Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADA GENERAL
SRA. JULIANE KOKOTT
presentadas el 13 de julio de 2017 [1]

Asunto C-292/16

A Oy
con intervención de:
Veronsaajien oikeudenvalvontayksikkö

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Helsingin hallinto-oikeus (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Helsinki, Finlandia)]

«Petición de decisión prejudicial — Legislación tributaria — Tributación de las empresas — Directiva de fusiones (Directiva 90/434/CEE) — Aportación de un establecimiento permanente extranjero de una sociedad nacional a una sociedad extranjera — Tributación inmediata en el supuesto transfronterizo frente a la no tributación en el supuesto interior — Examen del Derecho derivado a la luz de las libertades fundamentales — Comparabilidad con la imposición de salida — Proporcionalidad de la tributación inmediata en caso de reducción de la carga tributaria»

I. Introducción

1. El Tribunal de Justicia debe ocuparse en el presente caso de la transposición de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (en lo sucesivo, «Directiva de fusiones») [2] en Finlandia. Se trata del caso particular de una sociedad nacional que aporta un establecimiento permanente extranjero a una sociedad establecida en el extranjero sin recibir de ésta dinero alguno, sino participaciones societarias. En Finlandia tal aportación tributa de forma inmediata, a diferencia de lo que sucede con la aportación de un establecimiento nacional a una empresa nacional, pero se deduce un impuesto extranjero ficticio del país en el que se encuentra el establecimiento permanente. Es preciso aclarar si esto es compatible con la libertad de establecimiento.

2. La Directiva de fusiones permite la tributación en su artículo 10, apartado 2, ya que con la aportación transfronteriza se pierde la posibilidad de gravar al establecimiento permanente situado en el extranjero. Éste deja de pertenecer a una sociedad establecida en el territorio nacional y se encuentra en el territorio de otro Estado. Se trata esencialmente de una especie de imposición de

1 Lengua original: alemán.
2 DO 1990, L 225, p. 1.

salida, que incluso viene exigida, en principio, por el Derecho de la Unión.[3] En general, toda imposición de salida *inmediata* es desproporcionada. La cuestión que aquí se plantea es si la situación cambia, a la luz de la Directiva, con la deducción de un impuesto extranjero ficticio, de manera que la tributación inmediata resulte admisible.

3. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia se ve abocado a desarrollar su jurisprudencia relativa a la restricción de las libertades fundamentales por los Estados miembros con motivo de la pérdida de la potestad tributaria.

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

4. Además del artículo 43 CE en relación con el artículo 48 CE (actualmente, artículos 49 TFUE y 54 TFUE, respectivamente), el marco jurídico del Derecho de la Unión del presente asunto lo constituye la Directiva de fusiones.

5. El artículo 10 de la Directiva de fusiones aquí pertinente, que figura en el título IV y lleva por título «Caso particular de la aportación de un establecimiento permanente», presenta el siguiente tenor:

«1. Cuando entre los bienes aportados con motivo de una fusión, de una escisión o de una aportación de activos figure un establecimiento permanente de la sociedad transmitente situado en un Estado miembro distinto del de dicha sociedad, este último renunciará a los derechos de imposición sobre dicho establecimiento permanente. No obstante, el Estado de la sociedad transmitente podrá reintegrar en los beneficios imponibles de dicha sociedad las pérdidas anteriores del establecimiento permanente que se hayan deducido, en su caso, del beneficio imponible de la sociedad en dicho Estado y que no se hayan compensado. El Estado en el que esté situado el establecimiento permanente y el Estado de la sociedad beneficiaria aplicarán a dicha aportación las disposiciones de la presente Directiva como si el primer Estado fuere el de la sociedad transmitente.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, cuando el Estado miembro de la sociedad transmitente aplique un régimen mundial de imposición del beneficio, dicho Estado podrá gravar los beneficios o las plusvalías del establecimiento permanente resultantes de la fusión, de la escisión o de la aportación de activos, siempre que admita la deducción del impuesto que, de no existir las disposiciones de la presente Directiva, se hubiere aplicado a dichos beneficios o plusvalías en el Estado en el que esté situado el establecimiento permanente y que admita dicha deducción del mismo modo y por el mismo importe por el que lo habría hecho si el impuesto hubiera sido aplicado y pagado.»

B. Derecho finlandés

6. Conforme a la exposición del órgano jurisdiccional remitente, la Directiva de fusiones se transpuso en Finlandia mediante la Ley sobre la tributación de la renta de las actividades económicas (en lo sucesivo, «Ley 1733/1995»).

3 De conformidad con el artículo 5 de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior (DO 2016, L 193, p. 1), aún no aplicable al presente caso. Dicho artículo 5 dispone: «Un contribuyente será gravado por un importe igual al valor de mercado de los activos trasladados, en el momento de la salida de los activos, una vez deducido el valor de estos últimos a efectos fiscales, en cualquiera de las circunstancias siguientes: [...] c) cuando el contribuyente traslade su residencia fiscal a otro Estado miembro [...]»

7. Con arreglo al artículo 52d, apartado 2, de la Ley 1733/1995, en la imposición de la sociedad transmitente, el precio de enajenación imponible de los activos transferidos comprenderá su valor residual a efectos fiscales, siempre que la transmisión se haya efectuado sobre la base del valor contable residual.

8. De conformidad con el artículo 52d, apartado 3, de la Ley 1733/1995, en la imposición de la sociedad beneficiaria de la aportación en el marco de los gastos deducibles por la adquisición de los activos transferidos, se tendrá en cuenta el importe que se corresponda con el que se ha considerado como precio de enajenación imponible respecto a la sociedad transmitente, de conformidad con el apartado 2. Por lo tanto, de este modo se produce una aportación fiscalmente neutra de los activos transmitidos.

9. Con arreglo al artículo 52e, apartado 3, de la Ley 1733/1995, si los activos y pasivos aportados corresponden a un establecimiento permanente de una persona jurídica nacional situado en otro Estado miembro de la Unión Europea, el precio de la enajenación previsible de los activos y las provisiones deducidas en el marco de la tributación del establecimiento permanente se integrarán en la renta sujeta a tributación de la sociedad transmitente en el ejercicio en que tiene lugar la fusión, la escisión o la aportación de empresa. De este modo parece tener lugar, en definitiva, una imposición de las reservas ocultas del establecimiento permanente. Del impuesto que se abona en Finlandia por esta renta se deducirá el impuesto que se habría abonado por la misma renta en el Estado en que esté situado el establecimiento permanente de no resultar aplicables las disposiciones de la Directiva de fusiones.

10. De acuerdo con la exposición de motivos del artículo 52e, apartado 3, de la Ley 1733/1995, en esta disposición se regulan las situaciones en que los activos de un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro de la Unión Europea que están asignados a una sociedad finlandesa se transmiten a una sociedad extranjera. Si se transfieren al patrimonio de una sociedad extranjera activos ubicados en el extranjero, éstos ya no quedarán sujetos a la potestad tributaria de Finlandia. La deducción del impuesto del Estado del establecimiento permanente constituye una imputación del impuesto que se realiza también en algunos convenios fiscales. A efectos de la aplicación de tal disposición, ha de calcularse el importe del impuesto que habría debido pagarse en el otro Estado de no existir las disposiciones de la Directiva de fusiones.

III. Litigio principal

11. En el año 2006, la mercantil A Oy (en lo sucesivo, «sociedad») cedió un establecimiento permanente austriaco por la vía de la aportación de empresa a B, sociedad austriaca de un grupo, y recibió de ésta a cambio participaciones nuevas. En virtud de la transferencia, se transmitieron el activo, el pasivo y las provisiones o reservas correspondientes a la planta de fabricación.

12. Los ingresos imponibles de la sociedad comprendían el precio de enajenación que se obtendría probablemente de los activos transferidos en virtud de la transmisión de empresa, que en el caso de autos se estimó en 249 663 661,59 euros, más la ayuda a la inversión concedida por el Estado austriaco por importe de 11 256 146 euros, es decir, en un total de 260 919 807,59 euros. De este importe se dedujeron los costes de adquisición no deducidos. En la tributación, las ayudas percibidas del Estado austriaco no se contabilizaron como coste de adquisición deducible.

13. La imposición se efectuó en el ejercicio fiscal de 2006 en virtud de los artículos 52d, apartado 1, y 52e, apartado 3, de la Ley 1733/1995. Tal obligación tributaria no se da en un supuesto nacional análogo, en el que la obligación tributaria nace con la materialización de los ingresos en el momento de la transmisión de los activos.

14. En su recurso, A Oy solicitó la rectificación de una liquidación complementaria efectuada el 30 de noviembre de 2010 en perjuicio del sujeto pasivo. En su opinión, el artículo 52, apartado 3, de la Ley 1733/1995 es incompatible con la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 49 TFUE.

15. La Comisión de Recurso desestimó el recurso, y contra su resolución se dirige el recurso contencioso-administrativo presentado por A Oy ante el Helsingin hallinto-oikeus (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Helsinki, Finlandia), el cual ha resuelto suspender el procedimiento e iniciar un procedimiento prejudicial.

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

16. El Helsingin hallinto-oikeus (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Helsinki), que conoce del asunto, ha remitido al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Se opone el artículo 49 TFUE a una normativa finlandesa según la cual, si una sociedad nacional transmite, mediante una aportación de activos, un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro a una sociedad establecida en este Estado y obtiene a cambio participaciones sociales nuevas, la aportación de activos se grava de inmediato en el ejercicio en que se produce la transmisión, mientras que, en un supuesto interno análogo, la tributación se difiere al momento de la realización?

2) ¿Constituye una discriminación directa o indirecta el hecho de que Finlandia grave de inmediato la operación en el ejercicio en que se produce la aportación de activos, antes de que se realice la renta, mientras que en situaciones internas lo difiera al momento de la realización?

3) En caso de respuesta afirmativa a las cuestiones 1 y 2, ¿puede estar justificada esta restricción a la libertad de establecimiento por una razón imperiosa de interés general o la salvaguardia de la potestad tributaria interna? ¿Es compatible la restricción prohibida con el principio de proporcionalidad?»

17. Han presentado observaciones escritas sobre estas cuestiones en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia A Oy, Finlandia, Suecia y la Comisión Europea. En la vista oral celebrada el 8 de junio de 2017 participó, además, la República Federal de Alemania.

V. Apreciación jurídica

A. Criterio de valoración

18. Con sus cuestiones prejudiciales, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la libertad de establecimiento, como parte del Derecho primario, se ve menoscabada por una disposición nacional que, en aplicación del artículo 10, apartado 2, de la Directiva de fusiones, establece una imposición, y si dicha imposición puede estar justificada. Según informa el órgano jurisdiccional remitente, dicha imposición sólo da lugar a una tributación inmediata en el supuesto transfronterizo, mientras que en el supuesto puramente interno el transmitente no se ve sometido a tributación alguna.

19. No obstante, tal y como han alegado de forma casi unánime los Estados miembros intervinientes, el Tribunal de Justicia ha declarado en reiteradas ocasiones que «toda medida nacional adoptada en un ámbito que haya sido armonizado con carácter exhaustivo en el Derecho de la Unión debe apreciarse a la luz de las disposiciones de la medida de armonización y no de las del Derecho

primario».[4]

20. Aunque la Directiva de fusiones constituyera una armonización exhaustiva en este sentido, ello no se opondría a que la Directiva se hubiese de interpretar conforme al Derecho primario y a que, en su caso, se hubiese de examinar incidentalmente su conformidad con las libertades fundamentales. En efecto, el Tribunal de Justicia hace tiempo que resolvió que la prohibición de restricciones a la libre prestación de servicios se aplica no sólo a las medidas nacionales, sino también a las medidas que emanan de las instituciones de la Unión.[5] Según ha señalado ya el Tribunal de Justicia, los Tratados, como Derecho primario que son, constituyen «la base, el marco y el límite»[6] de todo acto de la Unión. Por lo tanto, también deben ser tenidos en cuenta en la transposición de dichos actos por los Estados miembros.[7]

21. Al margen de todo ello, la Directiva de fusiones no constituye una armonización exhaustiva. Según se desprende de su interpretación sistemática y de su tenor, el apartado 2 contiene una excepción al apartado 1. Con arreglo al apartado 1, el Estado miembro de la sociedad transmitente debe renunciar, en principio, a los derechos de imposición sobre el establecimiento permanente. Sólo puede regularizar pérdidas previamente deducidas. Sin embargo, con arreglo al apartado 2, un Estado miembro que aplique un régimen mundial de imposición del beneficio está *facultado* para gravar los beneficios resultantes de la aportación.

22. En cambio, el artículo 10, apartado 2, no regula si se ha de ejercitar tal facultad, en qué momento ha de hacerse y por qué importe, como también subraya la Comisión. En particular, según se desprende de su tenor literal, Finlandia no está obligada a gravar la aportación de un establecimiento permanente ni a hacerlo de una forma concreta y por un importe determinado, sino que se trata de una mera facultad. En un caso así, sea como fuere, el legislador nacional sigue estando sujeto a las libertades fundamentales al transponer el Derecho derivado.

B. Restricción de la libertad de establecimiento

23. Con arreglo al artículo 43 CE en relación con el artículo 48 CE (actualmente artículo 49 TFUE en relación con el artículo 54 TFUE,), la libertad de establecimiento comprende el acceso a las actividades por cuenta propia y su ejercicio por parte de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro.[8] Aunque las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento tienen por objetivo, según su tenor literal, asegurar el disfrute del trato nacional en el Estado

4 En est sentido se ha pronuniado de nuevo, recientemente, la sentencia de 8 de marzo de 2017, Euro Park Service (C-14/16, EU:C:2017:177), apartado 19, y las sentencias de 12 de noviembre de 2015, Visnapuu (C-198/14, EU:C:2015:751), apartado 40; de 11 de diciembre de 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664), apartado 64, y de 16 de diciembre de 2008, Gysbrechts y Santurel Inter (C-205/07, EU:C:2008:730), apartado 33, si bien en cada caso se negó siempre la falta de vinculación al Derecho primario.

5 Sentencias de 2 de septiembre de 2015, Groupe Steria (C-386/14, EU:C:2015:524), apartado 39; de 18 de septiembre de 2003, Bosal (C-168/01, EU:C:2003:479), apartados 25 y 26; de 23 de febrero de 2006, Keller Holding (C-471/04, EU:C:2006:143), apartado 45; de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774), apartado 46; de 29 de febrero de 1984, REWE-Zentrale (37/83, EU:C:1984:89), apartado 18, y de 26 de octubre de 2010, Schmelz (C-97/09, EU:C:2010:632), apartado 50.

6 Sentencia de 5 de octubre de 1978, Viola (26/78, EU:C:1978:172), apartados 9 a 14.

7 Véanse expresamente las sentencias de 28 de abril de 1998, Decker (C-120/95, EU:C:1998:167), apartado 27, y de 28 de abril de 1998, Kohll (C-158/96, EU:C:1998:171), apartado 25 («el hecho de que una medida nacional pueda, en su caso, ser conforme a una disposición de Derecho derivado, en el presente supuesto, el artículo 22 del Reglamento (CEE) n.º 1408/71, no hace que dicha medida escape a las disposiciones del Tratado»).

8 Sentencias de 11 de marzo de 2004, de Lasteyrie du Saillant (C-9/02, EU:C:2004:138), apartado 40 y la jurisprudencia citada; de 21 de enero de 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26), apartado 38, y de 13 de diciembre de 2005, SEVIC Systems (C-411/03, EU:C:2005:762), apartado 18.

miembro de acogida, se oponen asimismo a que el Estado miembro de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación, en particular, por medio de un establecimiento permanente. [9] y [10] En materia tributaria, es determinante a este respecto el carácter discriminatorio de la restricción.

24. Conforme a reiterada jurisprudencia, son restricciones a la libertad de establecimiento todas las medidas que prohíben, dificultan o hacen menos atractivo el ejercicio de dicha libertad. [11]

25. Considerada aisladamente, la disposición nacional no obstaculiza la constitución del establecimiento permanente en el extranjero. Sin embargo, sí que resulta afectada la actividad transfronteriza de la empresa por el hecho de que, por un lado, con la posterior aportación del establecimiento permanente extranjero a una sociedad extranjera se produce la correspondiente tributación, que no se daría en caso de que el establecimiento permanente estuviese situado en el territorio nacional. Por lo tanto, en relación con posteriores medidas de reestructuración y su tributación, es más atractiva la constitución de un establecimiento permanente en el territorio nacional que en el extranjero.

26. Por otro lado, se ha de tener en cuenta que no sólo la constitución de un establecimiento permanente, sino también su cierre, forma parte de las actividades económicas transfronterizas protegidas por las libertades fundamentales. La aportación de un establecimiento permanente a otra empresa implica que se deja de desarrollar una actividad económica en el extranjero, y el cese de ésta sólo se grava porque el establecimiento permanente situado en el extranjero se aporta a una sociedad extranjera y no a una sociedad nacional. Tampoco a este respecto se puede negar que existe una implicación transfronteriza. En efecto, el cese de una actividad transfronteriza mediante la cesión de ésta a una sociedad extranjera está regulada de forma menos atractiva que el cese mediante la aportación a una sociedad nacional.

27. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la imposición de las reservas ocultas en caso de traslado de la sede constituye una restricción de la libertad de establecimiento si dicha imposición no se aplica a las plusvalías no realizadas en el supuesto interior (es decir, en caso de traslado dentro del territorio nacional). [12]

28. La situación del presente caso es similar. Con la imposición establecida en el artículo 52d, apartado 3, de la Ley 1733/1995 se gravan las reservas ocultas de que disponga el establecimiento permanente (revalorización de los activos o pérdidas de valor por aplazamiento de impuestos mediante amortizaciones) sin que el sujeto pasivo haya percibido los activos líquidos necesarios para ello. Mientras tanto, en caso de aportación de un establecimiento permanente situado en el territorio nacional no se produce una tributación, ya que se mantienen los valores contables. En cualquier caso, es el «adquirente» (es decir, la sociedad absorbente) la que deberá tributar en algún momento por las plusvalías realizadas.

9 Véanse expresamente las sentencias de 17 de julio de 2014, Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:2087), apartado 18, y de 15 de mayo de 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278), apartados 19 y 20.

10 Sentencias de 21 de enero de 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26), apartado 39; de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), apartado 31, y de 6 de septiembre de 2012, Comisión/Portugal (C-38/10, EU:C:2012:521), apartado 25.

11 Sentencias de 29 de noviembre de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartado 36; de 21 de mayo de 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331), apartado 34, y de 16 de abril de 2015, Comisión/Alemania (C-591/13, EU:C:2015:230), apartado 56 y jurisprudencia citada.

12 Sentencias de 11 de marzo de 2004, de Lasteyrie du Saillant (C-9/02, EU:C:2004:138), apartado 46; de 29 de noviembre de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartado 33; de 21 de mayo de 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331), apartado 35, y de 7 de septiembre de 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525), apartado 35.

29. Si bien es cierto que en este caso el traslado al exterior no lo realiza el propio sujeto pasivo, sino que se produce mediante la aportación de su establecimiento permanente situado en el extranjero a una sociedad extranjera, la consecuencia jurídica es la misma que si un sujeto pasivo se hubiese trasladado al extranjero previamente con los activos de sus establecimientos nacionales. Al igual que sucede con la imposición de salida «clásica», la imposición se produce únicamente por el hecho de que en adelante la potestad tributaria sobre los activos del establecimiento permanente corresponderá en exclusiva a otro Estado miembro.

30. El artículo 52e, apartado 3, de la Ley 1733/1995 tiene como consecuencia, en definitiva, que, con respecto a las posteriores operaciones de aportación, la constitución de un establecimiento permanente en el extranjero será menos atractiva que la constitución de un establecimiento permanente en el territorio nacional, lo cual, como también han señalado la Comisión y A Oy, es contrario tanto a los objetivos de la Directiva de fusiones (véase, en particular, su preámbulo, según el cual las aportaciones de activos no deben verse obstaculizadas por restricciones particulares) como a la libertad de establecimiento.

31. La restricción de la libertad de establecimiento debe considerarse desde el momento de la liquidación del impuesto [13] en el año 2006, y no sólo en el de su exigibilidad. En efecto, en comparación con operadores similares que aportan establecimientos permanentes situados en el territorio nacional a sociedades extranjeras (o establecimientos permanentes situados en el extranjero a sociedades nacionales), A Oy, que aporta su establecimiento permanente situado en el extranjero a otra empresa (extranjera), sufre una desventaja de liquidez en el momento de la liquidación del impuesto y en el de la subsiguiente exigibilidad de la deuda tributaria.

C. Justificación

1. Justificación de la imposición de salida

32. El Tribunal de Justicia ya ha declarado en reiteradas ocasiones que, conforme al principio de territorialidad, los Estados miembros tienen la potestad de gravar las plusvalías ya generadas pero aún no realizadas de los sujetos pasivos establecidos en su territorio, en el momento del traslado de éstos al exterior. [14]

33. Con esta medida se pretende evitar situaciones que puedan comprometer el derecho del Estado miembro de origen a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades desarrolladas en su territorio, de manera que puede estar justificada por razones del mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros. [15] No obstante, para ello es necesario que el traslado comprometa efectivamente la potestad tributaria del Estado de origen, lo que sucede, en cualquier caso, cuando se extingue dicha potestad. [16]

13 En cambio, tal y como expuse en mis conclusiones presentadas en el asunto Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements, C-646/15, EU:C:2016:1000, apartado 59, la exigibilidad del impuesto es irrelevante, pues en virtud de dicha liquidación fiscal el sujeto pasivo ya adeuda el impuesto y sufre su carga aunque el impuesto no sea aún exigible. La recaudación del impuesto constituye, a este respecto, tan sólo la consumación de la restricción.

14 Sentencias de 23 de enero de 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20), apartado 53 y jurisprudencia citada; de 29 de noviembre de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartado 49; de 21 de mayo de 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331), apartados 44 y 45, y de 7 de septiembre de 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525), apartado 46.

15 Sentencias de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), apartados 45 y 46; de 29 de noviembre de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartados 45 y ss.; de 21 de mayo de 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331), apartado 47, y de 21 de enero de 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26), apartado 60.

16 En este sentido, expresamente: sentencias de 21 de mayo de 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331), apartado 48; de 25 de abril de 2013, Comisión/España (C-64/11, no publicada, EU:C:2013:264), apartado 31, y de 23 de enero de 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20), apartado 60 y jurisprudencia citada.

34. La potestad tributaria no sólo se extingue con la salida del territorio, sino también cuando un establecimiento permanente situado en el extranjero se atribuye, con motivo de una aportación, a una sociedad no establecida en el territorio nacional. En esta idea se basa también, como acertadamente señalan Finlandia y Suecia, el artículo 10, apartado 2, de la Directiva de fusiones, cuando permite al Estado miembro la imposición (última) de las reservas ocultas (de la plusvalía) en caso de que aplique un régimen mundial de imposición del beneficio.

35. No obstante, a diferencia de la imposición de salida clásica, en el caso de la aportación a cambio de la entrega de participaciones sólo se someten a la potestad tributaria del Estado de salida las participaciones en la sociedad absorbente. Se produce simplemente una suerte de intercambio de recursos económicos (activos, desde el punto de vista contable). El artículo 8, apartado 2, de la Directiva de fusiones permite expresamente gravar el beneficio resultante de la ulterior cesión de los títulos recibidos. A este respecto, las reservas ocultas que se generarán en el futuro en el establecimiento permanente permanecen *indirectamente* bajo la potestad tributaria de Finlandia.

36. Sin embargo, la potestad tributaria sobre las participaciones en una sociedad extranjera situada en el extranjero no es lo mismo que la potestad tributaria sobre los activos de un establecimiento permanente extranjero. Las participaciones obtenidas son algo distinto a los activos del establecimiento permanente. Por lo tanto, sigue siendo cierto que se pierde definitivamente la posibilidad de gravar las reservas ocultas que se generen en el establecimiento permanente, y esto hace que sea legítimo el interés en una (última) tributación por parte del Estado miembro que pierde su potestad tributaria directa.

2. Proporcionalidad de la restricción

37. Por otro lado, es preciso que la restricción sea adecuada para garantizar la realización del objetivo así perseguido y que no vaya más allá de lo necesario para la consecución de ese objetivo, en este caso, el mantenimiento del reparto de la potestad tributaria.[17]

a) Necesidad de un aplazamiento

38. El Tribunal de Justicia ya ha declarado también en diversas ocasiones que, en caso de traslado fuera del territorio, debe permitirse al sujeto pasivo elegir entre la tributación inmediata y el pago diferido del importe del impuesto, acompañado, en su caso, de intereses con arreglo a la normativa nacional aplicable.[18] A este respecto, el Tribunal de Justicia ha calificado de proporcionada la recaudación escalonada a lo largo de cinco años del impuesto sobre las plusvalías latentes, en lugar de su pronta recaudación.[19] Sin embargo, la legislación de Finlandia no contempla tal posibilidad, de manera que la disposición finlandesa constituiría una restricción desproporcionada de la libertad de establecimiento.

39. En contra de la opinión de Finlandia y Suecia, a esto no se puede responder que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la imposición de salida no se puede aplicar a una tributación con motivo de la aportación de un establecimiento permanente a cambio de participaciones societarias.

17 Sentencias de 29 de noviembre de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartado 42; de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), apartado 47; de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), apartado 35; de 17 de julio de 2014, Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:2087), apartado 25; de 15 de mayo de 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278), apartado 27, y de 13 de diciembre de 2005, SEVIC Systems (C-411/03, EU:C:2005:762), apartado 23.

18 Sentencias de 21 de mayo de 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331), apartado 49; de 29 de noviembre de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartados 56 y ss., especialmente 58 y 62, y de 16 de abril de 2015, Comisión/Alemania (C-591/13, EU:C:2015:230), apartado 67 y jurisprudencia citada.

19 Sentencias de 23 de enero de 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20), apartado 64, y de 21 de mayo de 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331), apartado 52.

40. Si bien es cierto que, como señala acertadamente Suecia, la aportación de un establecimiento permanente a cambio de participaciones, a diferencia del mero traslado al exterior, constituye un acto de materialización que en principio da lugar a la liquidación e imposición de las reservas ocultas, no es menos cierto que la aportación a cambio de participaciones societarias no constituye precisamente una auténtica materialización del valor del establecimiento permanente mediante su venta, sino una mera medida de reestructuración. El establecimiento permanente no se vende, sino que se cede a un sujeto de Derecho sobre el cual en adelante se posee una participación mayor. Tales reestructuraciones transfronterizas son exactamente las que pretende facilitar la Directiva de fusiones.

41. Además, no se realiza ninguna liquidez financiera necesaria para el pago de impuestos, sino que la sociedad transmitente se limita a recibir la cantidad correspondiente de participaciones en la sociedad absorbente. Y ésta es también la razón por la que Finlandia permite, pese a la «materialización», una reestructuración contablemente neutra en caso de aportación no transfronteriza. La Directiva de fusiones no exige tal renuncia a la imposición en el supuesto puramente interno.

42. Asimismo, el objetivo de la Directiva de facilitar las reestructuraciones transfronterizas se favorece de forma mucho más efectiva si éstas, en caso de ser objeto de tributación, no se gravan de forma inmediata, sino a plazos a lo largo de un período dilatado de tiempo.

43. Si el Estado miembro, pese a la «materialización» que se produce con motivo de la aportación de un establecimiento permanente nacional, no dispone la tributación del transmitente, en ningún caso se puede afirmar que la tributación inmediata sin posibilidad de aplazamiento, dada la falta de liquidez del sujeto pasivo, sea el medio menos gravoso para compensar la pérdida de la potestad tributaria del Estado miembro en el supuesto exterior.

44. Una recaudación escalonada del impuesto a lo largo de varios años permite compensar la pérdida de la potestad tributaria y mitiga sustancialmente la diferencia de trato (respecto a la no imposición en el supuesto interior). De forma similar ha resuelto ya el Tribunal de Justicia —y a ello se ha referido también la Comisión en la vista oral— en relación con diferentes regímenes de aplazamiento respecto a las plusvalías realizadas para la adquisición de bienes sustitutivos. [20]

45. A esto se añade el hecho de que, a diferencia de los casos en los que se produce una salida, el deudor tributario permanece dentro del ámbito territorial de actuación del acreedor tributario, tal y como acertadamente señala la Comisión. Una recaudación gradual del impuesto no plantea a este respecto ninguna dificultad administrativa que lleve a optar por la tributación inmediata. Por lo tanto, de acuerdo con la postura de la Comisión, en este caso basta con que, por un lado, la pérdida de la posibilidad de tributación del Estado se compense con una última imposición y, por otro lado, la falta de liquidez del sujeto pasivo se mitigue con una recaudación del impuesto dilatada en el tiempo.

46. Pero, en contra de la opinión de A Oy, de las libertades fundamentales no se desprende que la tributación deba postergarse hasta la «auténtica» materialización de las reservas ocultas. Dado que no es necesario que se llegue a producir la posterior materialización, y menos aún por un tercero (la sociedad absorbente), pues pueden sobrevenir, por ejemplo, minusvalías o la pérdida de los activos, y dado que Finlandia tampoco va a poder controlar dicha materialización, esta pretensión es contraria al principio del mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, pues la consecuencia sería que habrían de tenerse en cuenta también posteriores minusvalías fuera de la

20 Sentencia de 16 de abril de 2015, Comisión/Alemania (C-591/13, EU:C:2015:230), apartados 71 y ss.

propia potestad tributaria.[21] De acuerdo con el principio de territorialidad en relación con el principio de la fecha de cierre que rige en el Derecho tributario, la tributación de las reservas ocultas en el momento de la pérdida de la potestad tributaria se permite aun sin la materialización de éstas, incluso por un tercero. El principio de proporcionalidad solamente se opone a la tributación inmediata.

b) ¿Proporcionalidad por deducción de un impuesto ficticio?

47. Esta conclusión no se ve alterada por la deducción de un impuesto extranjero ficticio contemplada en la legislación finlandesa y en el artículo 10, apartado 2, de la Directiva de fusiones, pues dicha deducción «sólo» tiene efectos sobre el importe de la carga tributaria en el supuesto transfronterizo. Dicha carga tributaria comprenderá el tipo íntegro del impuesto cuando en el Estado de destino no se contemple tributación alguna, un tipo reducido cuando el impuesto (ficticio) a deducir sea inferior, e incluso no habrá carga tributaria alguna cuando el impuesto (ficticio) a deducir sea igual o superior.

48. En conclusión, tal y como apuntan también Finlandia y Suecia, la deducción de un impuesto extranjero «sólo» evita la posible doble imposición. Sin embargo, la infracción no reside en una doble imposición, que no es objeto de prohibición en el Derecho de la Unión.[22] No obstante, si la doble imposición no es una cuestión de Derecho de la Unión y, por ende, tampoco de las libertades fundamentales, *a sensu contrario* una norma dirigida a evitar la doble imposición tampoco puede influir en la justificación de la restricción de una libertad fundamental.

49. Esto se produce, en particular, cuando con la deducción no se mitiga la diferencia de trato entre el supuesto transfronterizo y el supuesto interior. La diferencia de trato que se pretende justificar no reside únicamente en el importe de la tributación (o en el tipo impositivo), sino en la *tributación inmediata* por la sociedad transmitente en el supuesto transfronterizo en comparación con la *no tributación* en el supuesto interior.[23]

50. En conclusión, el artículo 10, apartado 2, de la Directiva de fusiones no establece un tipo impositivo inferior al tipo impositivo «normal», sino que define el tipo impositivo normal que pueden recaudar los Estados miembros para el supuesto transfronterizo. A diferencia de los demás tipos, éste es simplemente variable y depende de otros factores (cálculo de un impuesto extranjero ficticio). Como ya se ha expuesto en los puntos 21 y 22 de las presentes conclusiones, la Directiva de fusiones no regula cuándo se ha de recaudar este tipo impositivo. No obstante, ello se puede deducir de la jurisprudencia antes citada del Tribunal de Justicia sobre la imposición de salida.

51. Si en un supuesto interior equiparable, las medidas de reestructuración no están sujetas al impuesto, un medio igualmente adecuado y menos gravoso para preservar el reparto de la potestad tributaria es el aplazamiento o la dilatación en el tiempo de la recaudación del impuesto (en su caso, reducido) que grave las medidas de reestructuración en el supuesto transfronterizo.

21 Este principio —que niega la obligación de considerar las pérdidas— ha sido confirmado reiteradamente por el Tribunal de Justicia en sus más recientes sentencias sobre la tributación por traslado de sede. Véanse las sentencias de 21 de mayo de 2015, Verder LabTec, (C-657/13, EU:C:2015:331), apartados 43 y ss., y de 29 de noviembre de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartados 56 y ss. Véanse también mis conclusiones presentadas en el asunto Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements (C-646/15, EU:C:2016:1000), puntos 61 y ss.

22 Sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de abril de 2010, CIBA (C-96/08, EU:C:2010:185), apartados 27 y ss.; de 16 de julio de 2009, Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471), apartados 26 y ss., y de 12 de febrero de 2009, Block (C-67/08, EU:C:2009:92), apartados 30 y 31, y conclusiones del Abogado General Bot presentadas en el asunto Glaxo Wellcome (C-182/08, EU:C:2009:438), puntos 58 y ss.

23 Es decir, si el establecimiento permanente está situado en el territorio nacional o si la sociedad absorbente es una sociedad residente.

52. Esto resulta especialmente evidente en el presente asunto, pues, a diferencia de los casos de la imposición de salida clásica, por medio del artículo 8, apartado 2, de la Directiva de fusiones se conserva incluso una potestad tributaria indirecta sobre las futuras plusvalías del establecimiento. Sin embargo, cuando se mantiene una participación indirecta en las futuras variaciones de valor, la tributación inmediata (a un determinado tipo impositivo) resulta aún menos proporcionada que en un caso de traslado en el que se pierda todo vínculo con la base imponible.

53. Por lo tanto, sigue sin estar justificada la restricción de la libertad de establecimiento. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si la incompatibilidad de la normativa nacional con el Derecho de la Unión puede solventarse con una interpretación conforme con el Derecho de la Unión, en particular, mediante la posibilidad de optar al pago dilatado en el tiempo de conformidad con la legislación tributaria finlandesa.

VI. Propuesta de resolución

54. Por lo tanto, propongo responder conjuntamente a las dos cuestiones prejudiciales del Helsingin hallinto-oikeus (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Helsinki, Finlandia) del siguiente modo:

«El artículo 43 CE en relación con el artículo 48 CE (actualmente, artículo 49 TFUE en relación con el artículo 54 TFUE) se opone a una transposición del artículo 10, apartado 2, de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, que solamente establece la tributación inmediata en el supuesto transfronterizo de aportación de un establecimiento permanente extranjero a una sociedad extranjera, pero no en el supuesto interior. Nada cambia a este respecto la deducción de un impuesto extranjero ficticio, pues con ésta sólo se evita la doble imposición, pero no la tributación inmediata.»