

**Reflexiones fiscales sobre la movilidad en el interior de la UE:
por un nuevo *Nomos* europeo**

Marco Greggi¹

1. Las raíces del problema: el *Nomos* perdido.

Resulta universalmente conocido que la aproximación comunitaria al Derecho tributario se ha caracterizado siempre, desde su origen convencional, por la existencia de grandes diferencias entre cuánto se establecía en el ámbito de la fiscalidad indirecta y cuánto, por el contrario, se deseaba respecto de la directa.

La exigencia de una armonización completa y perfecta para el sistema del Impuesto sobre el Valor Añadido, de una uniformidad para el Derecho aduanero y de una normativa análoga para el sector de los impuestos especiales se contraponen, aún en la actualidad, con una legislación secundaria en el ámbito de la imposición directa que resulta fragmentaria, incompleta y episódica: fruto del necesario compromiso impuesto por un modelo decisorio que, quizás, no resulta ya compatible con el *zeitgeist* del nuevo milenio².

¹ Marco Greggi es Investigador en la Universidad de Ferrara e Investigador asociado en el Department of Business Law and Taxation, Monash University.

El autor desea agradecer a Silvia Kotanidis y Carla De Pietro por las sugerencias y aspectos a desarrollar en el presente análisis, así como a Maddalena Tamburini por las referencias doctrinales y jurisprudenciales.

Traducción realizada por Francisco José Nocete Correa, Doctor en Derecho Tributario Europeo, Universidad de Castilla-La Mancha – Centro Internacional de Estudios Fiscales

² Sobre la necesidad de actualizar el procedimiento decisorio comunitario a las peculiaridades del nuevo milenio véase A. Di Pietro, *Introduzione a* (coordinado por A. Di Pietro) *Lo stato della fiscalità europea nell'unione europea*, Roma, 2003, p. i.

Desde este punto de vista, ni la Carta de Niza³, primero, ni la nueva Constitución europea de Roma⁴ (ni siquiera en las versiones sintéticas que han prevalecido en la última reunión de Berlín), parecen querer o poder cambiar tal aproximación.

El Derecho comunitario tributario (noción que parece resultar más adecuada siguiendo a una autorizada doctrina⁵) en el sector de los impuestos directos parece encontrarse en una situación en la que debe encontrar un equilibrio entre las afirmaciones absolutas emanadas de las libertades fundamentales del Tratado⁶ y la previsión expresa, realizada por éste último, que remite a acuerdos bilaterales (art. 293) para eliminar la doble imposición internacional⁷ y circunscribe a hipótesis residuales las intervenciones directas de la Unión (art. 94).

Las actuaciones en el ámbito de la fiscalidad directa, tanto para las personas físicas como para determinados operadores económicos, como las sociedades mercantiles y sus establecimientos permanentes, se han concentrado sobre aspectos en los cuales o la negociación bilateral no había proporcionado, hasta ese momento, resultados adecuados o en los que la propia naturaleza bilateral del instrumento manifestaba una inadecuación intrínseca.

Así surgieron, entre otras, las Directivas 1990/435/CEE⁸, 2003/48/CE⁹, 2003/49/CE¹⁰ y, la que aquí resulta de mayor interés, 1990/434/CEE¹¹.

³ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁴ Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

⁵ A ello se refiere M. Udina, *Il diritto internazionale tributario*, en (coordinado por P. Fedozzi y S. Romano, *Trattato di diritto internazionale*, Padova, 1949, 11 ss. En la obra que continúa siendo de trascendental importancia el autor distinguía entre Derecho internacional tributario y Derecho tributario internacional sobre la base del hecho de que sólo el primero de los dos conceptos se refería a normas de Derecho internacional con relevancia en la materia fiscal.

⁶ Tratado CE.

⁷ Debe señalarse que esta disposición ha sido eliminada por la reciente propuesta de Constitución europea. Si se puede, sólo por tal circunstancia y utilizando un argumento *a contrario*, afirmar una ampliación de las competencias comunitarias en el ámbito de la fiscalidad directa, corresponde establecerlo a la doctrina.

⁸ Directiva 1990/435/CEE.

⁹ Directiva 2003/48/CE.

¹⁰ Directiva 2003/49/CE.

¹¹ Directiva 1990/434/CEE.

La naturaleza fragmentaria y asistemática de las soluciones comunitarias en materia de fiscalidad directa manifiesta, en cualquier caso, una aproximación funcionalista coherente, y a fin de cuentas alineada, con las necesidades del Tratado de Roma¹²: eliminar los obstáculos (de naturaleza fiscal, en este caso) a la plena realización de un mercado común en el interior de la Unión Europea.

Obviando, al menos por el momento, el papel fundamental desarrollado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto a la eliminación de los obstáculos en el mercado común e, indirectamente, a la aproximación de legislaciones en aquellos sectores que más desentonaban con una auténtica armonización, así como los instrumentos de *Soft law* representados por el Código de conducta y los numerosos actos de la Comisión europea, permanece el hecho de que todos estos instrumentos, así arriba mencionados presentan incluso hoy un inconfundible aspecto en común: todos están destinados a minimizar fenómenos de doble imposición internacional sobre las rentas de tipo *pasivo*, queriendo utilizar un lenguaje conocido en la doctrina anglosajona y estadounidense en las que la distinción se formalizó hace tiempo con las rentas empresariales.

Dividendos, intereses y *royalties* se benefician en la actualidad de una normativa comunitaria destinada a repartir la potestad impositiva entre los diversos Estados potencialmente interesados en el ingreso tributario (como mínimo, Estado de residencia del sujeto perceptor y del pagador), al menos en el caso en que los flujos de renta arriba mencionados se produzcan entre los sujetos identificados por las propias directivas. La única excepción, en este sentido, se halla constituida por el régimen aplicable a las plusvalías (*capital gains*).

Si, probablemente, razones de carácter operativo han excluido la mencionada necesidad en el caso de obtención de plusvalías derivadas de la cesión de instrumentos financieros o de otros bienes, el legislador comunitario se ha interesado en el fenómeno (de conformidad a la

¹² Tratado CE.

aproximación subsidiaria que siempre debería inspirar la actuación comunitaria) sólo allí donde el gravamen de las plusvalías no garantizaba, de hecho, la neutralidad postulada por el Tratado (en general) y por las libertades fundamentales enunciadas y tuteladas por el mismo (en particular). Nos referimos, en este contexto, a determinadas operaciones de reestructuración empresarial (fusión, escisión y aportación de capital) que resultan por sí mismas intrínsecamente idóneas para generar potenciales plusvalías fiscalmente relevantes para dos o más Estados europeos, en el caso de que las operaciones afecten, naturalmente, a sujetos establecidos sobre su territorio.

Es más: vincular la operación extraordinaria en cuestión a las tradicionales hipótesis de tributación habría constituido un significativo e inaceptable obstáculo a la realización de operaciones extraordinarias *cross – border*. Circunstancia que si se ha querido excluir expresamente sancionando en una óptica comunitaria la tendencial neutralidad fiscal de las citadas operaciones.

Con la última directiva mencionada, la 1990/434/CEE¹³, el legislador comunitario ha confirmado esta necesidad, atribuyendo la plena neutralidad fiscal a las operaciones extraordinarias de reestructuración empresarial que pudieran generar supuestos de gravamen, sobre todo en los casos en los que una sociedad resultaba, por ejemplo, fusionada con otra residente en otro Estado europeo, abandonando por ello su residencia en el Estado de origen (antes bien, en este caso sería más correcto sostener su subjetividad jurídica).

Entre los supuestos que se califican como operaciones extraordinarias que permiten la aplicación de la Directiva, faltan todavía el simple traslado de la sede de la sociedad en cuestión, que incluso es considerada como operación extraordinaria por numerosos ordenamientos jurídicos, como sucede con el italiano, allí donde no resulte del todo excluida (como sucede, por ejemplo, en los Países Bajos).

¹³ Directiva 1990/434/CEE.

Aun obviando, sólo por el momento, el régimen fiscal de las personas físicas, parece emerger en el interior del ordenamiento tributario comunitario una laguna a la que en los últimos años la doctrina, la jurisprudencia y la propia Comisión europea¹⁴ están tratando de proporcionar una respuesta adecuada. Todo ello, sobre todo, después de que una serie de recientes sentencias del Tribunal de Justicia hayan contribuido a relanzar la cuestión haciéndola todavía más actual y merecedora de una respuesta.

Aquello que hasta el momento ha sido encuadrado en la literatura científica como el problema de los *Exit taxes* y de su compatibilidad con el Derecho comunitario, entendiéndose consecuentemente con ello que existen algo más que dudas respecto a la posibilidad de atribuir un valor susceptible de gravamen a determinadas rentas manifestadas por el traslado de sede o residencia al extranjero por parte de un ciudadano comunitario o de una sociedad, una posibilidad que puede configurarse de distinta forma.

El problema que se tratará en esta breve investigación, prescindiendo del análisis de las aportaciones jurisprudenciales del Tribunal de Justicia que son analizadas en otro lugar, será el de la movilidad en el interior de la Unión europea y la relevancia fiscal de dichos traslados, ya sean protagonizados por personas físicas o impliquen a sujetos societarios.

Desde esta perspectiva la cuestión se presenta indudablemente original y actual: se refiere no sólo a una concreta categoría de renta transnacional, sino más bien a una transnacionalidad que incide de un lado, directamente, sobre el mismo sujeto pasivo (contribuyente primero de un Estado y, después, de otro situado dentro de la Unión) y de otro lado, en el caso de que uno o ambos Estados atribuyan un valor susceptible de gravamen al traslado de residencia al extranjero, a sólo una parte de la plusvalía efectivamente obtenida, tal vez en un momento posterior.

La diversidad de los modelos impositivos de los Estados nacionales constituye un posterior aspecto de reflexión que resultará tratado a

¹⁴ Véase la Comunicación COM (2006) 825 de 19 de diciembre de 2006, por ejemplo.

continuación: hasta aquí basta con tomar conciencia de la situación en la que nos encontramos en el interior de la Unión europea actualmente.

El traslado de sede o residencia de un Estado a otro todavía da pie, en muchas ocasiones, al cobro de plusvalías latentes sobre determinadas rentas en el Estado en cuestión. Tal imposición sobre las plusvalías latentes se efectúa en ocasiones (sobre todo siguiendo a la jurisprudencia comunitaria anteriormente citada) en un momento históricamente posterior (coincidente con la efectiva obtención en el mercado de la renta), otras veces, como todavía sucede en el sistema italiano, ese gravamen coincide con el traslado de la sede al extranjero, al menos por cuanto respecta a las sociedades¹⁵.

En consecuencia, aquello que parece deducirse de esta fragmentaria reconstrucción es un cuadro en el que cada Estado europeo antepone sus propias pretensiones tributarias con modalidades, tiempos e importes absolutamente distintos, y (potencialmente) divergentes respecto a aquellos de los otros países de la Unión.

La (aparente) ausencia de normas comunitarias expresas, tendentes a regular la movilidad en el interior de la Unión, no hace sino estimular la potencial conflictividad entre los Estados, en un momento en el que las pretensiones impositivas atraviesan los propios confines, pudiendo alcanzar incluso a sujetos residentes en otro lugar, que igualmente manifiestan en ese otro lugar una plusvalía fiscalmente cualificada, pero que, aunque sea en una parte mínima, se generó en el territorio de alguno de ellos en un momento anterior.

De esta suma de pretensiones, intrínsecamente conflictivas entre ellas, emergen ahora dos certezas; la primera es que en un sistema como el actual la movilidad societaria y personal resulta todavía fuertemente perjudicada, en modalidades y condiciones que con toda probabilidad no son conformes a las disposiciones del Tratado; la segunda es que se ha

¹⁵ La realización efectiva se evita en el caso en el que las rentas de la sociedad se atribuyan a un establecimiento permanente situado en el territorio del Estado desde el que la sociedad traslado su residencia, como dispone el art. 73 co.3 Tuir.

perdido (o quizás nunca se ha alcanzado en el seno de la Unión) un acercamiento puramente tributario que podría ser revisado como a *Nomos* de la territorialidad¹⁶ de la pretensión impositiva.

El presente estudio constituye una aportación parcial a su búsqueda.

2. La circulación de ciudadanos europeos, la inmediatez del ingreso tributario y el carácter latente de las plusvalías. Las libertades fundamentales a la prueba del espacio y del tiempo por la Comisión europea.

Desde una perspectiva estrictamente comunitaria, el problema del régimen fiscal de la movilidad de personas y sociedades en el interior de la Unión ha sido recientemente sintetizado por la Comisión europea en una Comunicación que ha sido anteriormente citada.

Con ella han salido a la luz muchos de los problemas aquí esbozados, aunque limitando el fenómeno a aquellas que con un lenguaje descriptivo han sido encuadradas como *Exit taxes*: noción esta que comprende, como se ha dicho, formas de cobro anticipado que frecuentemente se califican como directas, sobre el presupuesto del traslado de la residencia, del domicilio o de la sede societaria de un país a otro. Siguiendo siempre la aproximación del concepto, la doctrina ha considerado que prácticamente todas las *Exit taxes* aplicadas actualmente en el interior de la Unión europea no son sino una forma de cobro anticipado (eventualmente sustitutivas del impuesto sobre el beneficio) sobre las plusvalías generadas, aunque no realizadas, sobre determinadas rentas en el momento del traslado al extranjero.

La individualización de las rentas que han generado plusvalías aún no realizadas en el momento del traslado al extranjero está generalmente

¹⁶ El paralelismo es, evidentemente, con C. Schmitt, *Il Nomos della terra*, trad. italiana de E. Castrucci, Milano, 2003.

vinculada a la existencia de dificultades en la recaudación en el momento posterior en el que se produce la obtención efectiva de la plusvalía. Por esta razón, por ejemplo, la legislación francesa enjuiciada en el asunto *De Lasteyrie*¹⁷ establecía las plusvalías latentes considerando los activos mobiliarios atribuidos al señor De Lasteyrie pero no, por ejemplo, aquellos bienes inmuebles que permanecieron en Francia.

La solución italiana, por el contrario, se muestra más expansiva desde este punto de vista, con el art. 166 del Tuir¹⁸ que no discrimina entre los diversos tipos de rendimientos a la hora de gravar las plusvalías¹⁹.

En conclusión, la Comisión se ha visto obligada en un primer análisis a intentar de establecer un censo sobre el fenómeno de los *Exit taxes* no sólo a la luz de las diversas modalidades, sino también (y preferentemente) atendiendo a las diversas finalidades que los legisladores han intentado perseguir mediante su establecimiento.

La fuerte heterogenidad del fenómeno, si se nos permite la anticipación, tiene otro efecto fuertemente perjudicial para el intérprete: el de limitar el alcance de las sentencias del Tribunal de Justicia.

¹⁷ C-9/02.

¹⁸ Art. 166 Tuir.

¹⁹ Debe destacarse que si de un lado el gravamen de las plusvalías latentes se excluye en el caso en que la sociedad que transfiere su residencia al extranjero deja en Italia un establecimiento permanente, de otro lado la presencia de bienes inmuebles no resulta suficiente a este fin si no se quedan insertos en una sede fija de negocios en el territorio del país. En este sentido, por ejemplo, resulta razonable sostener que si la sociedad transfiere la sede al extranjero dejando en Italia un inmueble no integrado en un establecimiento permanente, se deberá descontar el impuesto sobre la eventual plusvalía latente correspondiente al inmueble. Se deduce, en consecuencia, que el art. 166 Tuir no está inspirado en una lógica, por así decirlo, prudencial como muchas de las *Exit taxes* europeas pretenden conseguir, sino a una lógica de sistema para la cual el traslado al extranjero de la residencia del sujeto pasivo es realmente considerado, a todos los efectos, un fenómeno de realización efectiva. La distinción prevista a este fin para el establecimiento permanente parece entonces justificada por la percepción del establecimiento permanente como centro de imputación de relaciones tributarias, *lato sensu*, capaces de hacer sobrevivir sobre el territorio la continuidad de la actividad empresarial propiamente dicha. De la continuidad de la empresa se derivaría la oportunidad de no sujetar a gravamen las mencionadas plusvalías. Es evidente que si esta fuese efectivamente la razón inspiradora del artículo 166 los aspectos de incompatibilidad comunitaria (si continuaran subsistiendo) terminarían por duplicarse, uniendo a la (hipotética) violación de la libertad de establecimiento o de circulación de capitales, la prohibición de discriminación.

En el caso anteriormente citado, por ejemplo, el Tribunal ha juzgado atendiendo a la proporcionalidad de los instrumentos de garantía para la tutela del crédito público, frente el traslado al extranjero de un contribuyente (con la finalidad de evitar la aplicación de los *Exit taxes*). En consecuencia, no ha valorado *tout court* la compatibilidad del instrumento con el Derecho comunitario. Esta es una de las razones por las que, entre otras, la doctrina sigue dudando sobre la posible extensión *sic et simpliciter* de la jurisprudencia comunitaria al traslado de sede al extranjero de las personas jurídicas (e incluso, llegados a este punto, de las sociedades de personas).

Más allá de todas estas precisiones y de las debidas distinciones falta todavía un dato no susceptible de impugnación: la movilidad en el mercado europeo, ya sea de las sociedades o de las personas físicas, se encuentra encuadrada desde un punto de vista fiscal de un modo del todo insatisfactorio e inidóneo para garantizar plenamente la libertad de establecimiento o la libre circulación de capitales, en el caso de que la primera libertad no pueda ser invocada con éxito atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Todo esto sucede por prescindir de la configuración de las *Exit taxes* entendidas según un modelo tradicional.

Especialmente en el caso de las sociedades, la movilidad en el interior del mercado común comporta el alineamiento de los valores fiscales reconocidos a los diversos activos de un estado a otro, y si la jurisprudencia se ha detenido en los casos en los que de las asimetrías fiscales podían incluso derivarse supuestos de doble imposición, por otro lado resulta indiscutible que en otras muchas circunstancias puedan determinar incluso supuestos de salto de impuesto.

En este sentido, la implementación de los IAS²⁰ en el ordenamiento comunitario, y consecuentemente también en los ordenamientos nacionales, a través del reglamento comunitario también está bien lejos de constituir una respuesta definitiva al problema (ya sea por la limitada

²⁰ International Accounting Standard.

aplicabilidad subjetiva o por la tendencial irrelevancia de su aplicación desde una óptica estrictamente tributaria) constituye todavía el planteamiento correcto del problema.

En esta misma dirección se mueven diversas propuestas que, todavía *de iure condendo*, la Comisión ha tomado como propias en la discusión europea sobre esta cuestión²¹.

La postura seguida por la Comisión parte, necesariamente, de la toma en consideración de la jurisprudencia que se ha venido formando en el curso de los últimos años, si bien se refiere a las personas físicas.

La enseñanza que se deriva es aquella por la cual el Derecho comunitario no impide al Estado miembro de asociar al traslado de sede al extranjero una hipótesis de realización de plusvalías latentes fiscalmente relevantes. Impide, más bien, la exigibilidad del tributo en el mismo periodo impositivo en el que se produce la operación, si la realización no ha tenido lugar de manera efectiva, pero se limita a ser una consecuencia impuesta por la normativa tributaria.

En otros términos, el Estado de residencia del contribuyente podrá sujetar a gravamen las plusvalías latentes sobre un determinado beneficio atribuible a la persona que se traslada a otro Estado de la Unión, pero sólo cuando éste haya realizado la plusvalía de manera efectiva (cosa que también podrá suceder, y que frecuentemente sucede, en un momento histórico sucesivo).

De la misma manera, se prohíbe al Estado imponer al sujeto que pretende trasladar su propia residencia al extranjero de proporcionar garantías personales o reales desproporcionadas y, en cualquier caso, capaces de hacer excesivamente oneroso su traslado.

La doctrina ha terciado en varias ocasiones sobre tales pronunciamientos, por lo que tratar, en este lugar, de realizar un análisis de las mismas, aunque sólo fuera sumariamente, resulta imposible.

²¹ Véase la COM (2006) 823 de 19 de diciembre 2006.

El dato que parece surgir con un particular claridad, más allá de las diversas lecturas y de los posibles y probables desarrollos jurisprudenciales, es aquél por el que el Derecho comunitario no impide la imposición de salidas de las plusvalías latentes: esto es, no niega la potestad tributaria del Estado de origen de la persona (o, desde otra perspectiva, de la sociedad), de aquello que la literatura extranjera ha calificado como el Estado *outbound*, sino que más bien niega el gravamen en el momento del traslado, considerando desde esta perspectiva que la exigibilidad del impuesto o su abono en el momento del traslado resulta incompatible con el Derecho comunitario y la libertad de establecimiento de los sujetos societarios.

Este es el motivo por el que se ha subrayado anteriormente que la separación que el Tribunal de Justicia intenta realizar en el interior de la Unión opera no tanto sobre un factor espacial y subjetivo, como habitualmente ha sucedido en el reparto de la potestad impositiva entre un Estado miembro y otro, sino más bien sobre una variable temporal que, adoptada en esta perspectiva, es absolutamente original en la jurisprudencia del Tribunal²².

Por otra parte, la corrección de este planteamiento no parece, al menos en un primer acercamiento, fácilmente criticable en la medida en que los jueces de Luxemburgo reservan a cada Estado la posibilidad de gravar las plusvalías generadas *ratione temporis* durante el tiempo en que el activo se ha mantenido sobre el territorio del Estado *outbound*.

No se trata, por tanto, de una hipótesis de rentas transnacionales tal y como tradicionalmente han sido entendidas, respecto de la que dos Estados mantienen simultáneamente una pretensión impositiva²³, sino de una situación en la que el Derecho comunitario debe posicionarse ante la actualización de una futura pretensión tributaria, en virtud de la cual resulta plenamente legítimo que el otro Estado pueda mantener reservas por

²² Y a decir verdad, también de las Directivas comunitarias, que con pocas excepciones han actuado siempre sobre el plano espacial y no sobre el temporal.

²³ Situación que, por otra parte, podría encontrar respuesta en el eventual Convenio contra la doble imposición que se inspiran, desde esta perspectiva, en el actual art. 13 del modelo OCDE.

cuanto concierne al reconocimiento de un eventual credito de impuesto²⁴ con la finalidad de reducir la doble imposición internacional.

En un análisis aún más detallado, la solución razonable e inspirada en exigencias de equidad que ha sido enunciada por el Tribunal, y posteriormenete admitida como propia por la Comisión en el citado documento, muestra no pocas debilidades.

En primer lugar, hasta el momento, la Comisión ha desarrollado siempre sus reflexiones presuponiendo, tomando como guía las legislaciones de los diversos Estados, una generación progresiva y lineal de las plusvalías latentes subsistentes en el momento de la salida de la persona o de la sociedad de un Estado y de su ingreso en el territorio del otro Estado. Nunca ha aclarado que pueda suceder (ni el resultado jurisprudencial al que se hace referencia parece susceptible de extensión automática) en el caso en el que la generación de la plusvalía asuma diversos valores, no progresivos, en el momento del traslado de la sede y en aquel otro (teóricamente posterior) de su obtención efectiva.

Supongamos que la plusvalía generada y comprobada (pero para la que todavía no resulta exigible el impuesto atendiendo a la jurisprudencia afirmada en los asuntos *De Lasteyrie*²⁵ y *N²⁶*) disminuya en el momento de

²⁴ Es decir, admitida la posibilidad de una *Exit tax* tradicionalmente configurada por el Estado *outbound*, el Estado *inbound* podría excepcionar legítimamente la ausencia de presupuestos para el reconocimiento de créditos de impuesto por tributos abonados en el extranjero ya que sobre la base del eventual convenio OCDE la plusvalía debería encontrara reconocimiento (con el consiguiente gravamen) únicamente en el Estado de residencia del sujeto perceptor. En el caso de Italia, por ejemplo, la obtención efectiva podría conducir a un incremento del valor de la renta sobre la base de aquella, pero no un crédito por la *Exit tax* abonada en el extranjero. Ello no se debería tanto a la ausencia del requisito de reciprocidad postulado por el art. 165 Tuir, como al hecho de que la obtención efectiva terminaría por generar un supuesto de enriquecimiento diverso a la obtención efectiva *tout court* (asimilable más bien a la inscripción, en este sentido) y, en consecuencia, fiscalmente irrelevante. Piénsese en una sociedad que en el mes de febrero transfiere su sede de Francia a Italia, obtenido plusvalías latentes sobre los bienes inscritos en España que permanecen en aquel territorio sin integrarse en un establecimiento permanente. Resulta claro que en aquel periodo impositivo la sociedad francesa será considerada fiscalmente residente en Italia a todos los efectos (al mantener aquí su sede legal durante la mayor parte del periodo impositivo) pero la plusvalía de la *Exit tax* obtenida en Italia no concurrirá a la formación de la renta total en Italia, y consecuentemente no se podrá conceder en Italia ningún crédito a cuenta del tributo satisfecho en el extranjero.

²⁵ C-9/02.

²⁶ C-470/04.

la posterior obtención efectiva. En tal caso, si se mantiene la potestad tributaria plena y absoluta del Estado *outbound*, el contribuyente podría ser obligado a abonar un impuesto por una plusvalía más elevada a la efectivamente obtenida, sin posibilidad de obtener ningún crédito de impuesto por parte del Estado *inbound* el cual, en el mejor de los casos, podría renunciar a su propia pretensión tributaria. En este caso, resulta claro que, paradójicamente, se produciría una doble imposición sobre un presupuesto que ni siquiera se ha realizado.

Todavía, en el caso de que la obtención se efectúe con un valor inferior al de adquisición después de haber manifestado una plusvalía en el momento del cambio de sede se podría encontrar en la situación en la que el contribuyente resulta obligado a abonar un impuesto por una plusvalía que ni siquiera ha sido efectivamente obtenida y por la cual, además, en el otro Estado miembro se manifiesta una minusvalía deducible. Todavía se podría seguir hablando si sumamos a estas consideraciones todas las cuestiones que podrían derivarse, posteriormente, de la realización de un arbitraje efectuado en una clave elusiva del impuesto debido²⁷.

La complejidad de este marco quizás no ha sido aún adecuadamente percibida por la Comisión, sin embargo, la posición de los órganos comunitarios no puede ser objeto de crítica desde el momento en que resulta la única posible frente a la orientación jurisprudencial que todavía incide de un modo absolutamente original, repartiendo, como se ha dicho, la potestad impositiva en clave temporal, y haciéndolo en modo negativo allí donde niega la posibilidad de aplicar la *Exit tax* en el momento del traslado del contribuyente.

²⁷ Particularmente significativa en este sentido ha sido la novedad introducida por el legislador italiano, que conocedor de esta posibilidad ha previsto para la Administración la posibilidad de desconocer a los efectos fiscales el traslado de residencia sobre la base de lo establecido en el art. 37 *bis*, del Dpr 600/73.

El traslado de sede, si bien puede resultar considerado como una hipótesis asimilada a aquella de obtención efectiva, no lo es para la exigibilidad del tributo, que viene diferida en el tiempo²⁸.

La investigación en materia de *Exit taxes* se desarrolla mediante la consideración de otros dos elementos igualmente importantes para un encuadramiento general de la temática: la posibilidad de extender los pronunciamientos del Tribunal a los sujetos societarios (o, en cualquier caso, diferentes de las personas físicas objeto de las sentencias tantas veces recordadas) y las relaciones con terceros países, manifestando en el primer caso una mala encubierta orientación a la extensión a las sociedades del fallo *De Lasteyrie*²⁹, que por lo demás encuentra una revisión encubierta en la jurisprudencia sucesiva, mientras muestra en el segundo una mayor cautela.

Indudablemente la respuesta a los dos interrogantes, teñida de una fuerte discrecionalidad y autonomía del Tribunal en la lectura de las libertades fundamentales, es más fácil que aquella de formular una respuesta para las soluciones intracomunitarias anteriormente descritas, cuya bilateralidad intrínseca impone soluciones no sólo correctas desde el punto de vista conceptual y jurídico, sino también simétricas en el ordenamiento de los diversos países, creando situaciones de doble imposición difícilmente resolubles incluso mediante instrumentos destinados a procedimentalizar la controversia³⁰, que en cuanto resultan inidóneos para proporcionar una respuesta *ex ante* indivisible, constituyen per se un respuesta inadecuada, y aceptable solamente en una lógica inspirada en un acercamiento del tipo *second best*.

²⁸ Y ni tan siquiera puede ser asistida de garantías concretas, puesto que el nivel de integración comunitaria, ya sea en materia de intercambio de información o de asistencia en materia de recaudación de los tributos hace redundantes tales cautelas, que sólo resultan relevantes en la medida en que terminan por constituir un inútil freno inhibitorio a la movilidad en el interior de la Unión.

²⁹ C-9/02.

³⁰ Aquí nos referimos a los diversos instrumentos a disposición de las Administraciones nacionales destinadas a permitir acuerdos entre ellas.

En la postura de la Comisión prevalece claramente la interpretación extensiva de las conclusiones del Tribunal incluso a las personas jurídicas (*in primis*, al las sociedades capitalistas) consideradas en su conjunto, y no solamente a las Sociedades europeas, para las cuales la movilidad en el interior del Mercado único resulta estatutariamente reconocida y tutelada, tras las últimas modificaciones de la denominada "directiva de fusiones" (Directiva 2005/19/CE³¹) que establece expresamente los supuestos de movilidad de la SE en el interior del mercado europeo.

No resulta claro como puede sostener la Comisión la extensión en vía analógica del mencionado principio incluso a las sociedades que no revistan la forma prescrita por la Directiva. No sería, sin embargo, la primera vez que la Comisión realiza una lectura del Tratado y de sus libertades que va más allá de lo dispuesto en la legislación comunitaria derivada: en suma, en la que la integración europea resulte mejor y más profundamente fundamentada en la interpretación del Tratado que en lo que permita una directiva o un reglamento. Por esta razón no resulta siempre fácil recabar argumentaciones a contrario sobre la base de lo establecido en las medidas comunitarias.

Más allá de las reflexiones de carácter metodológico, todavía aparece claramente la intención de la Comisión de promover una interpretación de la jurisprudencia del Tribunal destinada a extender los beneficios que la misma reconoce a un mayor número de operadores económicos.

El mismo acercamiento parece inspirar la respuesta al segundo de los aspectos anteriormente señalados: la regulación de las *Exit taxes* respecto de terceros Estados, ya formen parte o no del espacio económico europeo. Incluso en este caso la interpretación de la Comisión debe tener en cuenta la más que probable ausencia de instrumentos jurídicos destinados a asegurar un adecuado intercambio de información, y en consecuencia a hacer del todo pleonásticas (esto es, incompatibles con la libertad de

³¹ Directiva 2005/19/CE.

establecimiento³² o de circulación de capitales), las garantías de naturaleza real o personal que numerosos ordenamientos europeos requerían con la finalidad de permitir la suspensión del impuesto en el caso de traslado al extranjero de la sede de las sociedades o de las personas, y que en consecuencia vendrían a recuperar toda su legitimidad en estos casos.

La ausencia de instrumentos adecuados relativos al intercambio de información, incluso para la Comisión, se convertiría de hecho en un factor determinante en la admisibilidad de instrumentos de tutela de la pretensión tributaria estatal desde una óptica comunitaria.

Incluso en este supuesto todavía persisten las incertezas.

De una parte, la Comisión no aclara si el único intercambio de información que se considera adecuado desde esta perspectiva sea sólomente el asegurado mediante instrumentos y modalidades comunitarias, o pueda ser también de diverso tipo, quizás convencional, sobre la base de la experiencia adquirida en este sentido por el Modelo de Convenio de la OCDE³³, de su Comentario y naturalmente de todos los convenios inspirados en él.

Por otra parte, no está claro si respecto de terceros países resultaría permitida, debido a la ausencia de intercambio de información, el establecimiento de una *Exit tax* propiamente dicha, una forma de gravamen sobre una operación extraordinaria (cambio de sede o de residencia que el legislador asimila a un supuesto de obtención efectiva) o un mecanismo de garantía sobre el crédito tributario que el Estado permite y en la que podrá encontrar satisfacción solo si y solo cuando la persona o la sociedad obtengan en el extranjero la plusvalía que había sido generada en el momento del traslado de sede.

³² La libertad de establecimiento puede invocarse incluso por parte de los operadores localizados en el interior del Espacio Económico Europeo, aunque no, sin embargo, por aquellos que operan en terceros países, para los cuales todavía es posible recurrir a la tutela de la propia inversión sobre la base de la libre circulación de capitales.

Incluso así, tanto para los primeros países como para los segundos no resulta aplicable el sistema de Directivas dirigidas a efectuar un intercambio de información eficiente entre las diversas Administraciones tributarias.

³³ Modelo OCDE.

Desde este punto de vista, no se olvida que mucha de la jurisprudencia emanada en materia de *Exit taxes* se ha desarrollado no sólo y no tanto sobre formas de gravamen de la plusvalía generada, sino también sobre obligaciones de garantía de la pretensión tributaria que, por si mismos, pueden evitar el establecimiento en otro lugar o, en este caso, la libre circulación de capitales.

Se trata en este caso de perfiles diversos a los que se deberían dar respuestas igualmente diversas, o cuanto menos, diversamente articuladas.

3. Las variables en juego en el régimen fiscal de la movilidad europea: la fiscalidad de entrada, de salida, la extensión a sujetos societarios, la aplicabilidad a las relaciones con terceros países no pertenecientes a la Unión.

El problema de la movilidad de los sujetos comunitarios, ya se trate de personas físicas o de entes dotados de personalidad jurídica, sea en el interior o de la Unión o hacia el exterior, no puede reducirse a las *Exit taxes*, o incluso a su mera compatibilidad con algunas libertades del Tratado.

El traslado de sede o de residencia se percibe y encuadra siempre en su ineluctable simetricidad: así como, de una parte, un sujeto abandona un Estado, creando eventuales problemas de recuperación de plusvalías a corto o largo plazo, del mismo modo su entrada al interior de otro ordenamiento crea problemas inherentes a la atribución de un valor fiscalmente reconocido a los activos movilizados de esta manera³⁴. En un último

³⁴ Siempre y cuando no permanezcan en el territorio del estado de origen para formar el embrión de un establecimiento permanente. Ante tal circunstancia, y dada la permanencia sustancial sobre el territorio del Estado *outbound* de un centro de imputación de relaciones jurídico tributarias caracterizadas por una particular estabilidad, desaparecen casi todos los importantes problemas relacionados con la movilidad en el interior de la Unión ya que, en cierto modo, es la propia movilidad la que resulta reducida.

análisis, la simetría debería alcanzar hasta a la determinación del valor de salida de los activos y a su correspondencia con el valor de ingreso.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, se trata de entender que suerte de efecto asimilado a la obtención efectiva tiene lugar en el momento en que se produce la salidad de un sujeto del territorio de un Estado (admitida su compatibilidad con el Derecho comunitario), especialmente por cuanto respecta a los operadores que desarrollan una actividad comercial.

Se trata, antes que nada, de entender si, en otros términos, la obtención efectiva sea asimilable a un fenómeno extintivo de la plena subjetividad tributaria (no de aquella civil, que como en el caso de Italia puede subsistir) o si en estos casos se trata de un fenómeno diverso.

Las consecuencias podrían ser claramente distintas, por ejemplo, en el caso de activos que carezcan de un coste fiscalmente reconocido, como por ejemplo el fondo de comercio de una empresa que se halla inscrito o sólo contablemente registrado.

En este sentido, a diferencia de los otros activos para los cuales el problema de la plusvalía sólo se refiere a su montante o al momento de su efectiva exigibilidad, se trataría sobre todo de comprobar (teniendo en cuenta una vez más aquella simetría con el Estado *inbound* al que nos hemos referido anteriormente) si en estos casos el Derecho comunitario permite el sometimiento a gravamen de estos componentes, que en cierto modo podrían ser calificados como fiscalmente latentes en su conjunto.

En conclusión: si el traslado de la sede se aproxima a un fenómeno extintivo – sucesorio para la sociedad, entonces resulta obvio que no podrá hablarse de realización efectiva del fondo de comercio en tanto que desde el punto de vista nacional la actividad finaliza con el traslado³⁵.

³⁵ Un sometimiento a gravamen de salida del fondo de comercio, incluso considerando el traslado de sede al extranjero como un caso de liquidación societaria, difícilmente resultaría compatible con la normativa comunitaria incluso desde el punto de vista del principio de no discriminación. Del mismo modo, resulta difícil para un Estado (en este caso también para Italia) asimilar totalmente el traslado al extranjero de la sede con una liquidación de la

Si por el contrario la obtención de la ganancia está permitida a través de una hipótesis diversa, existen entonces márgenes para sostener una pretensión tributaria incluso sobre el (mayor) valor del fondo de comercio entendido como mayor riqueza económica cuantificable que ha sido producida mientras se desarrollaba la actividad mercantil sobre el territorio del Estado, y que por tanto debe ser valorada desde el punto de vista tributario antes del traslado al extranjero de la sede o de la (potencial) pérdida de cualquier pretensión tributaria en este sentido por parte del Estado.

Se trata, por tanto, de proceder ordenadamente afrontando las diversas problemáticas sobre la base de un criterio lógico.

4. La variable subjetiva en la movilidad europea: comparación de entes y personas.

Se ha afirmado ya, al comentar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que la casuística existente hasta la actualidad respecto a las consecuencias comunitarias del traslado de domicilio, sede o residencia a efectos fiscales se refiere sustancialmente al supuesto de las personas físicas, y más precisamente a aquellas que quedan sometidas a un gravamen de salida.

Mientras que para éstas puede decirse que el problema puede afirmarse sustancialmente resuelto, hasta el punto de que numerosos Estados han adoptado ya las medidas necesarias para evitar incurrir en las mismas violaciones detectadas respecto de Francia y los Países Bajos³⁶, por otra parte nada se ha dicho por lo que respecta a los sujetos societarios.

sociedad (o *lato sensu* de la empresa) en todos aquellos casos en los que, la supervivencia civil de la misma resulta expresamente admitida y reconocida.

³⁶ No es el caso de Italia. El art.166 TUIR, entendiéndolo referido solamente a sujetos societarios o, en cualquier modo, diferentes de personas físicas, no es susceptible de crítica, al menos sobre la base de las sentencias anteriormente recordadas.

Por lo que respecta a estos últimos, la valoración resulta más compleja, tanto por la existencia de otra conocida jurisprudencia³⁷ como por los problemas de orden sistemático. Según la lectura realizada por la doctrina, la jurisprudencia admitía implícitamente tal posibilidad (de aplicar *Exit taxes*) con una argumentación indudablemente seductora: aquella por la que así como la sociedad y cualquier otro ente no son sino centros de imputación de relaciones tributarias que el ordenamiento establece (y no reconoce, como en el caso de las personas físicas) del mismo modo puede imponer mayores límites a su movilidad exterior, tanto que incluso desde el punto de vista civil en muchos países, como por ejemplo Holanda, no se admite el traslado de sede al extranjero.

Si en líneas generales se puede incluso estar de acuerdo con tal conclusión, debe no obstante entenderse ante que tipo de *Exit tax* nos encontramos; o mejor, si se relaciona con un gravamen de salida de las plusvalías como consecuencia de un supuesto de ganancia derivada de una liquidación, o de atribución (manteniendo el entramado empresarial como un *going concern*), o incluso de un *tertium genus* de ganancia derivada del propio traslado al exterior.

Como se ha apuntado en el párrafo precedente, la distinción no es neutral respecto a los resultados fiscales que comporta, ni tampoco lo es la posibilidad de compartir la respuesta jurisprudencial que fundamenta una u otra de estas conclusiones.

Por una parte, asociar al traslado de sede al extranjero *lato sensu* liquidatorio a un supuesto del sujeto societario podría conducir, de hecho, a la realización de una ganancia por el valor normal de los activos empresariales tal y como constan en los registros contables de un modo parecido a lo establecido para una liquidación tradicional sobre la base del Derecho interno. Por cuanto concierne al fondo de comercio no registrado en el balance, por ejemplo, no resultaría concebible en estas circunstancias ninguna hipótesis de obtención de ganancia.

³⁷ Caso *Daily Mail*, C-81/87.

Si por el contrario se llega a una solución interpretativa diversa, entonces la relevancia que las mismas plantean resulta del todo significativas, incluso a los fines de la obtención de una ganancia en clave de gravamen de salida. Esto resulta cierto ya sea en el caso de que se mantenga la hipótesis de la realización efectiva como una suerte de "*tertium genus*", o una realización efectiva conforme al modelo previsto para otras operaciones empresariales extraordinarias que tienen una regulación propia.

Cada una de estas hipótesis presenta perfiles dignos de alabanza y crítica, y la Europa de los 27 experimenta soluciones domésticas para la fiscalidad de salida que resultan casi imposible de enumerar en este lugar.

Ciertamente sí podría mantenerse que incluso en estos casos deberían evitarse³⁸ soluciones que conduzcan a una asimetría del plano tributario respecto al civil (como a veces sigue sucediendo en Italia). En otras palabras, si desde el punto de vista tributario se accede a una solución de tipo liquidatorio (asimilando el traslado al extranjero con la liquidación de la sociedad) entonces lo mismo debería establecerse desde una óptica tributaria.

Si, por el contrario, la norma civil admite tendencialmente la continuidad de la subjetividad jurídica, entonces la realización efectiva de los activos de la empresa por un valor normal resulta siempre admisible desde el punto de vista tributario, pero no encuentra otra justificación que la legítima salvaguardia de la potestad tributaria que puede ejercitarse sobre una riqueza producida, generada aunque todavía no realizada de manera efectiva.

En el caso de que a la jurisprudencia le resulta suficiente esta argumentación para salvar las *Exit taxes*, *nulla quaestio*. En el caso en que, por el contrario, el interés fiscal que entra en conflicto con la plena movilidad de los sujetos societarios necesite de un contexto coherente en el marco jurídico nacional en el que debe desarrollarse, entonces podrían

³⁸ Por cuanto la divergencia no sea por sí misma susceptible de una sanción específica en clave comunitaria.

también imaginarse soluciones en sentido opuesto, inspiradas en la coherencia del sistema jurídico nacional en su conjunto.

Esto conduce a considerar que si un Estado admite desde el punto de vista civil la plena movilidad de un sujeto societario, y la continuidad de su personalidad jurídica, entonces no puede imponer al mismo tiempo una imposición de salida asimilándola a la que se establece con motivo de una operación extintiva.

Desde esta perspectiva, como máximo, serían admisibles formas de garantía real para salvaguardar la pretensión tributaria en la medida en que resulten compatibles con el marco comunitario y con la jurisprudencia que se ha ido consolidando para las personas físicas.

El aspecto subjetivo termina, así, por convertirse en un elemento cuya relevancia varía incluso en base al tipo de impuesto (o de garantía) establecido en el momento de la salida de un Estado.

Hemos recordado al inicio que hasta el momento la doctrina no ha asumido una posición unánime respecto a la posibilidad de extender la jurisprudencia comunitaria anteriormente enunciada a los sujetos societarios.

A quien admite una aplicación extensiva de los mismos resultados incluso a estos últimos, como por otra parte parece hacer la Comisión, se les responde recordándoles la circunstancia de que, por el contrario, el Tribunal de Justicia consideraba distinto el régimen fiscal y la incidencia de las libertades fundamentales en el caso de sujetos societarios, justo por el hecho de que, siendo estos últimos creaciones del ordenamiento en el que se generan, pueden ser objeto de mayores limitaciones por lo que respecta a las consecuencias (también fiscales) derivadas de su movilidad.

En síntesis, así como no resulta incompatible con el marco comunitario la teoría de la sede real³⁹, para la cual el sujeto societario se extingue en el caso en que transfiera su sede al extranjero, del mismo modo no resulta

³⁹ M. Tamburini, *New analysis: Italian Court Clarifies Tie Break Rule*, tax notes International, 2008, p. 1006.

incompatible la aparición de plusvalías latentes (así como su recuperación y gravamen) en el caso en que se produzca este mismo evento.

Frente a tal circunstancia, ya se ha remarcado anteriormente la oportunidad de un tratamiento simétrico ante tales situaciones de movilidad.

Ahora se puede añadir que, en cuanto no resulta todavía posible dar una solución unívoca a este interrogante, si resulta cierto que la *ratio decidendi* del Tribunal en los dos casos más arriba señalados parece proclive, aunque con muchas reservas, a una conclusión en clave de posibilitar la extensión de la prohibición.

Sintéticamente, cuando el Tribunal, ya sea en el asunto *De Lasteyrie*⁴⁰ o en en *N*⁴¹, ha censurado la aplicación de *Exit taxes*, francesas u holandesas, a los ciudadanos recurrentes, lo ha hecho valorando también (sobre todo en el asunto *N*⁴²) la compatibilidad de la garantía impuesta a la futura pretensión tributaria con la libertad de establecimiento establecida en el art. 43 del Tratado⁴³, sin valorar excesivamente la situación subjetiva del recurrente.

En otros términos, si la realización o no de plusvalías latentes resulta un factor que el legislador puede hacer depender de las características subjetivas del contribuyente interesado en el traslado de su propia sede al extranjero, y por tanto una sociedad puede ser constreñida al pago de una *Exit tax* en cuanto el legislador no hace sino repetir la posibilidad que fue indicada en el momento de la constitución del sujeto en cuestión, por otro lado, si en embargo, juzgar sobre la compatibilidad europea de la prestación de garantías frente a la misma operación hace menos relevante la naturaleza subjetiva de quien transfiere su propia sede al extranjero.

Se caracteriza, en consecuencia, por ser un criterio capaz de poder ser extendido con mayor facilidad incluso a la tutela de los sujetos societarios.

⁴⁰ C-9/02.

⁴¹ C-470/04.

⁴² C-470/04.

⁴³ Tratado CE.

Resumiendo: si lo que resulta enjuiciado es la tasación de una plusvalía latente en el momento del traslado de la sede a otro Estado, entonces la diferencia entre una persona física y un sujeto societario puede jugar un papel determinante en la (probablemente diversa) decisión del Tribunal. Esto es así justo por el hecho de que, como se ha dicho anteriormente, así como la incorporación de un sujeto societario depende íntimamente del Derecho interno nacional, también sus dinámicas incluso desde el punto de vista tributario podrían profunda y legítimamente depender del mismo.

Sin embargo, si lo que resulta enjuiciado es la compatibilidad de una garantía para la futura pretensión tributaria en el momento de la (igualmente futura) cesión del activo sobre el que se ha ido generando una plusvalía, entonces son indudablemente menores las diferencias entre una y otra categoría de contribuyentes.

La garantía, sea real o personal, limita del mismo modo la movilidad de unos y de otros sujetos, y una sociedad (u otro ente dotado de personalidad jurídica) por el mero hecho de serlo, no está ciertamente en condiciones de ofrecer menos garantías que un individuo para garantizar la pretensión tributaria.

Es el Tribunal de Justicia el que, escogiendo para su valoración un parámetro de naturaleza objetiva, se encuentra en la condición de poder extender tal pronunciamiento más allá de los confines de los individuos, a los cuales ha sido llamado a dar las primeras respuestas.

En esta particular, limitada pero jurisprudencialmente fundada, perspectiva, bien podría sostenerse que la incompatibilidad del particular tipo de *Exit taxes*, o mejor, de los instrumentos de garantía⁴⁴ de la futura pretensión tributaria, adoptada en algunos precedentes jurisprudenciales relativos a personas físicas podría ser también sostenida y admitida respecto de sujetos societarios, o también respecto de entes.

⁴⁴ En este sentido, ahora más que nunca resulta necesario que el intérprete adopte un significado de *Exit tax* lo más descriptivo y amplio posible, prescindiendo de la caracterización de esta institución como necesaria e inmediata modalidad de ingreso tributario.

El análisis de los aspectos subjetivos no puede considerarse todavía completado si no se afrontan también aquellos aspectos de orden sistemático de los que habíamos hablado anteriormente, y que imponen al intérprete la necesidad de tener en cuenta la legislación comunitaria derivada. También esta puede incidir, al menos indirectamente, sobre esta cuestión.

El problema fiscal relativo a la movilidad de los individuos, y aún más de las sociedades, en el interior de la Unión no han sido nunca objeto de actuaciones sistemáticas.

Pese a ello, se pueden inferir importantes instrumentos hermenéuticos de otras medidas destinadas a regular fenómenos distintos pero, por así decirlo, jurídicamente conexos al objeto del presente estudio.

Nos referimos, sobre todo, a la Directiva 1990/434/CEE⁴⁵, que ha pretendido establecer una regulación armonizada de determinadas operaciones empresariales extraordinarias, como fusiones, escisiones o aportaciones de activos. Sólo en un momento posterior se ha extendido el sistema de la Directiva para comprender también la movilidad de los sujetos societarios en el interior de la Unión, pero sólo en el caso de que estos asuman la forma de Sociedad europea o de sociedad cooperativa europea.

No resulta este el lugar para repasar o incluso resumir toda la evolución de la doctrina, y recientemente también de la jurisprudencia, que ha tenido por objeto el análisis de la citada Directiva, aunque de la misma pueden inferirse todavía interesantes aspectos de reflexión incluso en materia de *Exit taxes*.

El hecho de que el legislador comunitario, en 1990, no haya pensado en la regulación de la movilidad de los sujetos societarios, o que en cualquier manera no la haya previsto en el texto de la Directiva destinada a armonizar las operaciones extraordinarias de reestructuración empresarial, constituye indudablemente un problema, si bien no insuperable, en la búsqueda de una regulación comunitaria de la movilidad societaria que

⁴⁵ Directiva 1990/434/CEE.

respete los cánones de la certeza y de la posibilidad de predeterminedar los efectos fiscales de un traslado de sede.

Si, de una parte, el intérprete debe tomar en consideración esta laguna, por otra parte no se puede no destacar como al menos desde el punto de vista del Derecho mercantil italiano, también el traslado de sede del sujeto societario se considera como una operación extraordinaria igual que las otras anteriormente mencionadas, que desde el punto de vista fáctico termina por plantear los mismos problemas. En suma, quizás el legislador italiano ha perdido la ocasión para extender, quizás *praeter legem*, la aplicación de los principios de la Directiva incluso a operaciones que, participando de la naturaleza extraordinaria que presentan las que han sido previstas expresamente, todavía no tienen una regulación uniforme en el ámbito europeo.

Más allá de tales observaciones, todavía emergen con absoluta claridad dos datos del texto del acto comunitario.

El primero es aquél por el cual el legislador comunitario encuadra el sistema de las operaciones extraordinarias a las que se refiere la Directiva como tendencialmente neutras desde el punto de vista de los impuestos directos, solución que la doctrina, no sólo italiana, ha tenido ocasión de apreciar como lógicamente homogénea con la naturaleza de las propias operaciones, insertas en la lógica de la imposición directa.

El otro aspecto es, sin embargo, que tal neutralidad resulta admitida desde una óptica comunitaria sólo para aquellos activos que, como consecuencia de la propia operación (piénsese por ejemplo en una fusión por incorporación transnacional) terminan por incorporarse a un establecimiento permanente que subsiste sobre el territorio del Estado. Para todos los demás (incluso aquellos que permanecen aisladamente en el territorio del estado) el gravamen a valor de mercado parece la única salida posible: aquello que la regulación comunitaria parece admitir.

Nos encontramos frente a una elección comunitaria que no parece ser tanto una confirmación en términos absolutos de la declinación tributaria del

principio de libertad de establecimiento (entendida como irrelevancia fiscal de cada operación extraordinaria destinada a cambiar la plena subjetividad pasiva de una sociedad en un Estado miembro), como, más bien, un sagaz intento de mediación entre esta exigencia (que aparece teñida de un valor eminentemente pragmático) y el subsistente interés fiscal del Estado – nación que no estaba (y no está) dispuesto a renunciar por entero a su pretensión tributaria sobre una plusvalía que se ha venido generando durante años, y que correría el riesgo de perderse en favor de los órganos de recaudación de otro Estado miembro de la Unión, verosimilmente menos exigente que los suyos.

Tomada desde esta perspectiva, la Directiva 1990/434/CEE⁴⁶ no puede dejar de asumir una relevancia de carácter sistemático, incluso para el problema de la fiscalidad de los movimientos societarios transnacionales que se analizan en este contexto (las operaciones extraordinarias de las que se da cuenta en la Directiva quizás no sean otra cosa que supuestos particulares⁴⁷ de movilidad societaria entendida en un sentido más general, que se produce a través del cambio de la sede social, y extraordinariamente a través de operaciones que atienden a la propia subjetividad como fusiones, escisiones, etc.).

Resumiendo así como la aplicación de *Exit taxes* resulta implícitamente admitida en el (infrecuente) supuesto de fusiones transnacionales en las que la sociedad fusionada cesa en su residencia en el territorio del estado y no mantiene allí ni siquiera un establecimiento permanente, del mismo modo nada podría impedir la aplicación de la misma forma de tributación también en el supuesto más simple (aunque no previsto) del mero traslado de residencia al extranjero.

Ciertamente la interpretación, analógica y *a contrario*, de lo dispuesto en la Directiva en cuestión no puede ser considerado de manera que haga

⁴⁶ Directiva 1990/434/CEE.

⁴⁷ Por cuanto en la realidad diaria resulte conocido por todos que las operaciones de reestructuración empresarial mencionadas en la Directiva superan desde el punto de vista cuantitativo aquellas de simple traslado de la sede social.

desaparecer cualquier duda al respecto, pero también resulta cierto que parece decantarse por la compatibilidad de tal forma de tributación con el sistema comunitario, al menos de rango secundario⁴⁸.

Sólamete después de 15 de años, la normativa examinada ha sido actualizada mediante la Directiva 2005/19/CE⁴⁹ con la finalidad de tomar en consideración la movilidad intracomunitaria de las sociedades⁵⁰. Y aún así, lo ha hecho tomando en consideración únicamente a las sociedades europeas (y a las Sociedades cooperativas europeas) mediante una extensión de los principios más arriba analizados: ya sea por lo que respecta a los presupuestos como a los límites.

En otras palabras, el traslado de sede de la sociedad europea de un Estado a otro se produce con una neutralidad impositiva sustancial sólo si con la operación permanece en el primer Estado un establecimiento permanente de la misma, y exclusivamente por cuanto respecta a los activos vinculados al establecimiento permanente situado en el territorio del Estado.

Se trata, por tanto, de un doble límite que, de hecho, también legitima de manera abstracta la aplicación de formas de tributación de salida a las sociedades europeas, cuyo estatuto y regulación, incluidos los aspectos tributarios, están inspirados en la máxima atención a las necesidades de circulación y de salvaguardia del mercado común europeo.

Por tanto, podría manetnerse la conclusión de que incluso en tales circunstancias permanecería confirmada *a contrario* la interpretación del art. 43⁵¹, por lo que la libertad de establecimiento que ha sido invocada

⁴⁸ Ya se ha indicado anteriormente que el sistema de las directivas no ha sido considerado, en otras ocasiones, como límite a la aplicación de las libertades fundamentales del Tratado. Piénsese, sobre todo, en la Directiva 1990/435/CEE en materia de dividendos y el procedimiento de infracción que está probablemente destinado a cerrarse tras la adhesión de Italia a las tesis mantenidas por la Comisión. Incluso esta circunstancia viene a relativizar posteriormente las conclusiones alcanzadas en este contexto.

⁴⁹ Directiva 2005/19/CE.

⁵⁰ La doctrina más cercana a estos problemas ha destacado ya como si, por un lado, la directiva puede ofrecer aspectos válidos para la movilidad en la salida de los sujetos societarios, del otro se ponen en evidencia los muchos silencios existentes respecto a la movilidad de entrada de los mismos, sobre todo por cuanto respecta a la identificación del valor fiscalmente reconocido de los diversos activos.

⁵¹ Tratado CE.

eficazmente para contrastar formas de tributación y de garantía por parte de personas físicas no puede resultar extendida a los sujetos societarios, o, en cualquier caso, dotados de personalidad jurídica.

5. Continúa: la movilidad de las sociedades de personas.

En el caso de que se opte por la solución que acabamos de analizar en el párrafo anterior, esto es, aquella en base a la cual el art. 43 del Tratado⁵² no encuentra su plena aplicación para las sociedades capitalistas y los entes, así como al contrario si encuentra para las personas físicas, se termina por plantear necesariamente el problema relativo a las sociedades de personas, los *partnerships*, en un contexto comunitario.

Incluso en este caso, la intención de articular una respuesta unitaria al problema generado por la movilidad intracomunitaria de las sociedades de personas resulta considerablemente más dificultoso por la escasez de referencias de Derecho positivo que sustenten una u otra tesis (es decir, de la equiparación, por cuanto respecta a la protección de las libertades fundamentales, de las sociedades de personas a los individuos o a las sociedades capitalistas).

Ni siquiera la normativa italiana contribuye a la resolución de esta cuestión, eppure la normativa italiana soccorre sul punto, dado que como es conocido la subjetividad pasiva de las sociedades de personas varía según su residencia o no en el territorio del Estado, sobre la base de una regulación a la que, por otra parte, la Comisión europea ya le está prestando atención por vulnerar la prohibición de discriminación⁵³. Si en consecuencia, de una parte, la transparencia de las sociedades podría reforzar la posición de quien observa como el gravamen de la plusvalía se produciría de hecho en

⁵² Tratado CE.

⁵³ Véase, en este sentido, el procedimiento de infracción formulado contra Grecia 2006/2241 indicado también en IP/07/14.

esede de los socios personas físicas⁵⁴, por otra parte, debido a la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia las sociedades de personas se asimilan a aquellas de capital (dotadas, por tanto, de personalidad jurídica) en la aplicación (y en las limitaciones) del art. 43⁵⁵ del Tratado⁵⁶.

Admitase como prueba, en este sentido, la progresiva extensión de las libertades del Tratado también a los establecimientos permanentes, así como a las sucursales y filiales de las propias sociedades o incluso a las personas físicas⁵⁷.

En este sentido, el único elemento que puede conducir a excluir la naturaleza societaria de un sujeto jurídico en el marco del Tratado es su naturaleza *non profit*⁵⁸.

Prescindiendo de tales circunstancias, la necesidad de diferenciar entre sociedades de personas y sociedades de capitales, en la aplicación del Derecho comunitario, nunca ha asumido una importancia determinante, desde el momento en que nunca han aparecido aspectos que hagan necesaria tal distinción⁵⁹.

Desde el punto de vista de la movilidad societaria, y sobre todo en base a la jurisprudencia citada, una distinción no resultaría privada de fundamento. Si, de hecho, se aproximase el *status* de la sociedad de personas a aquel de los socios que la conforman, serían menores los vínculos imponible por

⁵⁴ Son dignas de mención, aunque ajenas al presente contexto, las preocupaciones del legislador italiano que, con las novedades introducidas el año pasado, ha intentado evitar que el gravamen de salida sobre las sociedades capitalistas redunde directamente sobre sus propios socios.

⁵⁵ Tratado CE.

⁵⁶ Así lo destaca, entre otros, M. Kiikeri, *The freedom of establishment in the European Union*, Helsinki, 2002, p. 45 ss.

⁵⁷ C-107/83, *Klopp*, § 19.

⁵⁸ C-182/83, *Fearon*, § 8. En este caso falta claramente el requisito objetivo de la actividad económica, *cf.* M. Kiikeri, *op. cit.*, p. 41.

⁵⁹ Al contrario de lo que sucede en la configuración que la OCDE realiza de la figura del *partnership*. En este caso, todavía, la distinción asume una importancia determinante ya que el Modelo de Convenio establecido por la OCDE establece su aplicabilidad incluso sobre el presupuesto de la *liability to tax*, de la plena subjetividad pasiva del contribuyente como *conditio sine qua non* para el reconocimiento de las garantías del Convenio. Claramente, en el caso de las sociedades de personas y de las *partnerships* la transparencia que las caracteriza (no sólo en el ordenamiento italiano) contribuye a plantear la crisis de este presupuesto.

parte del legislador del denominado Estado "outbound" al sujeto que intente transferir su sede a otro lugar. Por otro lado, el gravamen sobre las plusvalías latentes terminaría en este caso por gravar directamente a los propios socios de la sociedad, según el criterio de transparencia que constituye casi un aspecto común de todas las *partnerships* en Europa.

En realidad, la interpretación mantenida tradicionalmente por el Tribunal de Justicia respecto de las sociedades de personas toma en consideración la aplicación del art. 43 y naturalmente del art. 48⁶⁰ incluso a estos sujetos, desde el momento en que deben ser incluidos en la categoría del operador económico tan frecuentemente utilizada por el Tribunal. Ésta ha llegado hace ya tiempo a extender el principio de la libertad de establecimiento a los centros de imputación de relaciones tributarias, como los establecimientos permanentes, que no gozan por sí mismos de personalidad jurídica y que, por tanto, se sitúan, por debajo de las sociedades de personas por lo que concierne a la formalización jurídica de su actividad⁶¹.

Ciertamente, esta única circunstancia está bien lejos de poder considerarse como suficiente para justificar una operación que, en síntesis, no hace otra cosa que atribuir a las sociedades de personas un nivel de tutela de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado que resulta equivalente al de las sociedades capitalistas, y por tanto, según la jurisprudencia anteriormente recordada, más bajo respecto a lo que sucede para las sociedades de personas.

Sin embargo, en la incerteza que todavía caracteriza el contexto en el que operamos, resulta razonable afirmar que el eventual mecanismo de gravamen mediante la transparencia de esta sociedad no sea, por sí mismo, suficiente para su equiparación *tout court* a las personas físicas desde la óptica de la libertad de establecimiento y, por lo que respecta a la fiscalidad

⁶⁰ Tratado CE.

⁶¹ En el sentido que, por ejemplo, en el sistema italiano el establecimiento permanente considerado en sí mismo no es destinatario de ninguna previsión específica en la legislación mercantil, a diferencia de las sociedades de personas que, aún no estando personificadas, se caracterizan, en cualquier caso, por tener un régimen estatutario autónomo.

de salida, sobre todo en ausencia de un posicionamiento específico del Tribunal sobre esta cuestión.

6. Fiscalidad de salida (*outbound*): las hipótesis de gravamen de las plusvalías latentes, la individualización de los activos relevantes.

Actualmente sigue sin existir un modelo comunitario para la fiscalidad de salida ya sea de personas físicas o, sobre todo, de sujetos societarios o de operadores económicos en la acepción europea del concepto.

La ausencia del modelo, esto es, de una Directiva o de una orientación jurisprudencial sistemática, consolidada en el tiempo y desarrollada a través de una lectura homogénea de las libertades del Tratado, resulta justificada por la dificultad para los diversos Estados no sólo de alcanzar soluciones tributarias compartidas, sino también por la profunda e irremediable diversidad que caracteriza el sustrato civil de las operaciones de movilidad intracomunitaria (e incluso internacional) de los sujetos societarios.

Ya se ha dado cuenta anteriormente que son dos teorías diversas las que inspiran las legislaciones nacionales de los diferentes Estados de la Unión: la de la incorporación y la de la sede efectiva, admitiendo una la mencionada movilidad, mientras que la otra, que establece la extinción del sujeto societario en el momento en el que, metafóricamente, traspasa los confines territoriales del Estado, por el contrario no admite tal movilidad.

También el modelo de gravamen de las plusvalías latentes en el momento del traslado de la sede a otro país se deja, sustancialmente, en manos de la legislación nacional de cada Estado miembro, tanto es así que, refiriéndose en buena medida a aspectos de fiscalidad directa, son escasos los márgenes para la intervención del Derecho comunitario derivado.

Esta apreciación no impide, sin embargo, la posibilidad de realizar un análisis, al menos en líneas generales de la operación en sí misma considerada, de su asimilación a otras fiscalmente establecidas y en la que

se preste una especial atención a los activos generadores de plusvalías de salida.

No solo en el Derecho tributario italiano, sino también en otros muchos sistemas nacionales, como es sabido, a la salida de la sociedad (o del individuo) del territorio nacional (o mejor, de su traslado de domicilio, residencia o sede al extranjero) se asocia una manifestación de poder tributario por parte de la Hacienda del país abandonado.

Tal manifestación puede incidir directamente sobre el contribuyente, llamado a pagar el tributo en el momento en el que se produce el traslado, o como sucede con mayor frecuencia, determinando la cuantía del tributo en ese momento pero, por así decirlo, difiriendo su exigibilidad al momento de su obtención efectiva.

Sobre estas dos variantes de *Exit tax* la doctrina se ha detenido hasta el momento denunciando, a veces su conflictividad con el Derecho comunitario, y a veces, por el contrario, su compatibilidad condicionada.

Con mayor precisión, mientras que en el primer caso el contraste parece más evidente, en el segundo ni siquiera la Comisión, en el informe ya citado, parece plantear aspectos críticos, si no por la naturaleza y onerosidad (y a fin de cuentas la proporcionalidad) de la garantía de naturaleza real que a veces se establece para garantizar la certeza de la futura recaudación.

En otras palabras, como se deduce de la jurisprudencia y hemos visto en otros apartados de la presente investigación⁶², las críticas se centran sobre las garantías reales que el contribuyente debe ofrecer al Estado *outbound* para que este último no corra el riesgo de insatisfacción, por ejemplo, por una insolvencia sobrevenida por el contribuyente o, en cualquier caso, por su incapacidad para abonarlo.

La naturaleza de la obtención efectiva nunca ha sido objeto de un análisis jurídico ni en el ámbito comunitario ni en el contexto italiano, donde el art.

⁶² Para las cuales se reenvía otra vez a C. De Pietro, op. cit.

166 TUIR⁶³ parece referirse a una noción de como aquella de “componentes de la empresa o complejo empresarial” que por su carácter genérico y omnicomprendivo se presta a diversas lecturas.

Antes que nada, se trata de comprender cuál es el evento del que la norma hace depender la obtención efectiva: esto es, si lo asimila a una liquidación del sujeto societario o si esta constituye solamente un método para recuperar mediante impuestos el valor generado por la empresa, y que asume un valor efectivo en la operación en cuestión (al menos en Italia).

Resulta difícil pensar en una hipótesis de liquidación del sujeto societario, incluso limitando tales efectos a la esfera tributaria.

Impide llegar a esta conclusión, al menos en el supuesto italiano, el hecho de que el Derecho internacional privado expresamente establece en muchos casos la supervivencia del sujeto en el otro ordenamiento, pensándose a lo sumo en una obtención efectiva de la plusvalía por liquidación sólo en el caso de que el traslado de la sede al extranjero se produzca en ese mismo momento y sin las condiciones previstas en la norma civil.

En este caso resulta fácil sostener que no se trata de un auténtico traslado de la sede al extranjero, sino más bien, de un fenómeno extintivo del sujeto societario, con todas las consecuencias que el mismo conlleva.

Pero si el traslado se efectúa conforme a las disposiciones del Derecho internacional privado, no existen razones para asimilar esta hipótesis de obtención efectiva a aquellas que tiene lugar por extinción.

De ello se deduce, por ejemplo, que entonces también deberían resultar relevantes los activos que, por el contrario, no lo serían desde el punto de vista tributario y que no inciden sobre el supuesto de obtención efectiva por liquidación. Obviamente la referencia debe entenderse realizada, sobre todo, al fondo de comercio de la empresa.

La realización del fondo de comercio a valor normal, prescindiendo de su efectiva inscripción entre los bienes de la empresa y de su relevancia tributaria (por ejemplo después de la adquisición de un complejo

⁶³ Art. 166 Tuir.

empresarial o de una operación societaria extraordinaria), debería imponerse por el hecho de que esto no consiste en otra cosa que un mayor valor de los bienes empresarialmente organizados, que garantiza una mayor rentabilidad en el futuro y que ha sido obtenida en el territorio del país.

En consecuencia, debería ser oportunamente valorado antes de que la sociedad salga del territorio del Estado, perdiendo de tal manera, con una razonable probabilidad, aquel *genuine link* que corresponde al erario público de someter a gravamen las rentas generadas en el ejercicio de la actividad desarrollada.

El Derecho comunitario, partiendo de que las *Exit taxes* se puedan considerar compatibles con la libertad de establecimiento para los sujetos societarios (quizás posponiéndolos, sin necesidad de prestar garantía alguna, al momento de la realización efectiva en el extranjero de los activos transferidos o de la empresa en su conjunto), debería alcanzar sus conclusiones en términos de determinación de la base imponible de un modo adecuado con el sustrato de Derecho mercantil que regula el traslado y que, de hecho, ha reconocido en precedentes como *Daily Mail*⁶⁴.

Supone una solución plenamente conforme a la lógica y a los presupuestos y a las condiciones en las que se produjo el traslado. Estos, si de una parte admitían la realización por la salida de un sujeto societario del territorio del estado, de otra parte podían claramente asociar esta realización a un fenómeno diferente a la liquidación de la sociedad.

Por otro lado, atribuir un valor liquidatorio al traslado de la sede no habría tenido ningún sentido, considerando el complejo empresarial como un *going concern* en el país *inbound*, y probablemente habría expuesto al ordenamiento que lo hubiese establecido a perfiles de ilegitimidad desde el punto de vista comunitario sobre la base de la irracionalidad e incoherencia del ordenamiento jurídico. Esto último supone, efectivamente, que mientras

⁶⁴ Caso *Daily Mail*, C-81/87.

de un lado reconoce la supervivencia del sujeto societario en el extranjero, por otro, trataría fiscalmente su traslado como un cese del mismo.

Se trata, a fin de cuentas, de una solución que lleva al intérprete a considerar el supuesto de realización como atípica en el sistema de referencia (al menos desde el punto de vista italiano), y que si por una parte legitima una interpretación lo más extensiva posible del inciso anteriormente mencionado del art. 166⁶⁵ comprendiendo incluso los valores simplemente inscritos⁶⁶, por otra parte crea problemas de simetría en la gestión de los sujetos *inbound*.

7. La fiscalidad de entrada (*inbound*): la atribución de valor a los activos (con particular referencia a la actividad de empresa mercantil y profesional) y la crítica de algunos supuestos triangulares.

La fiscalidad de entrada de los sujetos societarios o de los empresarios en el Derecho comunitario constituye un aspecto menos estudiado aún de cuanto lo sea la movilidad de salida, cuya relevancia tributaria potencial e inmediata ha centrado y continúa centrando la atención de la jurisprudencia del Tribunal y las reflexiones de la Comisión de las que se ha dado cuenta anteriormente.

Bajo esta perspectiva adquieren significado todos los problemas relativos a la llegada de un sujeto en el territorio del estado y la consiguiente atribución de un valor fiscalmente reconocido a cada activo individualmente considerado en razón (aunque no necesariamente) del impuesto de salida

⁶⁵ Art. 166 Tuir.

⁶⁶ En este sentido, una interesante perspectiva podría ser la de la utilización de los IASB en la determinación del fondo de comercio de la sociedad que abandona Italia. La implementación de los IASB en el ámbito comunitario podría servir en este sentido como un elemento armonizador de los valores de los activos, de entrada y salida, minimizando los riesgos de doble imposición o de salto de impuesto.

descontado por el otro Estado, y consecuentemente de las *Exit taxes* aplicadas.

El problema se plantea, entonces, por prescindir de la uniformidad parcial en el ámbito comunitario de los principios contables internacionales como instrumento dirigido a remover los obstáculos entre uno y otro Estado desde el punto de vista de la información relativa a los actos de gestión de la empresa, y de otra parte, está destinado a no obtener una respuesta normativa desde el momento en que incluso con el recentísimo decreto, anteriormente citado, que ha transpuesto la Directiva 2005/19/CE⁶⁷ en materia de operaciones transfronterizas extraordinarias y de sociedad europea⁶⁸, el legislador no ha pretendido clarificar los aspectos relativos a la fiscalidad de entrada de los operadores económicos en general, y a las sociedades en particular.

Las orientaciones que parecen surgir como dominantes en la doctrina, junto a una reconstrucción, por así decirlo, “en negativo” del fenómeno estar orientadas a la atribución a efectos fiscales del valor normal de cada bien empresarial que se transfiere al territorio del Estado, prescindiendo por tanto del valor fiscal atribuido en el otro Estado y, obviamente, del reconocido contablemente, ya sea en base a los principios contables del Estado de procedencia que a los principios contables internacionales, incluso en el caso de que su aplicación se haga necesaria por el Reglamento comunitario mencionado.

En este sentido puede entenderse, por tanto, la reconstrucción “en negativo” del fenómeno que aquí se analiza: como de una parte el art.166 TUIR⁶⁹, en el caso italiano, establece la realización a valor normal de todos los activos relativos a la empresa, por otra parte resulta razonable considerar que lo mismo debe suceder para el ingreso de los sujetos societarios en un país de la Unión, y concretamente en Italia.

⁶⁷ Directiva 2005/19/CE.

⁶⁸ Decreto legislativo de 6 de noviembre de 2007, n° 199.

⁶⁹ Art. 166 Tuir.

Por otro lado, numerosas legislaciones pueden diferir respecto a la determinación del momento en que el impuesto resulta exigible, pero raramente se separan del criterio del valor normal para la cuantificación de la plusvalía latente, de una parte, y para la atribución de un valor de ingreso⁷⁰, de otra.

Todavía hoy el Derecho comunitario no ofrece instrumentos para orientar la elección de un país en un sentido (valoración normal de los activos en el momento de la entrada) o en otro (continuidad de los valores establecidos en el país de procedencia). Difícilmente la segunda de las soluciones analizada en primer lugar podría mantenerse por el Tribunal de Justicia en un contexto en el que incluso las operaciones empresariales extraordinarias, si se realizan sin dejar en el Estado de origen un establecimiento permanente, legitiman la realización de las plusvalías latentes.

Indudablemente, la única exigencia imperativa que el Tribunal podría verse obligado a cumplir es la prohibición de doble imposición como límite a la libre circulación de los capitales y, antes aún, al libre establecimiento de las empresas en Europa.

Aquello que parece surgir aquí es la necesidad de que si el Estado *outbound* aplica una *Exit tax* el Estado *inbound* no imponga a la empresa la obligación de inscribir los activos al coste histórico (o conceda un crédito de impuesto para la *Exit tax* abonada e el Estado de origen): se trataría entonces de precauciones generalmente derivadas de la aplicación de convenios contra la doble imposición (los cuales, al menos en el modelo OCDE⁷¹ y en su comentario, no se apresuran a ofrecer respuestas convincentes a estos problemas).

De iure condito no sería, por tanto, posible tender hacia la formulación de un único modelo comunitario de fiscalidad de entrada, sino más bien a un conjunto de soluciones simétricas dirigidas necesariamente, de un lado, a evitar la doble imposición internacional, y del otro, a minimizar los casos de

⁷⁰ Resulta razonable considerar que el coste histórico de adquisición siga siendo válido por la aplicación de la amortización, en el caso de que el país extranjero se comporte como Italia.

⁷¹ Modelo OCDE.

salto de impuesto que por razones opuestas pudieran producirse (ninguna *Exit tax* a la salida e inscripción al valor normal del país de entrada).

Ninguna directiva comunitaria se ha interesado en esta problemática, ni siquiera la más reciente 2005/19/CE⁷², por lo que el Tribunal de Justicia se ha visto totalmente privado de instrumentos adecuados para la resolución de los problemas que se le pudieran plantear respecto de casos un poco más complejos de los examinados para las personas físicas, y admitiendo siempre que que las formas de tributación hasta aquí enjuiciadas se consideren compatibles con las libertades del Tratado.

Piénsese, por ejemplo, en el caso en que el Estado *inbound* coincida con aquel en el que la sociedad que se traslada tenga ya un establecimiento permanente, o sólomente bienes aislados con un valor fiscalmente reconocido. Claramente, en estas circunstancias el operador económico debería atribuir un valor normal a un activo que en realidad ya ha sido reconocido y valorado en el ordenamiento, por así decirlo, de destino. En tal caso: o los citados bienes se excluyen del citado procedimiento de valoración (situación indudablemente más fácil desde el punto de vista aplicativo, pero que termina por crear una discriminación entre los bienes difícilmente admisible desde el punto de vista de las prohibiciones de discriminación y de coherencia del ordenamiento) o bien se concede a estos bienes un valor diverso (normal, de mercado) prescindiendo del hecho de ya hayan sido registrados con tal finalidad; pero entonces resulta claro que se plantearía inmediatamente el problema de la relevancia fiscal de esta diversa valoración. En conclusión: si la (eventual) plusvalía pueda ser sometida a tributación inmediatamente o no.

La tantas veces mencionada, novedad introducida por el Decreto Legislativo 199/07⁷³ resulta particularmente escasa de informaciones a este respecto, aunque realiza algún apunte. Por ejemplo, en el caso de traslado al extranjero de la sede, la nueva norma obliga al Estado italiano a considerar

⁷² Directiva 2005/19/CE.

⁷³ Decreto legislativo de 6 de noviembre de 2007, n° 199.

el valor normal de realización de los establecimientos permanentes situados en el extranjero, entendiéndose por tal aquel que establece el ordenamiento tributario del otro Estado. Se trata de uno de los rarísimos casos de reenvío a un ordenamiento extranjero que efectúa el ordenamiento tributario nacional con la finalidad de determinar la base imponible. Se trata, al mismo tiempo, de una disposición absolutamente innovadora en el sistema actual del texto único, capaz de resolver los numerosos conflictos que pueden surgir, desde un punto de vista operativo, cada vez que la "normalidad" de un valor desde el punto de vista italiano sea diferente de la "normalidad" del mismo en la óptica de otro país.

Sin embargo, mientras la nueva disposición elimina las dudas respecto al eventual conflicto con un país extranjero, no resulta de ninguna ayuda en el caso en que, paradójicamente, el conflicto tenga lugar con disposiciones nacionales. Aquí nos referimos al supuesto de traslado a Italia de una sociedad no residente que ya ha tenido en nuestro país un establecimiento permanente con bienes valorados diversamente respecto a la "normalidad" en el momento histórico en que se ha efectuado el traslado.

El mismo problema puede surgir, naturalmente, para cualquier otro país en el interior de la Unión que adopte un sistema análogo al italiano.

Entre las diversas soluciones anteriormente señaladas, no parece poder descartarse aquella que se basa sobre el principio, por así decirlo, de reciprocidad o de mutuo reconocimiento, que subyace en la norma previamente citada⁷⁴. En conclusión, en el caso en que la sociedad entre en el territorio del Estado italiano se debería conceder relevancia al valor que el establecimiento permanente ya está registrando en ese territorio, sin necesidad de una posterior normalización, así como Italia tiene en cuenta la

⁷⁴ Que, por desgracia, no parece ser el arrojado en nuestro ordenamiento por la ya citada directiva del año 2005. El legislador, con el último párrafo del art. 1 de la Directiva 19 parece haber deseado regular un aspecto que el legislador comunitario, por el contrario, ha olvidado, o regulado sólo incidentalmente en el caso de traslado de sede de la Sociedad europea. De aquí derivan las mayores dificultades que se encontrarán en el caso en que se intenten generalizar las mencionadas conclusiones.

“normalización” del Estado extranjero cuando una sociedad, por el contrario, abandona el territorio del Estado.

En ausencia de disposiciones específicas que regulen la operación *inbound*, la solución adoptada por el legislador italiano puede constituir, seguramente, un modelo aplicable en un contexto comunitario, o por lo menos no parece suscitar críticas ni desde el punto de vista de la Directiva 1990/434/CE⁷⁵ tal y como ha sido modificada, ni del punto de vista de las libertades fundamentales del Tratado o de la prohibición de discriminación.

Se trata, por lo demás, de una solución absolutamente innovadora que no encuentra precedentes ni siquiera en los estudios de la movilidad social realizadas en el ámbito de la OCDE, que ni en el Modelo de convenio ni en el comentario al mismo se encuentra en condiciones de contribuir a una correcta solución del problema.

La insuficiencia del modelo convencional deriva de su propio planteamiento: pensado y querido como instrumento dirigido a proporcionar criterios adecuados de reparto de las diversas potestades tributarias en situaciones *crossborder*, pero en un determinado momento histórico, muestra todas sus carencias cuando, potencialmente, las pretensiones tributarias se manifiestan no sólo en situaciones transnacionales, sino que implican también una variable temporal.

Cuando, en definitiva, el conflicto entre pretensiones tributarias implique a rendimientos o componentes de rentas que, generadas en un determinado contexto territorial, vienen posteriormente realizados en otro.

⁷⁵ Directiva 1990/434/CEE.

8. La movilidad comunitaria a prueba de los criterios de reparto de la potestad tributaria en el Modelo de Convenio OCDE⁷⁶: a la búsqueda de un paradigma (compartido).

La solución convencional a los problemas de doble imposición internacional no resulta sólo admitida, sino también deseada por el Tratado⁷⁷.

Los Padres constituyentes comunitarios, comprendiendo la dificultad para alcanzar soluciones compartidas y comunes en el ámbito de la fiscalidad directa, sobre todo por el comprensible egoísmo (históricamente aceptable) de los Estados – nación, demandaron a los mismos la adopción de soluciones de carácter bilateral.

El sistema de los convenios contra la doble imposición, ya sean desarrollados sobre el modelo de las Naciones Unidas⁷⁸, que sobre el *standard* OCDE, constituye aún en la actualidad una solución válida, a pesar de la necesidad de su superación, como la doctrina viene proponiendo desde hace tiempo.

En el ámbito de la presente investigación, resulta claro que el problema de la movilidad de entrada y salida de un sujeto societario o de un individuo se debe encuadrar en el ámbito del art. 13 del Modelo⁷⁹, que está dedicado expresamente al gravamen de las plusvalías.

La propuesta de solución OCDE, no obstante, resulta ideada y desarrollada esencialmente para mediar entre las diversas pretensiones tributarias de dos países, en el tradicional conflicto entre el Estado de residencia del sujeto perceptor y del Estado de origen de la renta, entendiendo este último como el país en el que, hipotéticamente, está localizado el activo generador de la plusvalía.

⁷⁶ Modelo OCDE.

⁷⁷ Nótese que el inciso ha desaparecido en la última versión del Tratado constitucional europeo.

⁷⁸ Modelo ONU.

⁷⁹ Modelo OCDE.

Frente a una pretensión tributaria conjunta el Modelo de convenio manifiesta plenamente su eficacia, si bien dentro de los límites que ya han sido indicados por algunos autores.

Sobre la base del art. 13⁸⁰, de hecho, las plusvalías son generalmente gravadas en sede del sujeto receptor, en el lugar donde el mismo reside, y con un criterio de atribución que denota la exclusividad de tal potestad impositiva⁸¹. Naturalmente, se establecen determinadas excepciones para las cuales, por el contrario, se reconoce la potestad tributaria concurrente en el caso en que el activo que genera la plusvalía se caracterice por determinadas características (por ejemplo, cuando se trata de bienes inmuebles o de participaciones en sociedades sustancialmente inmobiliarias⁸²). A las mismas conclusiones se llega tras la lectura del Modelo propuesto por las Naciones Unidas⁸³ y por su Comentario que, modificando en un sentido extensivo algún supuesto de gravamen concurrente del Estado de la fuente, todavía conserva la primacía de la potestad tributaria del Estado de la residencia⁸⁴.

Incluso con la profundidad del análisis desarrollado, ni la OCDE ni las Naciones Unidas ni los más atentos comentarios de las mencionadas disposiciones han afrontado el problema de la aplicabilidad del art. 13 a los supuestos de *Exit taxes*.

La omisión resulta, por otro lado, justificada por el hecho de que incluso desde el punto de vista metodológico la imposición de salida (y, simétricamente, de entrada) no crea problemas entendidos tradicionalmente como de doble imposición.

Además, bajo otra perspectiva, la misma salida de una sociedad de un Estado y su llegada al otro podría eliminar incluso los presupuestos para la

⁸⁰ Modelo OCDE.

⁸¹ El art. 13, § 5 del Modelo establece, de hecho, sobre esta cuestión: "*Gains from the alienation of any property, other than that referred to in paragraphs 1, 2, 3 and 4, shall be taxable only in the Contracting State of which the alienator is a resident.*"

⁸² Respectivamente los §§ 1 e 4 del Modelo OCDE.

⁸³ Modelo ONU.

⁸⁴ Véase el art. 13 del Modelo de convenio de las Naciones Unidas y el Comentario en la Pág. 198 y ss.

aplicación del propio convenio: es el caso por ejemplo en que el traslado en la primera mitad del periodo impositivo hace perder a la sociedad (o al individuo) *outbound* el *status* de sujeto residente en el primer Estado y, consecuentemente, su *full liability to tax* (en otras palabras, su plena subjetividad pasiva por las rentas generadas en el territorio), entendida como prerequisite para la aplicación del Convenio, según los cánones de la OCDE.

En suma, como se ha apuntado en el párrafo anterior, el Modelo de convenio⁸⁵ presupone situaciones jurídicas estáticas, y no dinámicas.

En el primer caso, por ejemplo, opera con eficiencia cuando dos Estados manifiestan a la vez su potestad tributaria sobre un fenómeno de realización de plusvalías que se manifiesta con caracteres transnacionales.

El Modelo continúa desarrollando su eficacia positiva incluso en situaciones estáticas, que no obstante se manifiestan con un diferimiento temporal considerado por uno de los dos Estados. Piénsese en el caso de los *Trailing taxes* (identificados correctamente por algunos como *species* del más amplio *genus* de las *Exit taxes*) en los que la pretensión tributaria resulta postergada en el tiempo, pero siempre vinculada a un evento que ha tenido lugar en el territorio del otro Estado y por un montante generalmente fijado sobre la base del mismo evento que da lugar a la realización efectiva.

En este sentido, el Modelo de Convenio⁸⁶, y más aún las convenciones específicas que se inspiran en él, muestran todavía su plena utilidad en la mediación entre las pretensiones de los dos Estados. Piénsese en el convenio entre Italia y los Países Bajos, donde el art. 13, apartado 5⁸⁷ reenvía expresamente a un supuesto de *Trailing tax* extendiendo la potestad tributaria de un Estado (evidentemente⁸⁸ de Holanda, en este

⁸⁵ Modelo OCDE.

⁸⁶ Modelo OCDE.

⁸⁷ Modelo OCDE.

⁸⁸ Nótese que los convenios contra la doble imposición no extienden la potestad tributaria de los Estados que los suscriben, sino que como máximo resuelven eficazmente los conflictos. Por esta razón la previsión acerca de la admisibilidad de una *Trailing tax* en el apartado 5 del art. 13 anteriormente mencionado es una disposición que, a lo sumo, encuentra

caso) incluso a las plusvalías obtenidas por una persona física que haya trasladado su residencia al territorio italiano cuando la obtención de la misma se efectúe mediante la amortización de instrumentos financieros dentro de los cinco años siguientes al propio traslado.

El carácter estático de esta situación, en la acepción que el término viene asumiento en este contexto, deriva del hecho de que el valor de realización resulta, en cualquier modo, fijado y cuantificado en las circunstancias en las que el mismo ha tenido lugar.

La *Trailing tax* se caracteriza por ser una pretensión tributaria de un Estado frente a un presupuesto realizado en un momento en el que el criterio de sujeción con el propio Estado ha venido a menos, pero ha estado presente con anterioridad (por ejemplo, por el hecho de que el sujeto pasivo ha mantenido un *genuine link* con el primer Estado en los periodos impositivos anteriores).

En el caso de los otros *Exit taxes* esta asimilación no es posible.

Aquí no sólo el Estado *outbound* reivindica su propia potestad tributaria (exclusiva o concurrente, según las diversas modalidades en las cuales toma forma en el ordenamiento), pero lo hace mediante la determinación de un hecho imponible en el momento del traslado que, sólomente generado en aquella fase, puede dar lugar a una deuda tributaria inmediata o diferida según las disposiciones nacionales aplicables⁸⁹.

La diversidad de los criterios de cálculo del hecho imponible sobre la base de otros tantos criterios diversos de individualización del presupuesto (generado por el Estado *outbound*, realizado por el Estado *inbound*) termina necesariamente por originar un problema que no puede resolverse

aplicación en favor del erario público holandés, y nunca del italiano que en la actualidad desconoce esta forma de tributación en las circunstancias descritas por la norma.

⁸⁹ En el caso de Italia, como resulta conocido, el gravamen es inmediato y sobre el valor normal de los activos.

utilizando convenios inspirados en el Modelo OCDE⁹⁰, sin que en el caso particular no se incluyan expresamente previsiones *ad hoc*⁹¹.

Se trata de un tipo de problema que desde el punto de vista conceptual puede asimilarse a los denominados "conflictos de calificación": una suerte de metaproblema al que las normas del Tratado no se encuentran, conceptualmente, en situación de dar respuesta, puesto que la variable en juego, la temporal, incide directamente sobre la existencia de la doble imposición y sobre su determinación.

Queriendo pasar de la especulación teórica a una perspectiva práctica, piénsese por ejemplo en lo que podría suceder como consecuencia del traslado de sede de un sujeto societario de un país a otro, para el que se verifican (aunque no se gravan) determinadas plusvalías en el momento del cambio de residencia.

Entonces, si en un momento posterior tiene lugar la obtención efectiva de la plusvalía, parece razonable entender (aunque está lejos de ser evidente en ausencia de previsiones expresas) que en estas circunstancias la plusvalía será parcialmente sometida a gravamen (hasta el límite del montante verificado) por parte del Estado *outbound*, y por la diferencia en el Estado *inbound* (de manera no muy diferente a la prevista en el convenio Italia – Alemania al que nos hemos referido anteriormente). Se trata, a fin de cuentas, del ejemplo que en la literatura está siendo más utilizado, y que se puede adscribir casi inmediatamente a un supuesto tradicional de reparto sobre el modelo convencional⁹².

Pero la perspectiva cambia radicalmente si, por el contrario, la valoración del activo en el momento de su obtención efectiva no sigue una lógica lineal

⁹⁰ Modelo OCDE.

⁹¹ Sobre esta cuestión permítase el reenvío a M. Greggi, *Germany – Italy double taxation convention: an Italian perspective*, en *Tax Notes international*, 2007, p. 277.

⁹² Desde esta perspectiva, sólo en un análisis superficial surgen afinidades con los supuestos tradicionales de potestad tributaria concurrente, y que se resuelven mediante el reconocimiento de un crédito de impuesto por parte del Estado de residencia, o en virtud del criterio de la exención sobre la base de cuánto se dispone en líneas generales en el art. 23 A y B del Modelo de Convenio. En realidad en este caso es la individualización del presupuesto la que cambia de un Estado a otro, y esto hace sensiblemente difícil (si no imposible) la coordinación de las dos pretensiones.

y progresiva: si por ejemplo la cesión y la obtención han tenido lugar, pero dan como resultado un montante inferior al generado en el momento del traslado de sede, o incluso una minusvalía. Llegados a este punto, podríamos preguntarnos cuál podría ser el comportamiento de los dos Estados.

Si se atribuye al traslado de sede un valor realizatorio, aunque sea con efectos temporalmente diferidos, para evitar posibles violaciones del principio de libertad de establecimiento (circunstancia que es más que probable) entonces la pretensión tributaria del Estado *outbound* es legítima, incluso en el caso de que se produzca una minusvalía⁹³.

Si, por el contrario, se niega tal valor, sin perjudicar con ello la pretensión tributaria del Estado de origen, entonces resulta evidente que el problema se refiere sólo a la individualización de la parte alícuota de la plusvalía imponible en el Estado *outbound* (o de la cuota deducible por la generación de la minusvalía). También resulta evidente que no resultaría tan claro sobre la base de qué parámetro efectuar el *apportionment* entre las dos distintas pretensiones, una vez que se ha negado valor realizatorio al traslado.

Resulta claro que el texto de la convención específica aplicable, también en este caso, juega un papel determinante⁹⁴. Sin embargo, más allá de los resultados específicos del caso concreto, en líneas generales negar valor realizatorio, si bien resulta atípica de hecho, al traslado de sede y postergando sus efectos tributarios, no parece fácil.

⁹³ Si bien con el único problema, totalmente eventual, de la solvencia del sujeto pasivo por la violación del principio hipotético de capacidad contributiva, si subsiste en el estado *outbound*, sobre todo desde el punto de vista de la actualización de la capacidad misma, en la lectura que sobre el particular ofrece, por ejemplo, el tribunal Constitucional italiano.

⁹⁴ Por lo que respecta, por ejemplo, al protocolo estipulado con Alemania se remite nuevamente a M. Gregg, *op. cit.*, p. 277, mientras que en el supuesto holandés la situación es distinta.

En este caso no se trata tanto de reparto de la potestad tributaria sobre una base temporal, sino más bien de un reparto efectuado en base a criterios más tradicionales. El convenio prevé la posibilidad para el Estado *outbound* de gravar (por el montante total, y sin límites de generación temporal sobre el propio territorio) la plusvalía realizada en el Estado de la (sucesiva) residencia, con la necesidad para este último de atribuir un adecuado crédito de impuesto para evitar la doble imposición internacional que en otro caso se generaría como consecuencia de la aplicación de la *Trailing tax*.

Es por ello por lo que, ante presupuestos diversos, el Convenio contra la doble imposición inspirado en el modelo OCDE⁹⁵ (e incluso el inspirado en el de las Naciones Unidas⁹⁶) muestra todas sus carencias.

El Convenio, diseñado para resolver supuestos de doble imposición, no puede operar cuando los criterios de imputación temporal (sobre la base de la plusvalía "generada" en un caso y "realizada", en otro) divergen como sucede en el caso analizado.

Las plusvalías, entre los *passive incomes* contemplados en el Modelo OCDE⁹⁷, son las únicas a desarrollar esta crítica.

En una óptica estrictamente comunitaria debemos preguntarnos cuál pueda ser la posición del Tribunal de Justicia ante problemas como los señalados, y si existen claros márgenes de intervención sobre la base del Tratado.

Resulta conocido que el art. 293⁹⁸, ya mencionado, deja a la libre iniciativa de los Estados la adopción de instrumentos para afrontar y resolver el problema de la doble imposición. En este sentido, la intervención del legislador comunitario y del Tribunal de Justicia debería tener lugar sólo de una manera residual y subsidiaria, en línea con los principios del Derecho comunitario en la materia. La intervención mediante directivas en ámbitos específicos de la imposición directa (dividendos, intereses, operaciones extraordinarias, etc.) siempre ha respetado, explícita e implícitamente este paradigma.

Sin embargo, puede dudarse del hecho de que la doble imposición determinada por la aplicación asimétrica de *Exit taxes* pueda encuadrarse en aquello a lo que el Modelo de convenio⁹⁹ y los Tratados que en él se inspiran resultan institucionalmente orientados. En otras palabras, los problemas suscitados por la movilidad de los individuos y las sociedades en un contexto transnacional son al mismo tiempo capaces de perjudicar directamente y gravemente libertades fundamentales del Tratado e incluso

⁹⁵ Modelo OCDE.

⁹⁶ Modelo ONU.

⁹⁷ Modelo OCDE.

⁹⁸ Tratado CE.

⁹⁹ Modelo OCDE.

de tal naturaleza como para no poder ser válidamente contrastados por la aplicación de convenios contra la doble imposición.

No se trata de supuestos específicos en los que el Modelo de convenio¹⁰⁰ no ha pensado, sino de un tipo de ingreso tributario al que ese modelo no está orientado a ofrecer respuestas.

En este sentido quizás no se debería hablar de la existencia de una laguna, sino más bien de exclusión de estos problemas de los que resultan tradicionalmente previstos por el Modelo OCDE¹⁰¹ y por los instrumentos bilaterales a los que el Tratado se refiere implícitamente en el artículo citado más arriba¹⁰².

Si esta es la situación en la cual nos encontramos actualmente, resulta igualmente razonable considerar que bien puede el Tribunal intervenir, y el legislador comunitario pronunciarse, sobre un aspecto (el relativo a la movilidad societaria no limitada a la Sociedad europea) que resulta naturalmente extraño a los convenios que encuentran su origen en el Modelo OCDE¹⁰³ y en el de las Naciones Unidas¹⁰⁴.

Desde esta perspectiva, resulta claro que la valoración de la neutralidad de los movimientos transnacionales debería ser confirmada del mismo modo que las operaciones extraordinarias y que el eventual valor de realización del Estado *outbound*, tal vez a la luz de criterios compartidos y de principios contables aceptados en el panorama europeo por la mayor parte de los Estados, debería convertirse necesariamente en el valor de entrada de los activos en el segundo Estado (*inbound*).

Esta es una perspectiva que todavía en la actualidad (y, es razonable pensar que también en un futuro próximo) sólo resulta valorada *de iure condendo*, así como lo es el problema de la movilidad de los individuos y sociedades en una perspectiva extraeuropea. Más concretamente, de la

¹⁰⁰ Modelo OCDE.

¹⁰¹ Modelo OCDE.

¹⁰² La utilización de los convenios incluso en una lógica comunitaria ha sido realizada por el Tribunal, por ejemplo, en el asunto C-513/04 "*Kerckhaert - Morres*", §§22 y 23.

¹⁰³ Modelo OCDE.

¹⁰⁴ Modelo ONU.

compatibilidad con el Tratado¹⁰⁵ de eventuales *Exit taxes* vinculadas a la salida de sujetos de un país europeo hacia uno extracomunitario.

9. La fiscalidad extracomunitaria de salida (y de entrada): perspectivas de aplicación del principio de libre circulación de capitales.

La admisibilidad de *Exit taxes*, en el caso en el que la movilidad de individuos o sociedades tenga lugar en una perspectiva transeuropea encuentra, indudablemente, dificultades menores respecto a las que hemos examinado hasta el momento.

El análisis que se desarrolla entonces puede ser apreciado sólo en una perspectiva exclusivamente teórica, dado que son escasísimas las cuestiones planteadas en esta sede.

Dicho esto, cabe recordar, sin embargo, que la movilidad de personas y sociedades no sólo puede incidir sobre la libertad de establecimiento, como ha sido tradicionalmente entendida en la interpretación del Tratado, sino también sobre la libre circulación de capitales.

Esta última, a diferencia de la primera, es susceptible de una aplicación que supera los confines políticos y jurídicos de Europa, protegiendo también a los operadores económicos, sociedades e individuos de terceros países. Estructurada probablemente como garantía jurídica de las formas de inversión en la futura (ahora actual) moneda europea, el Euro, ha recibido por parte del Tribunal de Justicia una interpretación siempre más dirigida a garantizar formas de inversión aunque sólo relacionadas de manera mediata con los capitales como estos han sido entendidos tradicionalmente. Sin embargo, se trata de lecturas del principio respetuosas con dos tipos de límites, unos de naturaleza jurisprudencial y por tanto derivados de las

¹⁰⁵ Tratado CE.

circunstancias de los casos concretos examinados por el Tribunal, los otros de naturaleza positiva, derivados de la propia letra del Tratado.

La libre circulación de capitales siempre ha sido utilizada por el Tribunal de Justicia siguiendo un acercamiento, por así decirlo, residual.

En otras palabras, la incompatibilidad de una norma nacional con el Derecho comunitario ha sido evaluada por los jueces de Luxemburgo, sobre todo, desde la perspectiva de la prohibición de discriminación o, tal vez, de la libertad de establecimiento. Sólo cuando el primero o el segundo acercamiento resultaban insatisfactorios, entonces se dirigía el análisis a la verificación del respeto a la libre circulación de capitales.

Así se conseguía que, una vez comprobada la violación de uno u otro principio, la transgresión desde esta última perspectiva no resultaba verificada (dada su inutilidad para la resolución del caso concreto). Esto es lo que sucedió, por ejemplo, en el asunto *De Lasteyrie*¹⁰⁶, que se refiere a la movilidad de las personas físicas. Por cuanto el recurrente había denunciado también la violación de la libre circulación de capitales en el Mercado común, el Tribunal ha considerado suficiente censurar la disciplina francesa desde la primera perspectiva.

Desde un punto de vista estrictamente positivo, sin embargo, resulta igualmente conocido que la libre circulación de capitales resulta acompañada de las mayores cautelas en el texto del Tratado. Esto es así porque su reconocimiento ha sido, con toda probabilidad, el más problemático y dificultoso, incidiendo sobre prerrogativas del Estado soberano consolidadas durante siglos, y una incidencia sensible para el interés del erario público, al menos desde una perspectiva tributaria: de aquí, precisamente, los límites derivados tanto desde una perspectiva histórica como actual. Desde el punto de vista histórico, el texto del Tratado dejaba intactas las restricciones nacionales de los diversos países tal y como existían a 31 de enero de 1993. Por otra parte, delegaba en el

¹⁰⁶ C-9/02.

Consejo la posibilidad de introducir nuevas limitaciones respecto a particulares formas de inversión o modalidades de movimiento de capitales. Si se suma tal previsión a la aproximación frecuentemente restrictiva¹⁰⁷ mostrada por el Tribunal de Justicia, sobre todo respecto a terceros países, resulta claro que los márgenes de aplicación del art. 56¹⁰⁸ a los supuestos de *Exit taxes* respecto de operadores localizados en terceros países encuentra un margen realmente exiguo, incluso desde el punto de vista estrictamente teórico que se ha querido seguir en este párrafo.

No obstante, existen argumentos que parecen inducir a una interpretación diversa.

En este caso la aplicación del *Exit tax* no incidiría sobre un sujeto extracomunitario, sino respecto de un operador (individuo o sociedad) que esta a punto de convertirse en tal (quizás manteniendo todavía la nacionalidad comunitaria) en un momento en el que (al menos siguiendo la experiencia italiana) todavía se localiza en el interior de la Unión.

Imagínese una sociedad italiana que traslada su sede fuera de la Unión: en este caso la aplicación del art. 166 TUIR¹⁰⁹ permitirá gravar en Italia las eventuales plusvalías generadas (a valor normal) en un periodo impositivo en el que (resulta posible que) la sociedad se considere aún como fiscalmente residente en el interior de la Unión europea, pudiendo consecuentemente pretender una mayor tutela.

Y, sin embargo, la interpretación restrictiva del art. 56¹¹⁰ del Tratado por parte del Tribunal se ha fundado siempre sobre el hecho de que muchas de las violaciones denunciadas por los recurrentes en el amplio y variado *case law* de los jueces de Luxemburgo implican otros aspectos (libertad de

¹⁰⁷ C-452/04, donde la violación denunciada por parte de la sociedad helvética podía ser perjudicar tanto a libre circulación de servicios como a la de capitales. En este caso, el Tribunal ha considerado que el primer supuesto absorbía el segundo (que no podía ser alegado por parte de la sociedad suiza) y ha considerado, en consecuencia, inaplicable el art. 56 del Tratado (que sin embargo *ratione subjecti* podría haber tutelado al inversor extracomunitario).

¹⁰⁸ Tratado CE.

¹⁰⁹ Art. 166 Tuir.

¹¹⁰ Tratado CE.

establecimiento, libre prestación de servicios) protegidos por el Derecho comunitario, con un carácter absorbente respecto a la libre circulación de capitales.

Por consiguiente, en el caso de las *Exit taxes* resulta evidente que este último aspecto vendría a ser obstaculizado allí donde un país miembro de la Unión terminara por gravar una plusvalía generada y no realizada como consecuencia del traslado al extranjero de los activos localizados en la Unión europea (esto es cierto incluso para una sociedad *holding* que, por ejemplo, traslade su propia sede de la Unión a un país extranjero, resultando gravadas a valor normal, de mercado, sus propias participaciones): mediante disposiciones de *claw back* que inciden directamente sobre el núcleo duro de la libre circulación de capitales que, si bien fuertemente relativizada, conserva indudables márgenes de aplicabilidad concreta incluso respecto de terceros países.

Lejos de sostener la incompatibilidad de las disposiciones fiscales relativas a la movilidad de individuos y sociedades *outbound* también desde la perspectiva europea y no sólo nacional, nos limitamos en este lugar a subrayar la problemática y la necesidad de recuperar el sentido de un *Nomos* claro incluso en esta última, y remota, perspectiva.

10. Conclusiones: ¿un *Nomos* reencontrado?

Escribía Schmitt al final del prefacio de 1950 a su obra, y con la cual se ha abierto con un carácter provocatorio esta investigación, que "*Es a los espíritus pacíficos a los que se ha prometido el reino de la tierra. También la idea de un nuevo nomos de la tierra se abrirá sólo a ellos*"¹¹¹.

Por desgracia, la pureza a la que el autor se refiere no pertenece a la lógica tributaria, ni tan siquiera en una dimensión europea. La inutilidad del acercamiento ético impone a los estudiosos y a los prácticos de encontrar

¹¹¹ C. Schmitt, *op. cit.*, p. 15.

en otro lugar las respuestas a los problemas a las inevitables dicotomías que caracterizan todavía la pertenencia de los Estados – nación, en la restringida perspectiva de su soberanía tributaria, a la Unión.

En este sentido, también en el Derecho tributario se encuentra claramente aquella esquizofrenia que parece caracterizar la casa común europea y que otros Autores¹¹² han analizado mejor en sus aspectos generales.

Si es cierto que la raíz etimológica de la palabra *nomos* en griego remite a los pastos, y de la subdivisión de los pastos, a la ley, entonces, de un lado, la organización tributaria europea e internacional, para la que la ley es sobre todo un criterio válido de reparto de las diversas potestades de los Estados soberanos se desciende perfectamente a los problemas analizados por los autores anteriormente indicados, y de otro lado, afrontar la movilidad del operador económico entendido como *nomas* (pastor, traducido como aquel que habita la ley) conduce al estudioso a los límites de la paradoja.

Se ha buscado en estas páginas un *nomos* que pueda regular el movimiento, el traslado de sedes, las consecuencias fiscales respecto al *nomas* que se traslada de un pasto al otro, que se encuentra aplicada una ley en lugar de otra.

Las libertades comunitarias y el Derecho europeo asumen justo este ambicioso objetivo, reencontrar un *nomos* válido para todo el continente.

Si del punto de vista filosófico la investigación parece prometedora de resultados, desde el punto de vista positivo no se puede sino tomar nota de la insuficiencia de referencias útiles y adecuadas para proporcionar al operador un claro y unívoco contexto de referencia.

Por este motivo la movilidad en el interior de la Unión debe todavía adoptar la forma de operaciones empresariales extraordinarias que tienen el valor de proporcionar aquella certeza de la que la simple movilidad de sociedades e individuos parece todavía desprovista.

¹¹² M. Cacciari, *Geofilosofia dell'Europa*, Milano, 2003, p. 110.

El aspecto innovador, en esta perspectiva, concierne a la naturaleza de las dificultades que las *Exit taxes* plantean: ya sea por la simetría que muestran, ya sea por la perspectiva temporal que obligan a respetar. El Derecho comunitario incluso en este caso parecería valorar aspectos de neutralidad del traslado sin perjudicar la potestad tributaria del Estado de origen.

En este sentido, el respeto de la soberanía tributaria y de la plena potestad impositiva del Estado *outbound* debería encontrar el necesario contrapeso en el diferimiento del ingresos tributario, en términos de posterior exigibilidad del impuesto debido.

Si esta pueda ser la raíz del *nomos* perdido, será la jurisprudencia comunitaria quien tenga que confirmarlo.