco de la libertad de establecimiento un ciudadano comunitario residente en un Estado miembro que sea titular de una participación en el capital de una sociedad establecida en otro Estado miembro que le permita desarrollar una influencia efectiva en las decisiones de esa sociedad y determinar sus actividades, situación que siempre se da cuando ostenta el 100 % de los derechos sociales" (así, Sentencia del TJCE de 7 de septiembre de 2006, C-470/04, N.) Véanse las sentencias del TJCE de 13 de abril de 2000, C-251/98, *Baars*, punto 22; de 21 de noviembre de 2002, C-436/00, *X e Y*, punto 37; de 12 de septiembre de 2004, C-194/04, *Cadbury Schweppes*, punto 31).

<sup>26</sup> La libertad de establecimiento tutelada por el Tratado es aquella primaria o secundaria. Sobre dicho punto, MELIS, *Libertà di circolazione dei lavoratori, libertà di stabilimento e principio di non*

Parece posible, aún así, afirmar con una buena dosis de certeza que la norma examinada no es incompatible con las libertades fundamentales, en tanto que se trata de una disposición con efectos procedimentales y no sustanciales, que influye sobre la posición del contribuyente en el procedimiento de inspección tributaria, sobre el que incumbe la carga de la prueba de la "efectividad" de la propia residencia en el extranjero.

La naturaleza procedimental de la disposición no puede ser, de por sí, elemento suficiente para afirmar la legitimidad de la misma sobre el plano comunitario, si se considera el "diferente tratamiento", respecto a la generalidad de los contribuyentes, reservado a sujetos que encajan en el campo de aplicación específico. El Tribunal de Justicia ha afirmado en diversas ocasiones, también en el sector del IVA, que las violaciones de los derechos garantizados a nivel comunitario son valoradas en concreto, considerando los efectos que las disposiciones nacionales producen a los contribuyentes.<sup>27</sup>

No es pues el alcance procedimental más que sustancial lo relevante sino la finalidad y el funcionamiento de las disposiciones.

La finalidad: porque el objetivo de contrastar fenómenos abusivos es reconocido por el Tribunal como razón imperativa de interés general en grado de justificar la violación de las libertades fundamentales<sup>28</sup>, en particular cuando se trata de atacar formas de situación territorial sólo ficticias<sup>29</sup>.

El funcionamiento: porque tal objetivo es perseguido observando el principio de proporcionalidad<sup>30</sup>. La presunción es, de hecho, relativa y no absoluta; no

---

*discriminazione nell'imposizione diretta: note sistematiche sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Rass.trib.*, 2000, pp. 1151 y ss.

<sup>27</sup> Sobre el tema, y también para referencias jurisprudenciales, véase MONDINI, *La nuova responsabilità solidale del cessionario Iva e la sua compatibilità con il diritto comunitario*, in *Rass.trib.*, 2005, 755; RODRÍGUEZ IGLESIAS, *Sui limiti dell'autonomia procedimentale e processuale degli Stati membri nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 2001, 5 ss.

<sup>28</sup> Sentencia del TJCE de 12 de mayo de 1998, C-367/96, *Kefalas*; Sentencia del TJCE de 16 de julio de 1998, C-246/96, *ICI* Sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 2005, C-446/03, *Marks & Spencer*.

<sup>29</sup> Sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 2005, C-446/03, *Marks & Spencer*.

<sup>30</sup> Sobre el tema, GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 1993, 837 ss.; MELONCELLI, *Il controllo di proporzionalità e la giurisprudenza comunitaria in materia fiscale*, in *Riv.dir.trib.*, 2005, I, 806 ss. Para la aplicación del principio a las causas de justificación, véanse las Sentencias del TJCE de 31 de marzo de 1993, C-19/92, *Kraus/Land Baden-Wuttemberg*, en *Réc.* 1993, p. I-1663; sentencia del TJCE de 30 de

existen limitaciones a las pruebas contrarias que el contribuyente pueda producir; no se aducen problemas de retroactividad tales de impedir el concreto ejercicio del derecho a la prueba en contra. En otros términos, la disposición está construida para conseguir verificar la "efectividad" de la residencia en el extranjero, en presencia de situaciones objetivas (el cambio de residencia hacia los paraísos fiscales) que empujan a prever formas de protección del interés fiscal nacional.

### 3. El cambio de residencia de las sociedades y entes

#### 3.1. El cambio de residencia de la sede como modificación estatutaria: consecuencias fiscales de la continuidad de tipo subjetivo

Los efectos fiscales del cambio de residencia de las sociedades y, en general, de los entes colectivos debe necesariamente partir de la reconstrucción y calificación civil de la operación jurídica.

Esta exigencia nace, en concreto, de la configuración que las sociedades, de personas o de capitales, asumen en el ordenamiento tributario italiano. Por efecto de una elección normativa explícita (art. 6, apartado 3 Tuir; art. 81 Tuir), las sociedades mercantiles son consideradas como sujetos productores de rentas de empresa.<sup>31</sup>

Como se ha demostrado en otra sede<sup>32</sup>, el contrato de sociedad mercantil delinea el perímetro de aplicación de la disciplina fiscal de empresa, de modo

---

noviembre de 1995, C-55/94, *Gebhard/Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, en *Réc.* 1995, p. I-4165; sent. 15 diciembre 1995, causa C-415/93, *Bosman e altri*, in "Racc.", 1995, pag I-4921; sentencia del TJCE de 15 de mayo de 1997, C-250/95, *Futura Participations e Singer*, en *Réc.* 1997, p. I-2471.

<sup>31</sup> También los entes mercantiles pueden producir sólo renta de empresa. Para los entes, no obstante, la mercantilidad está ligada al objeto, exclusivo y principal, y no, como ocurre en cambio para las sociedades, a la tipología. Con esta precisión, las observaciones relativas a las sociedades mercantiles deben tenerse por extendidas también para los entes mercantiles. Los entes no mercantiles, al igual que las personas físicas, pueden en cambio producir diversas tipologías de renta. Sobre este punto, véase TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sul reddito*, Milano, 2007, pp. 63 y ss., también para posteriores referencias bibliográficas.

<sup>32</sup> TASSANI, *op.ult.cit.*, pp. 55 y ss.

que las vicisitudes relacionadas con la eficacia (y validez) del contrato inciden también sobre el estatuto fiscal de la empresa. Para los aspectos más relevantes en esta sede, hágase notar que la aplicación de la disciplina fiscal de la empresa está ligada a la continuidad de tipo subjetivo: hasta que la sociedad mercantil subsiste (sobre la base de un contrato válido y eficaz) le será de aplicación la relativa disciplina.<sup>33</sup>

Como quiera que el cambio de residencia fuera considerado como un supuesto de liquidación/extinción de la sociedad, se derivaría una desaplicación del régimen tributario de empresa, con importantes efectos de tipo sustancial.

No obstante, la doctrina mayoritaria del Derecho mercantil califica el cambio de la sede al extranjero como una modificación estatutaria<sup>34</sup>, al mismo nivel que otras operaciones, como fusiones, escisiones y transformaciones.<sup>35</sup>

El cambio de la sede no comporta ninguna discontinuidad de tipo subjetivo; la sociedad no se extingue y ni siquiera debe emprender el procedimiento de liquidación.

A la misma conclusión se llega considerando otros criterios que, en el sentido del art. 73, apartado 3 Tuir, determinan la residencia de las sociedades en Italia y, por tanto, en los casos de "traslado" al extranjero de la sede de la administración y del objeto principal.

De la continuidad subjetiva, consiguiente al cambio de residencia, debería derivarse, en términos tributarios, la no tasación de las plusvalías latentes en el

---

<sup>33</sup> Puede verificarse también en las hipótesis en que, cesada la sociedad, los ex socios continúan ejercitando la actividad empresarial en forma colectiva o individual. La eventual *continuidad* de tipo económico no podrá apreciarse como *continuidad* jurídica, salvo que no sea configurable un supuesto de *transformación* (en sentido jurídico) de la sociedad. Desde el punto de vista fiscal, asistiremos, pues, al cese de una empresa seguido del inicio de una nueva empresa. Para estos aspectos y para las consecuencias de la invalidez/ineficacia del contrato societario respecto de la aplicación de la disciplina fiscal de empresa, véase TASSANI, *op.ult.cit.*, pp. 97 y ss.

<sup>34</sup> Que el Código Civil reconoce como supuesto que hace surgir el derecho del socio a la rescisión en las sociedades anónimas (art. 2437 c.c.) y en las sociedades limitadas (art. 2437 c.c.).

<sup>35</sup> FIMMANO', *Trasferimento della sede sociale all'estero e principio di incorporazione*, e *Le società*, 1997, I, 574; SANTUS, *In tema di trasferimento della sede all'estero ed omologazione parziale*, en *uova giur.civ.comm.*, 1996, I, 857; BALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, en AA.VV., *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, Torino, IX, 1994, pag. 66 ss.; SANTA MARIA, *Spunti di riflessione sulla nuova norma di diritto internazionale privato in materia di società ed altri enti* en *Riv. Soc.*, 1996, pag. 1102.

momento del cambio y del reconocimiento de los valores fiscales. A tales conclusiones no podemos llegar, por dos motivos.

En primer lugar, porque si es verdad que el cambio no comporta la extinción del sujeto, debemos tener en cuenta que de la operación puede derivarse la exclusión de los bienes societarios del régimen fiscal de empresa por la pérdida de la soberanía impositiva italiana.

En segundo lugar, porque la continuidad de los valores fiscales está condicionada no tanto por lo dispuesto en el ordenamiento "de salida" sino por el ordenamiento "de entrada". Ambos aspectos deben valorarse atentamente, en el ámbito de la libertad de establecimiento.

### **3.2. El cambio de residencia al extranjero como hecho imponible: la *exit tax* del art. 166 Tuir**

El cambio de residencia al extranjero es un supuesto, que por sí mismo, no integra un supuesto liquidativo o extintivo del sujeto, pero que puede, no obstante, comportar la expulsión de los bienes societarios del régimen fiscal de empresa. Con el cambio de la residencia<sup>36</sup>, de hecho, se pierde la conexión de carácter "personal" con el territorio italiano y, con ello, puede tener menos relevancia en términos tributarios la actividad de empresa desarrollada.<sup>37</sup>

Dicho en otros términos, aunque el sujeto continúe existiendo en sentido jurídico, el cambio podría determinar el cese de la aplicación del régimen fiscal (obviamente italiano) de empresa.

---

<sup>36</sup> El cambio de residencia se realiza normalmente a través del traslado de la sede social al extranjero. No obstante, si no son colocados en el extranjero la sede administrativa y el objeto principal, la sociedad continuará siendo considerada residente en Italia ex art. 73, apartado 3 Tuir. Otra situación es la posible "doble o triple residencia" de las sociedades y de los métodos convencionales y nacionales para evitar la doble (o triple) imposición. Sobre el tema, véase FANTOZZI-VOGEL, voz *Doppia imposizione-internazionale*, en *Digesto disc.priv sez comm*, Torino, 1990, V, 181; MARINO, *La residenza*, cit., 209 ss.; VAN RAAD, *Dual Residence and the 1977 Model Treaty Article 4(1)*, en *Eu.Tax.*, 1990, 27 ss.; VAN GENNEP, *Dual Resident Companies*, en *Eu.Tax.*, 1991, 141 ss.

<sup>37</sup> También en los casos de otras modificaciones estatutarias "extraordinarias" la continuidad de orden subjetivo puede acompañarse a la tasación por efecto de la expulsión de los bienes del régimen fiscal de empresa, como sucede para la transformación heterogénea. Para profundizar, véase TASSANI, *op.ult.cit.*, pp. 129 y ss.

Esto sucederá con seguridad en todos los supuestos en que el criterio de conexión de la residencia no sea sustituido por el criterio de conexión de la fuente, dado por la organización estable. Elemento, este último, que, no obstante el cambio de residencia al extranjero, puede permitir, relativamente a la actividad ejercitada en Italia a través de la organización estable y a los bienes que en ella confluyen, la *continuidad* también en la aplicación del régimen tributario de empresa.<sup>38</sup>

Lo que más interesa es que, en el sistema italiano de la renta societaria, los supuestos de salida objetiva de los bienes del régimen de empresa integran el supuesto de hecho del "destino a fines extraños", capaces de producir beneficios y plus/minusvalías.<sup>39</sup>

La norma es considerada una cláusula de cierre del sistema<sup>40</sup>, referible a todos los sujetos que producen rentas societarias, sean empresarios individuales o colectivos.<sup>41</sup>

A la luz de estas consideraciones, es posible afirmar que la *exit tax* contenida en el art. 166 Tuir<sup>42</sup> tiene un alcance explicativo de un principio connatural a la renta societaria. Según la última disposición citada, el cambio de residencia al extranjero, por parte de los sujetos que desarrollan actividades mercantiles,

---

<sup>38</sup> Sobre la organización estable como elemento de localización o de calificación de la renta societaria, véase FANTOZZI-MANGANELLI, *Qualificazione e determinazione dei redditi prodotti da imprese estere in Italia*, en *Studi in onore di V. Uckmar*, Padova, 1997, 413; GARBARINO, *Forza di attrazione della stabile organizzazione e trattamento isolato dei redditi*, en *Rass.trib.*, 1990, I, 427; PERRONE, *La stabile organizzazione*, en *Rass.trib.*, 2004, 794 ss. En general, sobre el tema y sobre el rol de la misma en ámbito internacional, véase DELLA VALLE, *La nozione di stabile organizzazione nel nuovo Tuir*, en *Rass.trib.*, 2004, 1597 ss.; FRANSONI, *La determinazione del reddito delle stabili organizzazioni*, en *Rass.trib.*, 2005, 73 ss.; LOVISOLO, *La stabile organizzazione nel nuovo modello OCSE*, en *Corr.trib.*, 2006, 109 ss.

<sup>39</sup> Arts. 85, apartado segundo, 86, apartado primero, letra c) Tuir.

<sup>40</sup> FALSITTA, *La tassazione delle plusvalenze e sopravvenienze nelle imposte sui redditi*, Padova, 1978, 95; MICCINESI, *Le plusvalenze d'impresa, Inquadramento teorico e profili ricostruttivi*, Milano, 1993, 158. Para una visión diversa del supuesto de destino a fines extraños, véase NUSSI, *Trasferimento della sede e mutamento della residenza "fiscale": spunti in tema di stabile organizzazione e regime dei beni d'impresa*, en *Rass.trib.*, 1996, 1351 ss. Véase también TASSANI, *op.ult.cit.*, 216 ss.

<sup>41</sup> Como se ha dicho con anterioridad, el supuesto del destino para fines extraños es además aplicable, vista la actual redacción del art. 53-bis Tuir, también a los trabajadores por cuenta propia, en relación con los bienes afectos al arte y la profesión.

<sup>42</sup> La disposición ha sido, en origen, introducida por el art. 3, D.I. de 23 de febrero de 1995, n° 41, convertido, con modificaciones, por la ley de 22 de marzo de 1995, n° 85. Véase ZIZZO, *Il trasferimento della sede all'estero*, en AA.VV., *Materiali di diritto tributario internazionale*, a cargo de Sacchetto e Alemanno, Milano, 2002, pp. 210 y ss.

constituye “devengo”, al valor normal, de los componentes de la empresa o del complejo empresarial”, salvo que “los mismos no hayan confluído en una organización estable situada en el territorio del Estado”.

La disposición es clara al ligar la tasación de las plusvalías empresariales al elemento de la *continuidad* respecto de la aplicación del régimen fiscal de empresa. Tanto es así que se prevé que, en cada caso, se consideren realizadas las plusvalías relativas a las organizaciones estables en el extranjero, para las cuales no es posible de ningún modo configurar, después de la pérdida de la residencia fiscal en Italia, ninguna forma de continuidad en este sentido.

El elemento que determina la tasación es, pues, la desaplicación del régimen fiscal de empresa provocado por la pérdida de la residencia fiscal; la única posibilidad para evitar dicha consecuencia es crear una organización estable en Italia en la cual hacer confluír los bienes de empresa.

En este segundo caso la tasación podrá evitarse sólo con referencia a los bienes de empresa que confluyen en la organización estable y *hasta el momento en que* en ella permanezcan. El art. 166, apartado primero Tuir prevé la imposición como quiera que los componentes de la organización situada en Italia sean sucesivamente apartados.

Nótese, en fin, que la redacción actual del art. 166 Tuir (modificado por el D.lgs. n° 199 de 6 de noviembre de 2007<sup>43</sup>), contiene reglas específicas para el cómputo de las pérdidas anteriores al cambio de la residencia fiscal<sup>44</sup>, así como aclara que el cambio de la residencia por parte de sociedades de capitales “no da lugar por sí misma a la imposición de los socios de la sociedad trasladada”.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> De transposición de la Directiva 2005/19/CE.

<sup>44</sup> Se dispone (art. 166, apartado 2-bis) que las pérdidas que se generen hasta el período impositivo anterior al que tiene efecto el cambio de residencia al extranjero, no compensadas con las rentas obtenidas en tal período, se computan en disminución de la renta de la organización estable tal como dispone el art. 84 Tuis, y en las condiciones y límites establecidos por el art.

<sup>45</sup> Respecto a las previsiones en materia de cambio de la sede social al extranjero, el D.Lgs. 199/2007 no se ha limitado a la transposición de la Directiva, extendiendo a todos los casos de traslado las disposiciones específicamente previstas, por la fuente comunitaria, para el cambio de sede de las sociedades europeas (SE) y de las sociedades cooperativas europeas (SCE).

### 3.3. El examen de la *exit tax* italiana a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: la ausencia de una “restricción” a la libertad de establecimiento

La valoración de la compatibilidad comunitaria de la *exit tax* del art. 166 Tuir debe considerar el papel y el alcance de la disposición en el ámbito del sistema de la renta de empresa.

En concreto, según lo hasta ahora observado, se ha visto que la norma no constituye una derogación de los principios del sistema, sino que más bien representa un supuesto impositivo de carácter general, como aquel del “destino para fines extraños”.<sup>46</sup>

Supuestos que abarcan cualquier salida de los bienes del específico régimen tributario, cada supuesto de cese objetivo de la aplicación del régimen de empresa.

Se deriva también, en la lógica de la tasación de la renta de sociedades, que la imposición de las plusvalías empresariales latentes en ausencia de un fenómeno de “monetización” de tales plusvalías, es supuesto de importancia sistemático.

Sea porque la onerosidad, en sentido fiscal, es tradicionalmente entendida como “enriquecimiento, efectivo y actual”, a favor del titular del bien, “frente a la cesión de éste último, sea por consentir la conversión del relativo aumento de valor en otra forma de riqueza”.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Similar papel sistemático, en relación con los supuestos de la pérdida de residencia derivados de la fusión transnacional se explica en MICCINESI, *Le plusvalenze d'impresa*, cit., 240; LUPI, *Profili tributari della fusione di società*, Padova, 1988, 60 ss.; ZIZZO, *Le riorganizzazioni societarie nelle imposte sui redditi*, Milano, 1996, 343 ss.; SILVESTRI, *Il regime tributario delle operazioni di riorganizzazione transnazionale in ambito Cee*, en *Riv.dir.fin.sc.fin.*, 192, 456; PORCARO, *Trasferimento di sede all'estero* en AA.VV., *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, a cargo de Lupi e Stevanato, Milano, 2002, 732; MARINO, *Profili fiscali delle riorganizzazioni di imprese con elementi di ultraterritorialità*, en *Dir.prat.trib.*, 1993, 2110; MARINI, *Trasferimento di sede all'estero e rilevanza della “stabile organizzazione” ai fini della titolarità di reddito d'impresa*, en *Dialoghi dir.trib.*, 2005, 89 ss.

<sup>47</sup> MICCINESI, *op.ult.cit.*, p. 196. Son cesiones onerosas aquellas para las que se prevea un equivalente en dinero o en especie, las permutas, las aportaciones, los resarcimientos. Y son cualificables como cesiones a título oneroso también las asignaciones a los socios (TASSANI, *op.ult.cit.*, p. 221). Sobre el tema, FANTOZZI, *Contributo allo studio della realizzazione dell'avviamento quale presupposto dell'imposta di ricchezza mobile*, en *Riv.dir.fin.sc.fin.*, 1964, I, 33 ss.; ID., *Ancora in tema di realizzazione delle plusvalenze*, en *Riv.dir.fin.sc.fin.*, 1965, I, 457 ss.

Sea porque, sobre todo, los supuestos de autoconsumo personal y familiar y de destino a fines extraños forman el concepto tributario de devengo aunque no haya cesión onerosa del bien.<sup>48</sup>

Analizando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en los dos precedentes en tema de *exit tax*, ocurre que la clave para determinar la incompatibilidad comunitaria de las disciplinas nacionales, es el efecto disuasorio respecto de la libertad de establecimiento, derivada de la disparidad de tratamiento que la *exit tax* determina entre los que continúan residiendo en el Estado de origen y los que se transfieren.

En las sentencias examinadas, como se ha podido ver, la *restricción* a las libertades fundamentales estaba ligada estrechamente al *tratamiento diferente* que, en lugar del régimen ordinario, se preveía para los que trasladaban la residencia. En concreto, la *discriminación* derivaba de la tasación de las plusvalías latentes en lugar de la tasación en el momento del devengo (o sea, de la cesión a título oneroso) normalmente prevista.<sup>49</sup>

Es posible afirmar que una discriminación similar no se realiza en el sistema italiano, a causa de art. 166 Tuir. La disposición, en efecto, no constituye un supuesto *ad hoc* por el traslado de la residencia al extranjero, sino que constituye un supuesto de hecho de carácter general que, de por sí, resulta aplicable a todos los sujetos del ordenamiento, incluso a los que no trasladan la residencia al extranjero, en cada hipótesis de sustracción objetiva de los bienes de empresa al régimen fiscal de empresa<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> FALSITTA, *op.ult.cit.*, p. 4

<sup>49</sup> Como dice el Tribunal de Justicia en la sentencia N, "por analogía con lo que ya declaró el Tribunal de Justicia, con respecto a un régimen similar, el contribuyente que quisiera trasladar su domicilio fuera del territorio neerlandés, en ejercicio de los derechos que le garantiza el artículo 43 CE, estaba sometido en el momento de los hechos del litigio principal a un trato desfavorable en comparación con la persona que seguía residiendo en los Países Bajos. Por el mero hecho del referido traslado, dicho contribuyente se convertía en deudor de un impuesto sobre los rendimientos que aún no se habían obtenido y de los que no disponía, mientras que si hubiera seguido residiendo en los Países Bajos, las plusvalías sólo habrían sido gravadas cuando y en la medida en que se hubieran efectivamente realizado. Esta diferencia de trato podía disuadir al interesado de proceder al traslado de su domicilio fuera de los Países Bajos".

<sup>50</sup> Diferente es la argumentación de ROMANO, *Sull'illegimità delle imposizioni fiscali connesse al trasferimento di residenza all'interno dell'Unione Europea*, in *Rass.trib.*, 2004, 1291, según el cual, "las previsiones del art. 166 Tuir están dirigidas a evitar el uso en clave elusiva del traslado de residencia a otros países, considerando tal traslado igual que la venta del valor normal de los componentes de la empresa o del complejo empresarial". También FICARI, *Trasferimento della*

Las afirmaciones de la Comisión Europea, que cree extensibles los principios de derecho afirmados por las sentencias del Tribunal de Justicia a las sociedades<sup>51</sup>, deben reconsiderarse en razón a las dificultades que, respecto a una extensión similar, derivan del análisis de la *ratio* y del funcionamiento de la *exit tax* italiana (y de las *exit tax* "de empresa" previstas en gran parte de los ordenamientos europeos).

Disposición normativa, que por lo dicho, no sólo realiza una discriminación directa o indirecta basada en la nacionalidad, sino que ni siquiera configura un tratamiento específico, en este sentido, discriminatorio para aquellos sujetos que desean transferir la propia residencia al extranjero. De modo tal que no puede integrarse el concepto de "restricción" a la libertad de establecimiento.<sup>52</sup>

Hay que subrayar además que la restricción a las libertades fundamentales no puede argumentarse en base a un efecto disuasivo genérico, que podría derivar de la previsión de la tasación en el ordenamiento nacional "de salida". Dicho en otras palabras, significaría afirmar la lesión de la libertad comunitaria porque el sujeto que se traslada tendría una mayor ventaja posponiendo la tasación (o el no ser tasado) antes que tributar en el momento del traslado.

Formular de esta manera el concepto de restricción equivaldría a una devaluación y excesiva simplificación del mismo, pudiendo conducir a creer que, en todo caso, la previsión de la imposición nacional tenga un efecto disuasorio, en cuanto (normalmente) no querida por los contribuyentes.

No parece que se pueda llegar a esto, entre otras cosas porque la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es clara al conectar el concepto de restricción al de discriminación, tratándose de perseguir, como afirmó claramente el Abogado

---

*sede all'estero, continuità della destinazione imprenditoriale e contrarietà al trattato CE dell'"exit tax" sulle plusvalenze latenti*, in *Rass.trib.*, 2004, 2146 ss., afirma el alcance antielusivo de la disposición, indicando además que el art. 166 Tuir no puede integrar una hipótesis de "destino a finalidades extrañas", en tanto que no se realizaría el cambio entre diversos patrimonios. En base a estas premisas, tales autores afirman la incompatibilidad de la norma en el plano comunitario, chocando con la libertad de establecimiento.

<sup>51</sup> Comunicación n° 825 de 19 de diciembre de 2006.

<sup>52</sup> Una reciente reconstrucción del principio de no discriminación y del concepto de restricción, a la luz de la jurisprudencia comunitaria, se ha hecho por ROSSI-MACCANICO, *Principi comunitari di fiscalità diretta delle imprese. Il principio di non discriminazione*, in *Fiscalità internazionale*, 2008, 226 ss. Sobre el tema, NUZZO, *Libertà di stabilimento e perdite fiscali: il caso Imperial Chemical Industries (ICI) plc*, in *Rass.trib.*, 1999, 1814 ss.

General Maduro en la Causa Marks & Spencer, los [únicos] casos de “discriminaciones contra los ciudadanos comunitarios que quiero imponer sus derechos conexos a la libertad de circulación”<sup>53</sup>

### 3.4. Sigue. El art. 166 Tuir y la casusa de justificación de la “coherencia del sistema fiscal”

La conclusión a la que se ha llegado es creer el art. 166 Tuir compatible con el derecho comunitario, no configurándose ningún efecto discriminatorio/restrictivo a la luz de la libertad de establecimiento.

Es oportuno advertir que, aunque se creyera que el art. 166 Tuir como *exit tax* es incompatible con la libertad de establecimiento (en base a una noción amplia del concepto de restricción, que como hemos dicho no parece aceptable), el nexo de derivación entre la disposición examinada y un supuesto impositivo general del ordenamiento es suficiente para integrar la causa específica de justificación constituida por razones de “coherencia del sistema fiscal”<sup>54</sup>.

Como ha dicho la doctrina, la causa de justificación de la “coherencia del sistema” se aprecia porque la tasación *ex art. 166 Tuir* deriva de una “exigencia estructural, de sistema”<sup>55</sup> y no, en cambio, de finalidades de tipo antielusivo o antievasivo.

Además, hay que añadir que la imposición en el momento del cese de la aplicación del régimen fiscal de empresa refleja una necesidad de “cierre” del sistema que es, a su vez, oportunidad de hacer tributar frente a anteriores comportamientos que el contribuyente ha podido utilizar en relación con los mismos bienes<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> Conclusiones, punto 28, causa C-446/03.

<sup>54</sup> Sentencia del TJCE de 11 de marzo de 2004, C-9/02, Hughes de Lasteriye du Saillant; Sentencia del TJCE de 7 de septiembre de 2006, C-470/04, N.

<sup>55</sup> LUPI, *Coerenza del sistema*, cit., 1366. A la misma conclusión llega MARINI, *Trasferimento di sede all'estero e rilevanza della “stabile organizzazione” ai fini della titolarità di reddito di impresa*, en *Dialoghi dir. trib.*, 2005, 95.

<sup>56</sup> En este sentido se aprecia la exigencia de coherencia como “ligamen directo entre una ventaja fiscal concedida en cierto momento y una carga fiscal impuesta en un momento sucesivo (así PIZZONI, *La compatibilità delle exit tax con il diritto comunitario*”, en *Riv.dir.trib.*, 2004, III, 51).

Finalmente, la solución normativa consigue el efecto de salvaguardar el reparto de las competencias nacionales, sobre la base del criterio de la territorialidad; elemento, este último, que aparece particularmente valorado en la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia<sup>57</sup>. Y que, respecto a la renta de sociedades, nos lleva a creer *equilibrado* y, por tanto, *proporcional*, el reparto de las competencias impositivas que se realiza a través de la tasación *en el momento de la salida al exterior de los bienes del régimen fiscal nacional*. Justo porque el efecto fiscal representa la consecuencia de una regla impositiva general no subsistente, en cambio, en los supuestos examinados por las sentencias del Tribunal de Justicia en materia de *exit tax*<sup>58</sup>.

### 3.5. El modelo impositivo acogido por la Directiva 1990/34 y el impacto en términos fiscales del cambio de la residencia

La reconstrucción de la *exit tax* del art. 166 Tuir como norma de carácter sistemático, no lesivo para la libertad de establecimiento (sea por *no restrictiva* o *justificada* por las exigencias de coherencia del sistema fiscal), es posteriormente valorada si se confronta la disposición italiana con el modelo de imposición acogido por la Directiva del Consejo nº 1990/434 de 23 de julio de

---

Como advierte MICCINESI, *op.ult.cit.*, 158, la tasación se justifica por la necesidad de "recuperare fra le componenti positive (sotto forma di ricavo o di plusvalenza) il valore del bene, in assenza di un corrispettivo finale determinato dalla sua cessione, avendo il medesimo già concorso alla formazione del reddito sul versante delle passività originate in via diretta o indiretta".

<sup>57</sup> Sentencia del TJCE de 18 de julio de 2007, C-231/05, Esab Oy; Sentencia del TJCE de 7 de septiembre de 2006, C-470/04, N. Sobre el tema, véanse las reflexiones de DE PIETRO, *op.ult.cit.*

<sup>58</sup> Por este motivo, el Tribunal de Justicia ha considerado *no proporcionales* las medidas nacionales, incluso las dirigidas a garantizar el reparto de las competencias territoriales en base al principio de la territorialidad, en las sentencias *Lasteyrie du Saillant* y *N*. En esta última, se afirma la posible "proporcionalidad" de las previsiones de la simple obligación de declarar, en el momento del cambio (véase DE PIETRO, *op.cit.*). Similar conclusión es correcta respecto a las rentas derivadas de cesiones de participaciones detentadas por personas físicas, respecto a las cuales la regla general es la imposición unida a la *efectiva realización*. Para la renta de sociedades, para la que se ha construido un supuesto general de imposición que prescinde de la efectiva realización, la misma tasación del acto de cambio de residencia resulta totalmente proporcional, porque con aplicación del principio, respecto a las exigencias de coherencia del sistema.

1990<sup>59</sup>, y también en base a las modificaciones aportadas por la Directiva del Consejo n° 2005/19 de 17 de febrero de 2005.<sup>60</sup>

Nótese como la Directiva 1990/434 disciplina, para los impuestos sobre la renta, las operaciones societarias de reorganización transnacional (fusiones, escisiones, cambios de participaciones), persiguiendo el objetivo de la neutralidad impositiva.<sup>61</sup>

Las operaciones de fusión<sup>62</sup> son particularmente interesantes para nuestro fin, en tanto que presentan diversas analogías con el traslado de la sociedad al extranjero. En ambos casos el sujeto no se extingue, sea en la disciplina nacional o en el modelo previsto por la Directiva comunitaria, no realizándose, por el simple hecho del traslado o de la fusión, un hecho imponible.

Al mismo tiempo, la fusión transnacional (así como el cambio de residencia) puede comportar, respecto a la sociedad incorporada o fusionada italiana, la pérdida del criterio "personal" de conexión con el territorio del Estado y, por tanto, la exclusión de los bienes de esta última del régimen fiscal [italiano] de empresa.

En esta hipótesis, doctrina cualificada ha considerado a la fusión transnacional, examinada desde la óptica del derecho tributario nacional, como supuesto de hecho de "destino a fines extraños" de los bienes afectos.<sup>63</sup>

Más concretamente, en todos estos casos donde los bienes de la sociedad italiana incorporada o fusionada no confluyan en una organización estable (de la sociedad no residente resultante de la fusión) situada en Italia, habrá imposición sobre las plusvalías latentes de los bienes empresariales excluidos del régimen de empresa.

---

<sup>59</sup> Transpuesta por ley n. 225 de 20 de agosto de 1990.

<sup>60</sup> Transpuesta por d.lgs. n. 119 de 6 de noviembre de 2007.

<sup>61</sup> En este sentido, creando un equilibrio entre neutralidad impositiva y tutela de los intereses fiscales nacionales, como señala CARINCI, *Le riorganizzazioni societarie e le imposte sui redditi*, en AA.VV., *Lo stato della fiscalità dell'Unione Europea*, coordinato da DI PIETRO, Roma, 2003, II, 510 y ss. Sobre el tema, en general, véase SILVESTRI, *Il regime tributario delle operazioni di riorganizzazione transnazionale in ambito CEE*, en *Riv.Dir.Trib.*, 1996, I, 428 y ss.

<sup>62</sup> Consideraciones análogas pueden formularse con referencia a la escisión. Sobre las analogías, en la lógica de la Directiva 90/434, entre fusiones y escisiones, véase SILVESTRI, *op.ult.cit.*, 641 y ss.

<sup>63</sup> SILVESTRI, *op.ult.cit.*, 476. Sobre el punto, también ZIZZO, *Le riorganizzazioni societarie nelle imposte sui redditi*, cit., 342 y ss.

Como se puede ver, el supuesto es totalmente análogo al regulado por el art. 166 Tuir, con la única diferencia que el efecto de la pérdida de la residencia fiscal en Italia depende, en un caso, de la operación de fusión transnacional y, en el otro, de la elección de la sociedad de trasladar su residencia.<sup>64</sup>

El supuesto no sólo es reconstruible para el derecho italiano, sino que las consecuencias impuestas por la Directiva 90/434 corresponden al modelo de imposición cuya expresión es el art. 166 Tuir.

El "destino a fines extraños" de los bienes societarios, derivado de la fusión (o escisión) transnacional, que comporta la pérdida de la residencia fiscal en el Estado de la incorporada sin que los mismos bienes hayan confluído en una organización estable, es un supuesto que, en base a la directiva 90/434, legitima la imposición sobre las plusvalías latentes en este mismo Estado.

Efecto que, en la lógica de la directiva, no contradice el principio de neutralidad sino que más bien, como se observa, "pide una lectura más articulada".<sup>65</sup>

En resumen, lo importante es que la tasación ligada a la salida de los bienes societarios del régimen fiscal nacional derivado de la pérdida de residencia fiscal (y por tanto, sin monetización de las plusvalías) viene asumido como modelo comunitario de imposición por la Directiva 90/434.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> Obviamente es imaginable el caso de la sociedad que ya tenga la sede legal en el extranjero, pero que resulte residente en Italia porque tiene en nuestro territorio la sede de la administración y/o el objeto principal. En este caso, el traslado de la residencia derivará no del cambio de la sede estatutaria, si no de la decisión de situar en el extranjero el lugar en el que se realiza principalmente la actividad directiva y administrativa de la sociedad. Y evidentemente que, de la doble o triple residencia, pueden surgir problemas de imposición múltiple.

<sup>65</sup> CARINCI, op.ult.cit, 511. Para la directiva, de hecho, asumen importancia, para garantizar la neutralidad y otros elementos (como la *continuidad* de los valores fiscales e la previsión del instrumento del *notional tax credit*). No es ésta la sede para reflexiones más profundas sobre la directiva en examen. Estos aspectos vendrán retomados a continuación en este estudio, con especial referencia al cambio al extranjero de la residencia.

<sup>66</sup> Aspecto señalado por MELIS, *Profili sistematici*, cit. 59; FICARI, *Reddito di impresa e programma imprenditoriale*, Padova, 2004, 157-8.

### 3.6. Sigue: la Directiva 2005/19 y el traslado de la sede de las Sociedades Europeas y Sociedades Cooperativas Europeas.

Pero hay más. La Directiva 2005/19 ha modificado el texto de la Directiva 90/434, insertando el título IV-ter, que contiene “normas aplicables al traslado de la sede social de una SE o de una SCE”. Las disposiciones pretenden garantizar la neutralidad en el plano fiscal del traslado de la sede de las sociedades europeas y de las sociedades cooperativas europea, subordinando la no imposición en el país comunitario de origen a la condición de que en este país se constituya una organización estable en la que confluyan los bienes de la sociedad trasladada (art. 10-ter Directiva 90/434).

La previsión es muy similar ala del art. 166 Tuir. Aunque no únicamente, el legislador nacional<sup>67</sup> ha modificado el texto del último artículo citado con alguna de las previsiones contenidas en el nuevo título IV-ter de la Directiva, extendiéndolas a todos los casos de cambio de la residencia fiscal de sociedades y empresas y no sólo, por tanto, como en cambio imponía la directiva, al cambio de la sede de SE y de SCE.

Asistimos, evidentemente, a una homogeneidad entre la regla de tasación contenida en el art. 166 Tuir y el modelo elegido por la Directiva 2005/19 para regular las consecuencias fiscales del traslado de residencia de SE y SCE.

Homogeneidad que resulta particularmente importante porque nos hace pensar que el modelo impositivo, fundado sobre la sustracción objetiva de los bienes del régimen fiscal nacional, no pueda considerarse incompatible con la libertad fundamental de establecimiento.

Sería ésta una consecuencia difícilmente aceptable en el momento en que el mismo legislador comunitario ha optado por tal sistema de tasación en el ámbito de un texto normativo que, en la lógica de la neutralidad, disciplina el traslado de sede de las sociedades europeas.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> D.Lgs. n. 199 de 6 de noviembre de 2007.

<sup>68</sup> Evidencia el posible conflicto entre la afirmación de la incompatibilidad, a la luz de la libertad de establecimiento, del art. 166 Tuir, y el sistema de la Directiva 90/434, también ROMANO, *op.ult.cit.*, considerando que “el problema de la legitimidad o no de las *exit taxes* sobre las personas jurídicas con el derecho comunitario primario, también a la luz de la sentencia *Hugues de*

Sería una consecuencia a la que, en cualquier caso, no es posible llegar si sólo se considera la exigencia de una interpretación *uniforme* del derecho comunitario. Exigencia que, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia,<sup>69</sup> se convierte en canon interpretativo y que empuja, pues, a considerar respetada la libertad de establecimiento con mayor motivo si las disposiciones nacionales se configuran según un modelo establecido por el mismo derecho comunitario.

### 3.7. La tasación “en salida” y el reconocimiento de los valores fiscales en el ordenamiento “de entrada”

Un aspecto del que hemos hablado al principio del presente trabajo, en el que es necesario examinar el traslado al extranjero de la residencia, es la relación entre la tasación de los bienes “en salida” e el reconocimiento de los valores fiscales “en entrada”.

Es posible imaginar que una sociedad (o una empresa) “salga” de un ordenamiento, con aplicación de una *exit tax* sobre valores corrientes, para trasladarse a un ordenamiento que valore los bienes societarios según el *valor histórico*. En este caso, se darían consecuencias negativas para el contribuyente, que podría deducir menores cuotas de amortización y que vería tasadas –al verificarse el supuesto de hecho- plusvalías maduradas en el ordenamiento de origen y ya tasadas. Se trataría de una doble imposición.

Por contra, es imaginable una sociedad (o empresa) que pierda la residencia fiscal en un Estado, sin aplicación de ninguna *exit tax* y que, en el ordenamiento “de entrada” vea reconocidos los propios *assets* en valores corrientes. En esta hipótesis, asistiríamos a un salto de impuesto, pues las

---

*Lasteyrie du Saillant*, haría surgir el conflicto, que podría ser revisado al menos sobre el plano lógico, entre normas contenidas en el Tratado CE y las disposiciones de la Directiva comunitaria n. 434/90”.

<sup>69</sup> Sobre el principio general de la aplicación uniforme del derecho comunitario, véase la Sentencia del TJCE de 27 de noviembre de 2003, C-497/01; Sentencia del TJCE de 27 de febrero de 2003, C-373/00; Sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 2000, C-357/98 y Sentencia del TJCE de 19 de septiembre de 2000, C-287/98.

plusvalías maduras en el Estado de origen no serían tasadas ni en el acto de traslado ni sucesivamente.<sup>70</sup>

En la lógica comunitaria de las libertades de mercado, ambas consecuencias resultan preocupantes.<sup>71</sup>

Sin embargo, aunque de la combinación entre los tratamientos tributarios de los dos países puedan derivarse efectos negativos y probablemente disuasivos, desde la óptica del contribuyente que quiere transferir su propia residencia, no parece que esta consideración pueda, de suyo, hacernos concluir que las distintas normas nacionales son incompatibles con la libertad fundamental de establecimiento.

Se trata, de hecho, de un problema que atañe a la coordinación entre los sistemas fiscales nacionales, en materia de impuestos directos, más que de compatibilidad de estos mismos sistemas, singularmente considerados, a la luz de las libertades garantizadas por el Tratado.

Una vez que las normas nacionales sean consideradas (como es el caso de lo hasta ahora dicho para el art. 166 Tuir) compatibles con el derecho comunitario, la solución de los problemas que puedan derivar de la aplicación combinada de las disciplinas nacionales, respecto a los diversos momentos de la vida de una empresa que ha trasladado la propia residencia, es cuestión de afrontar, y eventualmente resolver, en términos de armonización de los sistemas tributarios,<sup>72</sup> con una intervención que debe necesariamente ser de carácter legislativo, no pudiendo ser subrogado por la actividad interpretativa del Tribunal de Justicia.

La Comisión Europea se ha dado cuenta de este problema<sup>73</sup> y ha elaborado algunas posibles soluciones, pero que no se han traducido en normas jurídicas.<sup>74</sup>

---

<sup>70</sup> El problema ha sido subrayado también por la Comisión Europea, en la Comunicación n° 825 de 19 de diciembre de 2006. Además, la Comisión señala que "se producen disparidades también en el caso en que dos Estados miembros tengan la misma configuración teórica, pero que lleguen a conclusiones diferentes por lo que respecta a valor de los activos en cuestión".

<sup>71</sup> Como señala la Comisión Europea, en la Comunicación n° 825 de 19 de diciembre de 2006. Sobre el tema, MELIS, *Profili sistematici*, cit., 40 y ss.

<sup>72</sup> Sobre el tema SACCHETO, *Armonizzazione fiscale nella Comunità Europea*, cit.

<sup>73</sup> Comunicación n° 825 de 19 de diciembre de 2006.

<sup>74</sup> Véase, sobre el punto, la Propuesta de Directiva de 17 de octubre de 2003, COM (2003)613, que preveía la adopción de un crédito de impuesto para las plusvalías relativas a las organizaciones estables situadas en otros Estados miembros. Propuesta que no tuvo reflejo

El tema es particularmente grave, en el contexto de la armonización, si se considera que la Directiva 19/2005 ha regulado el traslado de residencia de las sociedades europeas (SE y SCE) sin introducir ningún mecanismo que evite el riesgo de doble imposición consiguiente al traslado al extranjero.

### **3.8. Sigue: La organización estable en el extranjero y el instrumento del *notional tax credit* previsto por el D.lgs. 199/207**

La finalidad de evitar, al menos en algunos supuestos, riesgos de doble imposición ha sido la base de la elección del legislador italiano, llevada a cabo con el D.lgs. 199/207, de extender al cambio de residencia en ámbito comunitario, la disciplina del *notional tax credit*.

Como es sabido, el art. 10, par. 2 de la Directiva 90/434 ha previsto, en el caso de que la sociedad "fusionante" (a propósito de operaciones de fusión, escisión parcial o cesión global del activo) aporte una organización estable situada en otro Estado miembro, la posibilidad para el Estado de la fusionante de tasar las plusvalías relativas a la organización estable extranjera, concediendo una deducción igual al impuesto que el Estado donde se sitúa la organización estable hubiera aplicado si no hubiera debido aplicar la Directiva.

La Directiva impone al Estado de la organización estable no tasar las plusvalías latentes en el momento de la operación extraordinaria y, a través de la concesión del *notional tax credit*, es posible evitar un efecto penalizador para el contribuyente y, contextualmente, la doble imposición relativa a las plusvalías de los elementos transferidos.<sup>75</sup>

La actual redacción del artículo 179, apartado tercero, Tuir (según la modificación del D.lgs. 199/2007), después de prever la disciplina del *notional tax credit*, la extiende al caso de traslado de una sociedad italiana, con

---

normativo, como señala también MIELE, *In via di recepimento la direttiva su operazioni straordinarie transfrontaliere*, en *Corr.trib.*, 2007, 2751.

<sup>75</sup> Véase SILVESTRI, *op.ult.cit.*, 488-9. Véanse también las críticas de LUPU, *Primi appunti in tema di fusioni, scissioni e conferimenti "transnazionali"*, en *Boll.trib.*, 1992, 1302, respecto a la función del *notional tax credit*.

organización estable en el extranjero. Obviamente, el supuesto debe resolverse en ámbito comunitario y por tanto, implicar a Estados miembros.

En concreto, la "tasación virtual de la organización estable en el extranjero" se determina utilizando el valor normal que el otro Estado "habría determinado en caso de realización al valor normal de dicha organización estable".

Es evidente la *ratio* de la disposición, de *inspiración* [pero no de *actuación*] *comunitaria*<sup>76</sup>, de evitar la doble imposición que se crearía a causa, por una parte, de la previsión de la *exit tax* en Italia sobre las plusvalías de la organización estable en el extranjero transferida y, por otra, del valor atribuido, en el país comunitario, a los bienes de la organización estable, que necesariamente es aquél que resulta de los valores históricos reconocidos a los componentes de esta última.<sup>77</sup>

Ante esta situación normativa, nacional y comunitaria, el riesgo de la doble imposición sigue presente en todas las hipótesis no cubiertas por la disposición, dependiendo de la combinación variable con las disciplinas nacionales.

### **3.9. Los criterios de valoración de los bienes introducidos en el ordenamiento italiano a causa de traslado de la residencia desde el extranjero**

Para completar el examen, resulta necesario considerar la disciplina aplicable en el caso en que Italia sea el país en que la sociedad se transfiere.

Como se ha señalado, la cuestión principal es aquella del reconocimiento del valor fiscal de los bienes que, de este modo, se introducen en el régimen fiscal de empresa.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> En este sentido, de hecho, era la Propuesta de Directiva de 17 de octubre de 2003, COM (2003)613. Como se ha señalado, la extensión de la disciplina del *notional tax credit* no está, en cambio, impuesta por la actual redacción de la Directiva 90/434/CE.

<sup>77</sup> Sobre las finalidades de la modificación normativa, véase MIELE, *op.ult.cit.*, 2751 y ss.

<sup>78</sup> La cuestión no parece referirse a la hipótesis de sociedades extranjeras con organización estable en Italia que transfieran a nuestro país la residencia fiscal, al menos en lo que se refiere a los bienes que ya formaban parte de la organización estable. Dichos bienes siguen sujetos al régimen fiscal italiano y, por tanto, continúan considerándose al valor histórico. Como fuera que la

El Texto Único no contiene ninguna norma que regule el supuesto y consecuentemente hay que referirse a los criterios generales que rigen la tasación de la renta de sociedades. La doctrina ha afirmado que los bienes “en entrada” deberían valorarse según el valor normal, determinado según el art. 9, apartados 3 y 4. Tuir.<sup>79</sup> De este modo, la imposición podría darse sobre plusvalías maduradas en el curso del periodo de residencia en Italia, siendo tal conexión entre “renta madurada” y soberanía impositiva suficiente para justificar la tasación en nuestro país.<sup>80</sup>

Tal principio sería subsumible a la misma previsión del art. 166 Tuir y, más en general, a la tasación conexas al destino a finalidad extraña de los bienes afectos, de la cual derivaría una elemental exigencia de simetría. Como se ha señalado recientemente en un prestigioso estudio<sup>81</sup>, “no se ve por qué el Estado que pretende tasar las plusvalías maduradas por un empresario en el periodo de residencia en el territorio italiano, aunque devengadas con posterioridad al traslado (en aplicación de la *exit tax*) debería poder considerar tasables las plusvalías maduradas fuera, pero producidas sólo sucesivamente”.

Es preciso señalar que la orientación de la *Agenzia delle Entrate*, mostrada en las resoluciones n. 67/E de 30 de marzo de 2007 y n. 345/E de 5 de agosto de

---

sociedad tuviera otros bienes en el extranjero, surgiría el problema de cómo valorar estos últimos para el sistema fiscal italiano.

<sup>79</sup> GALLIO-FURLAN-STEVANATO-LUPI, *Trasferimento della residenza, exit tax e valorizzazione dei beni nell'ordinamento di arrivo*, en *Dialoghi dir.trib.*, 2007, 575 y ss.; DE CAPITANI DI VIMERCATAE, *Brevi note in tema di trasferimento della residenza ed entrata di beni nella sfera impositiva italiana*, en *Dir.prat.trib.*, 2008, II, 36 y ss.; CANCELLIERE, *La valorizzazione fiscale dei beni esteri immessi nel territorio nazionale*, en *Fiscalità internazionale*, 2007, 392 y ss.

<sup>80</sup> Dice LUPI, *Trasferimento della residenza, exit tax e valorizzazione dei beni nell'ordinamento di arrivo*, in *Dialoghi dir.trib.*, 2007, 582 que “el criterio del valor normal “en entrada” es la implicación lógica de la adopción del criterio del “valor normal en salida”, para determinar plusvalías imponibles (sea conceptualmente o normativamente, en el sentido del art. 166 Tuir). Si no fuera así, el ingreso y la inmediata salida de Italia de una determinada sociedad daría lugar, sin que hubiera ocurrido nada económicamente apreciable, a la tasación de la diferencia entre valores contables (usados para la valoración de los bienes “en entrada”) y valores reales, usados para la valoración contextual de los bienes “en salida”. La referencia a los documentos contables extranjeros es pues inconciliable con los principios del ingreso y de la salida del régimen de “bienes de empresa”. En el mismo sentido véase también FURLIAN, *Il trasferimento della sede (e della residenza fiscale) in Italia di società di diritto comunitario: profili civilistici, contabili e fiscali*, en *Il fisco*, 2007, 3264 y ss.; CANCELLIERE, *La valorizzazione fiscale dei beni esteri immessi nel territorio nazionale*, en *Fiscalità internazionale*, 2007, 399.

<sup>81</sup> Studio del Consiglio Nazionale del Notariato, *Profili fiscali ai fini dell'imposizione diretta del trasferimento in Italia della sede di una società estera*, est. PURI, del 18/7/2008, en curso de publicación en *Studi e Materiali*, 2008.

2008, es parcialmente disconforme con la solución indicada. Según la Agencia, ambos criterios, del valor histórico y del valor real, pueden adoptarse teóricamente para fijar el valor fiscal de los bienes introducidos en nuestro ordenamiento, a causa del cambio de residencia. El segundo es preferible en las hipótesis en que el Estado extranjero prevé una *exit tax*, mientras que si el traslado se realiza sin imposición sobre las plusvalías latentes, los valores fiscales deben coincidir con aquellos “basados sobre el criterio del coste de adquisición soportado por la empresa”.

En la reciente resolución n. 345/2008, la Agencia ha fundamentado esta interpretación en el principio de continuidad, señalando que el criterio de los valores corrientes sería idóneo para visualizar las situaciones de discontinuidad jurídico-tributaria.

Semejante ordenamiento, resulta, a nuestro parecer, fuertemente criticable, sobretodo porque acaba confundiendo dos planos diferentes: el de la *continuidad jurídica* del sujeto y el del *devengo* en sentido tributario.

La continuidad jurídica de la sociedad que transfiere la propia sede<sup>82</sup> (y, evidentemente, de la empresa individual que haga lo mismo) comporta en el plano civil, que la sociedad no debe extinguirse y luego reconstituirse, que no de lugar a un procedimiento de liquidación y extinción. En el plano fiscal, comporta que el hecho *de por sí* no tiene efectos realizativos sobre bienes societarios y que se debe apreciar la conexión subjetiva entre periodo de residencia en el extranjero y periodo de residencia en Italia, a estos efectos<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> Como señala correctamente la Agenzia delle Entrate en la RIS., n.9/E de 17 de enero de 2007, en relación con el art. 25 de la ley n° 218 de 31 de enero de 1995, es necesario que el traslado de la sede sea conforme a los ordenamientos de los Estados de origen y de destino. Por este motivo, la continuidad jurídica, reconocida por el ordenamiento italiano, puede afirmarse sólo cuando el traslado de la sede al extranjero, sin la consecuencia de la liquidación/extinción, sea reconocido por el ordenamiento de origen. Véase MELIS, *Profili sistematici*, cit., 27. Sobre el tema de derecho internacional privado, véase SANTA MARIA, *Società (dir.internaz.)*, en *Enc.Diritto*, XLII, Milano, 1990, 898; ID., *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 1970, 106; CAPOTORTI, *Il trasferimento di sede di una società da uno Stato all'altro*, en *Foro it.*, 1958, IV, 209 y ss.

<sup>83</sup> La Resolución de la Agenzia delle Entrate n. 9/E de 17 de enero de 2007 deriva de la continuidad jurídica de la sociedad transferida en Italia la continuidad del período impositivo, afirmando que el ente resultará residente en Italia por el ejercicio entero si el traslado de sede se ha perfeccionado antes de que pasen un número de días inferior a la mitad del período impositivo. En caso contrario, de sociedades que se transfieren y se constituyen de nuevo según el ordenamiento italiano, iniciarían un nuevo período impositivo y la misma debería considerarse, en seguida, residente en Italia, como sucede con las sociedades recién constituidas. La resolución de

La continuidad jurídica no impide, como ya se ha dicho, que se produzca un efecto realizativo sobre los bienes afectos, lo que puede suceder siempre que el ordenamiento de origen contenga una norma similar a la del art. 166 Tuir. En tales circunstancias, el traslado de la sociedad será con *efectos de continuidad jurídica, pero integrando un supuesto impositivo*.

Además, no parece correcto determinar la valoración fiscal de los bienes "en entrada" en base al tratamiento fiscal que los bienes hayan tenido en el país de origen, porque de este modo se harían depender los criterios nacionales de tasación de las decisiones impositivas de otro Estado.

La solución propuesta por la Agenzia delle Entrate está inspirada por una ciertamente apreciable exigencia de pragmatismo y tal vez de "equidad" en la valoración total de la tasación en cuanto al sujeto. Porque tiende a evitar una doble imposición (optando por valores corrientes en caso de tasación "en salida" en el país de origen) pero también un salto de impuesto (eligiendo los valores históricos cuando no hay tasación "en salida"). Sólo falta la base normativa que justifique la interpretación de la Agenzia.

Las indicaciones que provienen del sistema del Tuir (e del subsistema de la renta de sociedades) vienen a legitimar la imposición sólo sobre plusvalías producidas bajo la soberanía impositiva italiana.

Alterar este criterio nacional de reparto de la soberanía impositiva en base al régimen tributario del país de origen del sujeto que se traslada equivale, en buena medida, a tratar diversamente el sujeto de origen extranjero con, pues, grandes riesgos en términos de discriminación y de lesión de la libertad fundamental de establecimiento. En definitiva, la eventual elección de no tasar las plusvalías en salida por parte del Estado extranjero configura una opción meramente interna (que puede ser, por tanto, de carácter facilitador o sistemático).

---

la Agenzia delle Entrate n. 345/E de 5 de agosto de 2008, siempre en base al principio de la continuidad jurídica, afirma que el requisito subjetivo del periodo de posesión para la aplicación de la PEX (art. 87 Tuir) se cumple teniendo en cuenta también la posesión relativa al periodo en que la sociedad, luego transferida a Italia, era residente en el extranjero. Comentan la posición de la Agenzia, GALLIO, *Il trasferimento della residenza fiscale in Italia secondo l'Agenzia delle Entrate: alcuni dubbi*, en *Il fisco*, 2006, 1022 y ss.; RIGHINI, *Trasferimento della sede e mutamento della residenza fiscale in corso d'anno: l'interpretazione dell'Agenzia delle Entrate*, en *Il fisco*, 2006, 1950 y ss.

### 3.10. Las presunciones de residencia en Italia de sociedades y entes y el traslado “elusivo” de la residencia de las sociedades al extranjero

En los últimos años se han introducido en el ordenamiento italiano una serie de disposiciones tendentes a verificar la colocación ficticia y/o elusiva de la residencia fuera del territorio nacional.

En primer lugar, hay que analizar las “presunciones” de residencia en Italia previstas, para los sujetos Ires, por el art. 73 Tuir. El D.I. 223/2006 (convalidado por ley 248/2006) ha añadido dos puntos, el 5-*bis* y 5-*ter*, a la última disposición citada, que se refieren a las sociedades entes que controlan (en el sentido del art. 2359.1 c.c.) sociedades y entes mercantiles residentes en Italia. Para tales sujetos, la sede de la administración se “considera existente en el territorio del Estado”, salvo prueba en contrario, siempre que se den dos condiciones, alternativamente. Las sociedades y entes debe ser, a su vez, controladas, aunque de modo indirecto, por sujetos residentes en el territorio italiano o bien deben ser administradas por un consejo de administración (u órgano equivalente) compuesto prevalentemente por consejeros residentes en el territorio del Estado.<sup>84</sup>

Recientemente, el D.I. de 25 de junio de 2008, n. 112 (convertido en ley en fecha 5 de agosto de 2008) ha introducido un ulterior punto al art. 73 Tuir, el 5-*quater*, que presume la residencia en Italia de las sociedades o entes cuyo patrimonio esté “colocado principalmente en cuotas de fondos de inversión inmobiliaria cerrados” (ex art. 37, D.lgs. 58/98) y “sean controlados, directa o indirectamente, a través de sociedades fiduciarias o por persona interpuesta, por sujetos residentes en Italia”.

No es este lugar para examinar con detalle el alcance de las disposiciones que, incluso con las particularidades de esta materia (véase que la primera es presunción en Italia de la “sede de la administración” y la segunda de la “residencia”), tienen una inspiración común. Aquella de atribuir mayores poderes de comprobación a la Administración Tributaria, a través de la inversión

---

<sup>84</sup> Sobre el tema, véase MELIS, *La residenza fiscale dei soggetti Ires e l'inversione dell'onere probatorio di cui l'art. 73, commi 5-bis e 5-ter, Tuir*, en *Dir.part.trib.int.*, n.3, 2007

de la carga de la prueba al contribuyente, en todos los casos en que aparezcan situaciones que muestren una conexión estable de sujetos "formalmente" extranjeros con el territorio italiano.

En tal caso, las normas atienden a la demostración de criterios de conexión para los entes colectivos, previstos por el art. 73.3 Tuir (sede legal, sede de la administración, objeto principal de la actividad) y, recordando en parte a las observaciones anteriormente hechas<sup>85</sup>, no parece que planteen problemas desde el punto de vista de la compatibilidad con la libertad comunitaria de establecimiento.<sup>86</sup>

El problema de la compatibilidad en el plano comunitario se pone de manifiesto con el art. 1 D.lgs. n. 199 de 6 de noviembre de 2007, que ha modificado el texto de la norma "general"<sup>87</sup> antielusiva del art. 37-bis.e) del Dpr. 600/73.

A partir del 1 de enero de 2008, fecha de entrada en vigor, la Administración tributaria puede considerar como elusivas, a los efectos del artículo citado, también las operaciones de "traslado de la residencia fiscal al extranjero por parte de una sociedad".

Doctrina cualificada<sup>88</sup> ha delimitado el ámbito de aplicación de la previsión normativa, subrayando que no pueden comprenderse los casos de constitución

---

<sup>85</sup> Apartado 2.4.

<sup>86</sup> En este sentido, es necesario que, también desde el punto de vista de la aplicación administrativa y jurisprudencial, no se pongan límites a las pruebas en contrario que el contribuyente pueda aportar, así como que no se traslade el objeto de la prueba. En el caso de los apartados 5-bis y 5-ter, el contribuyente puede romper la presunción demostrando que la sede de la administración está en el extranjero, aunque otros elementos de tipo sustancial coloquen la actividad en Italia. Las disposiciones mencionadas, de hecho, no alteran los criterios normativos para atribuir la residencia en Italia, por ejemplo introduciendo nuevos criterios en una lógica antielusiva y con efectos sustanciales, sino que se limitan a distribuir diversamente la carga de la prueba entre los sujetos en la fase de comprobación tributaria. Cualquier otra lectura sería irracional desde el punto de vista constitucional, en tanto no proporcional a nivel comunitario (sobre estos aspectos, DE MITA, *Principi di diritti tributario*, Milano, 2007, 89 ss.; TOSI, *Le predeterminazioni normative nell'imposizione reddituale*, Milano, 1999, 93 ss.; CIPOLLA, *La prova tra procedimento e processo tributario*, Padova, 2005, 657 ss.; TOSI, *Le predeterminazioni normative nell'imposizione reddituale*, Milano, 1999, 93 ss). Sobre el tema, MARINO, MARZANO, LUPI, *La residenza delle società e controllo tra schemi OCSE ed episodi giurisprudenziali interni*, en *Dialoghi dir. trib.*, 2008, 91 ss.; SERINO-PARPIGLIA, *La sede dell'amministrazione nell'attribuzione di residenza fiscale delle persone giuridiche: criticità operative*, en *Il fisco*, 2008, 4297 ss.

<sup>87</sup> "General" en el sentido que "comprende casi todas las hipótesis de elusión actualmente conocidas" (FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, 164). Como se ve, la norma tiene un ámbito objetivo marcado por la realización de operaciones societarias específicas.

<sup>88</sup> MICCINESI, *Elusione e trasferimento all'estero della sede della società: la montagna ha partorito il topolino*, en *Giur. trib.*, 2008, 97.

*ex novo* en el extranjero de una sociedad, los de colocación ficticia de la residencia en el extranjero, los de "huída" de la tasación sobre las plusvalías societarias (considerando lo dispuesto por el art. 166 Tuir).

Se trataría de hipótesis en que la sociedad transfiera al extranjero la propia sede, sin que haya traslado de la actividad productiva<sup>89</sup> o de otros elementos "sustanciales" de conexión con el territorio italiano (como por ejemplo, bienes inmuebles o participaciones societarias, la residencia de socios de control, etc.)

Elementos sustanciales que impedirían, según lo dispuesto por el nuevo art. 37-bis Dpr 600/73, el traslado efectivo por razones de ventajas fiscales.

Esperaremos también a los primeros pronunciamientos jurisprudenciales para valorar el impacto concreto de la innovación, pero es oportuno subrayar el posible contraste de una decisión normativa así con la libertad de establecimiento.

Se debe considerar que el Tribunal de Justicia ha afirmado en diversas ocasiones que la libertad de establecimiento implica el derecho, para las sociedades, de elegir el país de localización con la legislación tributaria más conveniente.<sup>90</sup> Los Estados miembros pueden introducir las disposiciones necesarias para evitar situaciones de abuso, debiendo limitarse a casos de "fraude y inconsistencia de la estructura societaria".<sup>91</sup>

En todos los supuestos en que la sociedad traslade efectivamente la propia residencia a otro Estado miembro, por ejemplo situando en el extranjero la sede de la administración, no estamos ante un supuesto de ficción o de fraude si se

---

<sup>89</sup> Dice MICCINESI, *op.ult.cit.*, que la "norma se refiere al traslado de la sede y no de la actividad al extranjero, pues si la dirección y la actividad se sitúan en otro Estado, desaparecen para nuestro ordenamiento: en estos casos no se puede razonar en términos de ventajas fiscales unidas a la decisión de situar la sociedad en el extranjero, pues se atentaría contra el derecho de implantar en otro país la actividad económica".

<sup>90</sup> Sentencia del TJCE de 9 de marzo de 1999, C-212/97, Centros; Sentencia del TJCE de 5 de noviembre de 2002, C-208/00, Überseering; Sentencia del TJCE de 30 de noviembre de 2003, C-167/01, Inspire Art. La Sentencia del TJCE, Gran Sala, de 12 de septiembre de 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes, aplicando la libertad de establecimiento al sector de imposición sobre la renta ha afirmado recientemente que un ciudadano de un Estado miembro, persona física o jurídica, salvo las hipótesis de abuso "no puede ser privado de la posibilidad de usar las disposiciones del Trado sólo porque ha querido aprovechar las ventajas fiscales ofrecidas por las normas vigentes en un Estado miembro diverso a aquel en que reside". Análogamente, la Sentencia del TJCE de 11 de diciembre de 2003, C-364/01, Barbier, punto 71. Sobre el tema, véase BEGHIN, *La sentenza Cadbury Schweppes e il malleabile principio della libertà di stabilimento*, en *Rass.trib.*, 2007, 983 y ss.

<sup>91</sup> Así, MICCINESI, *op.ult.cit.*, 98.

comprueba la *consistencia real*<sup>92</sup> bien de la estructura societaria o de la residencia extranjera. La consecuencia eventual de la inoponibilidad de dicho traslado no aparece pues, en situaciones similares, justificada a nivel comunitario.<sup>93</sup>

#### 4. Conclusiones

La plena consecución de la libertad de establecimiento y, con ella, la eliminación de los obstáculos de tipo fiscal al cambio de residencia constituyen objetivos complejos, hecho que depende de una multiplicidad de elementos, estrechamente unidos entre ellos.

No sólo se consideran las previsiones de los ordenamientos nacionales de una tasación "en salida" (*exit tax*) sobre las rentas sólo obtenidas y no sin obtener, capaces de tributar según la elección de la residencia.

En la lógica de la garantía de la *neutralidad* a nivel fiscal de las opciones económicas, la tasación/no tasación en salida debe conectarse al criterio de reconocimiento, por parte del ordenamiento "entrante", de los bienes que de este modo se introducen. Y ambos aspectos debe tenerse en cuenta, por exigencias de simetría elementales, en el momento en que se evalúa el impacto de las disposiciones de un ordenamiento nacional sobre la libertad de establecimiento.

Desde el punto de vista de las exigencias *del sistema* y de los ordenamientos nacionales, es necesario garantizar un reparto equilibrado de las competencias

---

<sup>92</sup> Como afirma la Sentencia del TJCE, Gran Sala, de 12 de septiembre de 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes. "una medida nacional que restringe la libertad de establecimiento sólo se admite si responde a construcciones artificiales dirigidas a evitar la legislación del Estado miembro interesado". "Se desprende que para que una restricción a la libertad de establecimiento esté justificada por motivos de lucha antiabuso debe tener la finalidad específica de obstaculizar comportamientos consistentes en crear construcciones puramente artificiosas, sin función económica y dirigidas a eludir la norma impuesta sobre las actividades desarrolladas en el territorio nacional". Entre otras, véanse la Sentencia del TJCE de 12 de diciembre de 2002, C-324/00, Lankhorst-Hohorst, punto 37; Sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 2005, C-446/03, Marks & Spencer, punto 57.

<sup>93</sup> Afirma la incompatibilidad con el principio de la libertad de establecimiento de la disposición MICCINESI, *op.ult.cit.*, 98, el cual dice que se deriva una restricción del ámbito de aplicación de la norma.

impositivas para la satisfacción de los intereses financieros nacionales, pero también evitar consecuencias de doble imposición o de saltos de impuesto y, por tanto, riesgos en términos de tutela efectiva de la libertad comunitaria o de abuso de la misma.

En la perspectiva de la construcción de un sistema impositivo ideal, estos elementos pueden combinarse de modo diverso. Son deseables diferentes soluciones que tomen en consideración la variedad de los aspectos implicados. Las sugerencias avanzadas por la Comisión en la Comunicación de 2006 son un ejemplo.

Sin embargo, el derecho comunitario no está en situación de construir un sistema que atienda a la fiscalidad del traslado de residencia en el ámbito europeo. Los instrumentos que el Derecho comunitario ofrece (la afirmación de las libertades de establecimiento y de circulación en el Tratado, las previsiones de la Directiva 90/434, las disposiciones específicas en materia de traslado de la sede de las SE y SCE) constituyen sólo aproximaciones parciales.

No se trata sólo de constatar, de nuevo, la falta de armonización en el sector de los impuestos directos o la fragmentación de la intervención del derecho derivado sino delinear de manera precisa en qué modo el derecho comunitario condicione y limite a los legisladores nacionales, en una lógica que, no siendo definible de sistema, no pueda dejar insatisfechas buena parte de las exigencias que, como hemos visto, subyacen a la temática tratada.

En este sentido, el análisis del ordenamiento tributario italiano ha sido efectivamente paradigmático.

En primer lugar porque ha puesto a la luz que el art. 43 del Tratado no puede ser, de suyo, instrumento suficiente para garantizar la plena consecución de la libertad de establecimiento. La afirmación deja de ser paradójica si sólo se considera que la valoración de la compatibilidad o no de los sistemas fiscales nacionales, realizada a través del art. 43, no puede apreciar las conexiones existentes entre los diversos ordenamientos de entrada y de salida. En base a las observaciones desarrolladas, el ordenamiento italiano es compatible con el art. 43 del Tratado, aunque introduzca normas de carácter procedimental que introducen presunciones respecto a la residencia en Italia. Un problema de

compatibilidad único, pero relevante, lo ha puesto de manifiesto la previsión de la posible "elusividad" del cambio de residencia de las sociedades, aunque depende de la práctica e interpretación jurisprudencial futura.

Si tenemos como referencia los principios afirmados por el Tribunal de Justicia, en particular en las sentencias *Lasteyrie du Saillant* y *N.* se puede ver que el sistema italiano no prevé *exit tax* para las personas físicas (ni siquiera para las participaciones detentadas por personas físicas que transfieren la residencia) y que la tasación en salida dispuesta por el art. 166 Tuir para sociedades y empresarios (e implícita para profesionales) se presenta como no restrictiva/discriminatoria y, en cualquier caso, justificada por exigencias de "coherencia del sistema fiscal".

No obstante, de las relaciones variables con otros ordenamientos nacionales (sea cuando Italia es Estado de llegada o de origen) puede derivarse, como se ha visto, efectos de doble imposición o de doble salto de impuesto, muy dañinos para la efectividad de la libertad de establecimiento.

Consecuencias que, solo, el art. 43 del Tratado no puede evitar, reclamándose una intervención del derecho derivado. Y es particularmente grave, en la perspectiva de la [también parcial] armonización que el mismo legislador comunitario no haya previsto soluciones adecuadas, ni siquiera cuando el cambio de residencia afecte a una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea (Directiva 2005/19).

En ausencia de un tratamiento sistémico, en ámbito comunitario, la evolución normativa e interpretativa del ordenamiento italiano ha mostrado la exigencia de un tratamiento similar, aunque también la búsqueda de soluciones nacionales.

En este sentido se mueve el D.lgs. 199/2007, superando las lacónicas previsiones de la Directiva 2005/19 y extendiendo el *notional tax credit* a los supuestos de traslado (en ámbito comunitario) de la residencia de las sociedades, instrumento capaz de evitar la doble imposición a las organizaciones estables situadas en el extranjero.

La idea de una solución global, que permita valorar el tratamiento reservado al sujeto que se transfiere en el Estado de origen y en el de llegada, está en la

base de la interpretación administrativa en el tema de la valoración de los bienes afectos introducidos en el ordenamiento italiano a causa del cambio de residencia. Interpretación a nuestro parecer criticable porque, carente de una adecuada base normativa, representa la necesidad, para los fines de competitividad y de coherencia de un ordenamiento nacional, de que se tomen en consideración los valores que tienen la base en un mercado, y antes aún, en un sistema común.