

DE «LASTEYRIE» A «COMISIÓN C. ESPAÑA»: ¿HACIA UNA MAYOR COORDINACIÓN EN EL DISEÑO DE LOS «EXIT TAXES» DE LOS ESTADOS MIEMBROS?*

DOMINGO JESÚS JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS

Profesor Contratado Doctor de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Autónoma de Madrid

Revista Española de Derecho Europeo 47
Julio – Septiembre 2013
págs. 149 a 184

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL TRASLADO DE RESIDENCIA Y EL GRAVAMEN DE LAS PLUSVALÍAS LATENTES DESDE UNA PERSPECTIVA TRANSFRONTERIZA. *A. ¿Qué es un exit tax?. B. La justificación de la imposición de salida desde la perspectiva del Estado de origen y el gravamen sobre los incrementos patrimoniales. C. Tipología de los exit taxes.* III. LOS EXIT TAXES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. IV. EL TRASLADO DE RESIDENCIA EN EL DERECHO DERIVADO: EL CASO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA Y LA SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA. V. LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE SOBRE EXIT TAXES. *A. El traslado de la residencia de personas físicas. 1. De Lasteyrie du Saillant. 2. N. 3. Comisión c. España. 4. Los efectos de la jurisprudencia del TJUE en el caso del traslado de la residencia de personas físicas. B. La comunicación de la Comisión Europea sobre los impuestos de salida. C. El traslado de la residencia de las personas jurídicas. 1. National Grid Indus. 2. Comisión c. Portugal. 3. Comisión c. España.* VI. RECAPITULACIÓN: ¿ES SUFICIENTE CON LA ACCIÓN DEL TJUE?.

RESUMEN: La imposición de salida es uno de los aspectos en materia de fiscalidad directa que ha planteado mayores dudas en relación con su posible compatibilidad con las libertades fundamentales. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desarrollado una intensa labor en esta

ABSTRACT: Exit taxation has become of the most controversial areas in the field of direct taxation when it comes to analyze its compatibility with EU fundamental freedoms. The Court of Justice of the European Union has undertaken an immense labor in this area, determining the

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto DER2012-31931, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

El autor agradece los comentarios y observaciones que han sido realizados durante el procedimiento de evaluación anónima del trabajo y que han contribuido notablemente a su mejora. Cualquier error es responsabilidad exclusiva del autor.



área, estableciendo las condiciones en que los Estados miembros pueden ejercitar su derecho de imposición sobre las plusvalías latentes en los supuestos del traslado de la residencia de personas físicas y jurídicas. Con todo, esta labor de armonización indirecta no deja de plantear cuestiones que requieren de una coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros.

PALABRAS CLAVE: Imposición de salida; Libertad de establecimiento; Traslado de residencia.

conditions under which Member States are allowed to exercise their taxing rights on latent gains in cases of transfer of residence of both, individuals and companies. Nonetheless, many pending issues from this indirect harmonization still need to be clarified through a greater coordination of the tax policies of Member States.

KEYWORDS: Exit taxes; Freedom of establishment; Transfer of residence.

Fecha recepción original: 13 de junio de 2013

Fecha aceptación: 8 de julio de 2013

I. INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones que ha suscitado mayor controversia en los últimos años en el ámbito de la fiscalidad directa ha sido el relativo a la articulación de los impuestos de salida (*exit taxes* o *migration taxes*) y su compatibilidad con las libertades fundamentales previstas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, en adelante). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante) ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este aspecto en diversas sentencias que han tenido notables repercusiones para el diseño de los impuestos de salida de los Estados miembros.

El análisis de la imposición de salida requiere el estudio previo del concepto de residencia fiscal en los ordenamientos internos y en la fiscalidad internacional y de los aspectos mercantiles relativos al traslado de la sede social. Estos aspectos no van a ser objeto de análisis en este trabajo, ya que han sido estudiados de modo exhaustivo por la doctrina tributaria y mercantil¹. El objeto de este trabajo se centra en el estudio de los *exit taxes* desde la perspectiva de la fiscalidad internacional y en el análisis de la jurisprudencia del TJUE con la finalidad de identificar los extremos sobre los que entiendo que es necesaria una labor armonizadora directa de cara a evitar que los efectos de la jurisprudencia del TJUE se vean diluidos por la falta de coordinación de las legislaciones

1. Sobre la residencia fiscal en el ámbito de la fiscalidad internacional y su relación con el concepto doméstico de residencia, *vid.*, por todos, VEGA BORREGO, F. A., «Residencia fiscal», en RUIZ GARCÍA, J. R. y CALDERÓN CARRERO, J. M. (coords.), *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*, Fundación Pedro Barrié de la Maza-Instituto de Estudios Económicos de Galicia, A Coruña, 2005, pp. 209 ss. Sobre el traslado del domicilio de personas jurídicas, *vid.*, en relación con la caracterización de la operación, por todos GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «Traslado del domicilio social: delimitación de los supuestos y régimen aplicable», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *et al.* (dirs.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, vol. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 25 ss. y, en relación con la jurisprudencia del TJUE sobre esta materia, SÁNCHEZ ALVÁREZ, M. M., «Traslado a España de sociedad extranjera. Traslado al extranjero de sociedad española. Proyecto de traslado. Informe de los administradores. Depósito del proyecto», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *et al.* (dirs.), *ibid.*, pp. 51 ss.

de los Estados miembros. Como trataré de exponer, la labor de armonización negativa desarrollada por el TJUE ha tenido un elevado impacto en la normativa doméstica de los Estados miembros y potencialmente completa lo previsto en el Derecho derivado.

El trabajo se estructura en cuatro partes diferenciadas. En la primera analizo el concepto, justificación y tipología de los *exit taxes*. En la segunda parte se introducen algunos de los supuestos de *exit taxes* previstos en la normativa española. En el tercer apartado de este trabajo se realiza un breve estudio de las principales sentencias del TJUE en esta materia. Finalmente, en la última parte se realizan unas reflexiones acerca de las consecuencias de la jurisprudencia del TJUE y los aspectos que necesitarían de una mayor coordinación.

II. EL TRASLADO DE RESIDENCIA Y EL GRAVAMEN DE LAS PLUSVALÍAS LATENTES DESDE UNA PERSPECTIVA TRANSFRONTERIZA

A. ¿QUÉ ES UN EXIT TAX?

De modo general, los *exit taxes* o impuestos de salida son gravámenes cuyo presupuesto de hecho es el traslado de la residencia fiscal de una persona física o jurídica de un Estado, el Estado de origen, a otro, el Estado de destino o de acogida². Dicho gravamen se impone por parte del Estado de origen sobre la persona migrante como consecuencia del traslado de residencia con distintas finalidades. Por otro lado, aunque en algunos Estados estos gravámenes se configuran como tributos de carácter autónomo, lo normal es que se encuadren dentro de la imposición sobre la renta de las personas físicas o jurídicas³.

La finalidad más habitual de estos gravámenes es la de asegurar que las plusvalías latentes que se encuentran pendientes de reconocimiento por el Estado de origen en el momento de realizarse el traslado sean efectivamente recaudadas o la recuperación de determinados beneficios fiscales de los que haya gozado el contribuyente con el objeto de asegurar la simetría en la imposición⁴. Junto a esta finalidad, cabe apreciar otras finalidades a las que sirven los impuestos de salida, particularmente, la de prevenir actuaciones abusivas o artificiosas de cambio de residencia fiscal⁵. Como señala P. M. HERRERA MOLINA⁶, la relevancia de la finalidad de la medida concreta ha sido determinante para el TJUE a la hora de determinar las causas que pueden justificar las restricciones que

2. Vid. PANAYI, C. H. J. I., *European Union Corporate Tax Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 307.

3. Vid. HERRERA MOLINA, P. M., «*Exit taxes* y Libertades Comunitarias: ¿Contradicciones o evolución en la jurisprudencia del TJUE?», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 29, 2013, p. 2.

4. Cf. BARREIRO CARRIL, M. C., *Los impuestos directos y el Derecho de la Unión Europea. La armonización negativa realizada por el TJUE*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2012, p. 212.

5. *Ibid.*

6. Vid. HERRERA MOLINA, P. M., «*Exit taxes* y Libertades Comunitarias...», *op. cit.*, pp. 4-5.

pueden originarse como consecuencia de la aplicación de estos gravámenes. Sin perjuicio de las referencias que haré a impuestos de salida cuya finalidad concuerda con la segunda de las aquí expuestas, en el presente trabajo me voy a centrar en las medidas que responden a la primera finalidad.

B. LA JUSTIFICACIÓN DE LA IMPOSICIÓN DE SALIDA DESDE LA PERSPECTIVA DEL ESTADO DE ORIGEN Y EL GRAVAMEN SOBRE LOS INCREMENTOS PATRIMONIALES

El concepto de renta como medida de la capacidad económica empleado por la mayor parte de estados a nivel comparado se basa en los trabajos de SCHANZ, HAIG y SIMONS⁷. Dicho concepto, en palabras de SIMONS, surge de la adición al poder de consumo detentado por un determinado sujeto durante el periodo impositivo del incremento del valor de sus elementos patrimoniales durante dicho periodo⁸. Aunque desde una perspectiva teórica la prevalencia de esta definición del concepto de renta como medida de la capacidad económica es clara, la articulación de este concepto en el diseño de la imposición sobre la renta sufre notables desviaciones prácticas. La principal desviación, a los efectos que aquí interesan, es la inclusión del requisito de enajenación o realización para poder computar los incrementos patrimoniales que se ponen de manifiesto, en lugar de atender al acrecimiento del valor de los bienes durante el periodo impositivo⁹. De modo simplificado, esto supone el paso del modelo de renta-acrecimiento (*accrual-basis taxation*), al modelo de renta-realización (*realization-basis taxation*).

Esta desviación se ha justificado por distintos motivos, tanto desde la perspectiva de la Administración tributaria, como desde la perspectiva del sujeto pasivo. En primer lugar, la justificación de mayor relevancia es aquella basada en motivos de practicabilidad. Es claro que el gravamen de los incrementos patrimoniales basado en el mero aumento del valor de mercado de los elementos patrimoniales de titularidad del sujeto pasivo reviste innegable dificultades prácticas desde la perspectiva de la Administración tributaria, al no disponerse

7. Desde la perspectiva de SCHANZ, el concepto de renta debería definirse teniendo en cuenta como fundamento el acrecimiento de la capacidad económica del contribuyente, siendo dicha capacidad el flujo neto de ingresos durante un periodo determinado [cf. SCHANZ, G. v., «Der Einkommensbegriff und die Einkommensteuergesetze», *Finanzarchiv*, vol. 13, 1896, pp. 1 ss.; traducido al castellano en SCHANZ, G. v., «El concepto de renta y las leyes reguladoras del impuesto sobre la renta», *Hacienda Pública Española*, nº 3, 1970, pp. 155 ss.]. La definición del HAIG siguió el patrón definido por SCHANZ, concluyendo que la renta era el valor monetario de del acrecimiento neto de la capacidad económica durante dos puntos en el tiempo [cf. HAIG, R. M., «The Concept of Income. Economic and Legal Aspects», en HAIG (ed.), *The Federal Income Tax*, Columbia University Press, New York, 1921, pp. 1-28; reimp. en MUSGRAVE, R. A. y SHOUPP, C.S. (eds.), *Readings in the Economics of Taxation*, Irwin, Homewood, 1959, pp. 54-76].
8. Cf. SIMONS, H., *Personal Income Taxation: the Definition of Income as a Problem of Fiscal Policy*, University of Chicago Press, Chicago, 1938 (reimp. 1980), p. 50.
9. Vid., por todos, AULT, H. J. y ARNOLD, B. J., *Comparative Income Taxation: A Structural analysis*, 2nd ed., Kluwer Law International, La Haya, 2004, pp. 164 ss.

de valores ciertos que permitieran calcular el importe de las ganancias latentes¹⁰. Junto a ello, el gravamen de estos incrementos de valor no realizados podría suponer un aumento de la litigiosidad con los costes que para la Administración tributaria ello determinaría¹¹. Desde la perspectiva del obligado tributario, el gravamen de las ganancias no realizadas plantea problemas de seguridad jurídica, al no tener el obligado tributario ninguna posibilidad de prever el posible aumento del valor de mercado de sus bienes y, fundamentalmente, de liquidez, al gravarse un incremento de patrimonio que no se refleja en la percepción de un flujo económico real para el contribuyente, sino meramente potencial¹².

De conformidad con lo anterior, los incrementos patrimoniales requieren, como regla general para ser tenidos en cuenta dentro de la renta obtenida por el contribuyente, que se produzca una previa enajenación del bien que origina tales incrementos. De este modo, una ganancia patrimonial se entenderá realizada y podrá ser considerada dentro de la renta del periodo del contribuyente¹³. Se produce así un diferimiento en el reconocimiento de las ganancias derivadas del incremento del valor de los activos (el denominado *lock-in effect*)¹⁴, que excluye el reconocimiento de la ganancia hasta el momento de su realización. Este requisito ha sido acogido en el ámbito de la fiscalidad internacional a la hora de determinar la existencia de incremento patrimonial, siendo uno de los elementos fundamentales del concepto de *ganancias del capital* incluido en el

10. Cf. SCHENK, D. H., «A Positive Account of the Realization Rule», *Tax Law Review*, vol. 57, 2004, pp. 365 ss.

11. *Ibid.*

12. Cf., entre otros, KAVELAARS, P., «Accrual versus Realization», en ESSERS, P. y RIJKERS, A. (eds.), *The Notion of Income from Capital*, European Association of Tax Law Professors International Tax Series vol. 1, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 2005, pp. 130 ss.; SCHENK, D. H., «A Positive Account of the Realization Rule», *Tax Law Review*, vol. 57, 2004, pp. 360 ss. De modo similar, *vid.* PALAO TABOADA, C., «La imposición sobre las Ganancias de Capital y la Justicia Tributaria», *Hacienda Pública Española*, vol. 9, 1971, pp. 46-47 y 54 ss., refiriéndose a las repercusiones que tendría el sistema de renta-acrecimiento en un contexto inflacionario, donde de no indexarse la ganancia latente, se procedería a gravar una capacidad económica inexistente, derivada del mero aumento general de precios en el mercado.

13. El requisito de realización fue objeto de un temprano intento de definición por parte del Tribunal supremo estadounidense en *Eisner v. Macomber* [252 U.S. 189 (1920)], estableciendo el requisito de que las ganancias provinieran de la desaparición o separación (*severance*) del activo de la esfera del contribuyente («*income is essentially a gain or profit, in itself, of exchangeable value, proceeding from capital, severed from it, and derived or received by the taxpayer for his separate use, benefit, and disposal*»). *Vid.*, sobre ello, MULLOCK, P., «The Constitutional Aspects of Realization», *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 31, 1970, pp. 615 ss.; HOLMES, K., *The concept of income: a multi-disciplinary analysis*, Doctoral Series vol. 1, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 2001, pp. 225-228. No obstante, dicho requisito fue pronto revocado [cf. *Helvering v. Bruun*, 309 U.S. 461 (1940)], aunque se mantuvo la necesidad de una previa enajenación como presupuesto para el reconocimiento de una ganancia de capital.

14. *Vid.*, por todos, BURMAN, L., *The Labyrinth of Capital Gains Tax Policy: A Guide for the Perplexed*, The Brookings Institution, Washington, 1999, pp. 69-72.

artículo 13 del Modelo de Convenio de Doble Imposición de la OCDE en su versión actual aprobada en julio de 2010 (MCOCDE, en adelante)¹⁵. El MCOCDE, como es sabido, constituye el instrumento más relevante en el ámbito de la fiscalidad internacional, siendo por ciertos autores considerado como una fuente –impropia– del Derecho Tributario Internacional¹⁶.

Sin embargo, los argumentos expuestos anteriormente no son necesariamente seguidos por el legislador tributario al definir qué eventos son los que dan lugar al reconocimiento de una ganancia patrimonial. Así, por ejemplo, las ganancias de capital provenientes de enajenaciones que no implican la obtención de liquidez para el contribuyente, como pueden ser las derivadas de permutas, son gravadas con independencia de que el sujeto pasivo no haya recibido una contraprestación líquida¹⁷. Por otro lado, determinados eventos que no son considerados como enajenación a efectos civiles, como puede ser el canje de acciones a nivel del socio en el caso de la fusión de sociedades, son calificados como supuestos de realización de eventuales ganancias patrimoniales por parte del legislador tributario en virtud de su autonomía para realizar dicha calificación¹⁸.

La mayor parte de Estados suelen asimilar los supuestos de traslado de la residencia de una determinada persona a otro Estado a los supuestos de realización, equiparando a efectos tributarios la enajenación como presupuesto para

15. Cf. GARCÍA PRATS, F. A., «Tributación de las Ganancias de Capital», en RUIZ GARCÍA, J. R. y CALDERÓN CARRERO, J. M. (coords.), *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*, Fundación Pedro Barrié de la Maza-Instituto de Estudios Económicos de Galicia, A Coruña, 2005, pp. 748 y 754 ss.
16. Vid., AVI-YONAH, R. S., *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime*, Cambridge Tax Law Series, Cambridge University Press, New York, 2007, pp. 1-22. De modo similar, vid., BRAUNER, Y., «An International Tax Regime in Crystallization», *Tax Law Review*, vol. 56, 2003, pp. 259 ss.
17. A modo de ejemplo, los artículos 37.1.h) de la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF, en adelante) y 15.2.e) y 15.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004 (TRLIS en adelante), establecen la tributación inmediata de las ganancias de capital derivadas de la permuta de elementos patrimoniales. Sobre las relaciones entre liquidez y capacidad económica como medida de la imposición sobre la renta, vid., AGULLÓ AGÜERO, A., «Estructura de la imposición sobre la renta y el principio de capacidad contributiva», *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 37, 1983, pp. 44-45; BÁEZ MORENO, A., «El "Valor Razonable" y la Imposición Societaria. (Un Apunte sobre la Idoneidad Fiscal de las Normas Internacionales de Información Financiera)», *Nueva Fiscalidad*, nº 10, 2006, pp. 117 ss.
18. El artículo 37 de la LIRPF establece los criterios de valoración de las ganancias derivadas del canje de acciones en el marco de una operación de fusión, ganancias amparadas por la definición general de ganancia y pérdida patrimonial prevista en el art. 33.1 de la LIRPF. A efectos civiles, el Tribunal Supremo ha descartado que en estos supuestos exista una enajenación (vid. STS, Sala Primera, de 28 de enero de 2009, rec. 816/2003). No obstante lo anterior, la autonomía del legislador tributario le ampara para definir en este ámbito conceptos de modo diverso a lo que sucede en otros ámbitos del ordenamiento (por todas, vid., la STC 45/1989, de 20 de febrero, fundamento jurídico 6).

el reconocimiento de las ganancias de capital a situaciones en las que dicho presupuesto se encuentra ausente (*deemed realization*)¹⁹. La *ratio* para considerar dichas situaciones como supuestos de realización de ganancias de capital es coherente desde una perspectiva transfronteriza. Como es sabido, la residencia constituye a efectos de la imposición sobre la renta, el criterio primordial para considerar a una determinada persona sujeta a imposición en un Estado por su renta mundial²⁰. El cambio de residencia, a estos efectos, supone que el Estado de origen, es decir, el Estado donde el contribuyente tenía su residencia, pierda su derecho de imposición sobre la renta a nivel mundial obtenida por el contribuyente, pasando a poder gravar sus rentas con base únicamente en el criterio de territorialidad, es decir, pasará a ser el Estado de la fuente.

Como resultado de esta nueva situación, el Estado de origen perderá la posibilidad de gravar las ganancias de patrimonio que el contribuyente obtenga tras el cambio de residencia como consecuencia de la enajenación de bienes o derechos situados en el extranjero, como pueden ser acciones en sociedades residentes en otro Estado o bienes inmuebles situados en el territorio de un tercer Estado, al carecer de un criterio de conexión que justifique la sujeción a imposición por parte del Estado de origen. Ha de tenerse en cuenta que, de no llevarse a cabo el cambio de residencia, el Estado de origen se encontraría legitimado para gravar dichas ganancias de patrimonio, a pesar de encontrarse los bienes en otros Estados, sin perjuicio de la eventual eliminación de la doble imposición que podría surgir como consecuencia del solapamiento de gravámenes entre el Estado de situación de los bienes (Estado de la fuente) y el Estado de origen (Estado de la residencia)²¹.

Con todo, en la medida en que el Estado de origen tras el cambio de residencia pasará a ser considerado como estado de la fuente, mantendrá sus derechos de imposición sobre aquellos bienes y derechos que conforme a su normativa interna sean considerados como de fuente interna²². Por lo tanto, en este primer escenario la merma de los intereses recaudatorios del Estado de

19. Vid., a modo de ejemplo, DE BROE, L., «General Report», en International Fiscal Association, *The tax treatment of transfer of residence by individuals*, Cahiers de Droit Fiscal International, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2002, pp. 29 ss; DE BROE, L., «The Relevance of Residence under EC Tax Law», en MAISTO, G., *Residence of Individuals Under Tax Treaties and European Community Law*, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 2010, p. 121.
20. Vid., por todos, AVI-YONAH, R. S., *International Tax as International Law...*, *op. cit.*, pp. 22 ss.; FALCÓN Y TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E., *Derecho Fiscal Internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 37-83; GUSTAFSON, C. H., «Tax Treaties in the Americas: The United States Experience», en AMATUCCI, A. (dir.), *International Tax Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, p. 184; ROSEMBUJ, T., *Derecho Fiscal Internacional*, El Fisco, Barcelona, 2001, pp. 31-79.
21. Vid. Comentarios al MCOCDE, *Introduction*, párr. 25.
22. Cf. VOGEL, K. et al., *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions. A Commentary to the OECD, UN and U.S. Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital, with Particular Reference to German Treaty Practice*, 3rd edition, Kluwer Law International, London, 1997, *Introduction*, §10.

origen será ciertamente limitada al perder únicamente su derecho de imposición residual sobre las ganancias patrimoniales que el contribuyente migrante obtenga de bienes o derechos no situados en el territorio del Estado de origen.

Sin embargo, este escenario difícilmente, en la práctica, tendrá lugar como consecuencia de la posible existencia de un convenio de doble imposición (CDI en adelante) entre el Estado de origen y el Estado de destino²³. Aunque la red global de convenios de doble imposición dista mucho de ser completa, lo cierto es que la relevancia de estos instrumentos en el ámbito transfronterizo es indudable. Como se ha señalado, la mayor parte de los CDIs se basan en el MCOCDE²⁴.

El MCOCDE tiene por objetivo principal la eliminación de la doble imposición jurídica internacional que se produce como consecuencia del solapamiento de gravámenes exigidos por distintos Estados²⁵. A este respecto ha de tenerse en cuenta que, como ya he anticipado, las reglas básicas del Derecho Tributario Internacional reconocen dos criterios básicos para sujetar a gravamen a una determinada persona: el criterio de la residencia y el criterio de la territorialidad²⁶. Conforme al primero de ellos, un Estado podrá gravar todas las rentas obtenidas a nivel mundial por una determinada persona al residir en su territorio, puesto que tal situación determina el aprovechamiento máximo de los servicios financiados por los gastos públicos realizados por el Estado en cuestión. El segundo criterio, el de la territorialidad, reconoce la posibilidad de sujetar a gravamen únicamente a una persona por las rentas que se entienden obtenidas dentro del territorio.

El MCOCDE elimina la doble imposición que puede surgir como consecuencia del solapamiento de estos dos criterios principalmente mediante la eliminación del gravamen exigido conforme al criterio de la territorialidad, es decir, eliminando el derecho de imposición del Estado de la fuente²⁷. Este mecanismo favorece la posición de los Estados exportadores de capitales al asegurar que, cuando sus residentes inviertan en otros Estados, únicamente vayan a ser gravados por su Estado de residencia²⁸. Sin embargo, la eliminación del derecho

23. A los efectos de este trabajo, debe de tenerse en cuenta que la red de convenios de doble imposición suscritos por España incluye la totalidad de los Estados miembros de la Unión Europea con excepción de Chipre (firmado el pasado 14 de febrero, pero pendiente de ratificación y publicación) y Dinamarca (denunciado por Dinamarca y terminado con fecha de 19 de noviembre de 2008).

24. De acuerdo con BENNET, M. C., «The 50th Anniversary of the OECD Model Tax Convention», *World Commerce Review*, vol. 2, nº 2, 2008, p. 1, disponible en www.worldcommercereview.com; en el año 2008 el número de CDIs basados en el MCOCDE era cercano a 3.000.

25. *Vid.* Comentarios al MCOCDE, *Introduction*, párr. 19.

26. Cf. VOGEL, K. *et al.*, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions... op. cit.*, *Introduction*, §1.

27. Por todos, *vid.*, SÁINZ DE BUJANDA, F., «Derecho Fiscal Internacional», en *Hacienda y Derecho*, vol. 1, 2ª reimp., Instituto de estudios Políticos, Madrid, 1975, pp. 470 ss.

28. Cf. BARNES, P. A., «A model to celebrate», *The OECD Observer*, nº 269, 2008, pp. 12-14.

de imposición del Estado de la fuente no es absoluta en todo caso, sino que el propio MCOCDE al establecer las reglas de reparto del poder de imposición entre el Estado de la residencia y el Estado de la fuente reconoce la posibilidad de que el Estado de la fuente pueda gravar determinadas rentas obtenidas en su territorio²⁹. Estas reglas son denominadas como reglas de tributación compartida, que determinarán la obligación de que el Estado de la residencia elimine la doble imposición que se produciría por el solapamiento de su gravamen exigido conforme al criterio de la residencia y el gravamen exigido por el Estado de la fuente conforme al criterio de la territorialidad a través de los mecanismos previstos en el convenio³⁰.

Este reparto del poder de imposición tiene una relevancia máxima en los casos de cambio de residencia de una persona física o jurídica. Como consecuencia de esta operación, el Estado de origen dejará de ser considerado como Estado de la residencia, perdiendo su poder de imposición sobre las rentas obtenidas por la persona migrante a nivel mundial, pasando desde ese mismo momento a ser considerado como Estado de la fuente. Como consecuencia de lo anterior, su poder de imposición sobre las rentas y ganancias obtenidas por el contribuyente migrante se verá limitado. En relación con las ganancias de capital latentes, aquéllas que se han ido generando desde que la persona migrante adquirió un determinado activo, el MCOCDE prevé que el Estado de la fuente pueda gravar únicamente las ganancias derivadas de la enajenación de inmuebles sitos en el territorio del Estado de la fuente³¹, las derivadas de elementos afectos a un establecimiento permanente (EP, en adelante) situado en dicho territorio³² y de acciones o participaciones en sociedades inmobiliarias³³. Otras ganancias derivadas de la enajenación de activos distintos a los anteriormente referidos tributarán exclusivamente en el Estado de la residencia del perceptor de las mismas³⁴.

Es como consecuencia de esta pérdida del derecho de imposición, que la mayor parte de los Estados prevén en su normativa doméstica alguna forma de impuesto de salida, mediante el cual se gravan las ganancias de capital latentes al tener lugar el cambio de residencia mediante su asimilación a la propia enajenación del activo. Obviamente esta posición es la más radical ante la posible pérdida recaudatoria que tiene lugar tras el traslado de residencia y, en cierta medida, ha sido equiparada a una medida antiabuso con el objeto de evitar que el cambio de residencia el contribuyente pueda lograr evitar cualquier imposición sobre las ganancias latentes³⁵. Aunque existen otros mecanismos equiparables a esta imposición de salida técnica, por ejemplo, mediante la recaptura de

29. Cf. Comentarios al MCOCDE, *Introduction*, párr. 20.

30. Cf. Comentarios al MCOCDE, *Introduction*, párr. 22.

31. Cf. artículo 13.1 del MCOCDE.

32. Cf. artículo 13.2 del MCOCDE.

33. Cf. artículo 13.4 del MCOCDE.

34. Cf. artículo 13.5 del MCOCDE.

35. *Vid.*, por todos, BARREIRO CARRIL, M. C., *Los impuestos directos y el Derecho de la Unión Europea. ...*, *op. cit.*, pp. 212-213.

pérdidas previamente deducidas o la posibilidad de que gravámenes diferidos sean exigidos como consecuencia del traslado, esta forma de imposición es la más obvia al asegurar, en todo caso, que la ganancia latente generada pueda ser recaudada de modo efectivo. De este modo, el Estado de origen ve satisfecho su interés recaudatorio en el momento en que se produce el traslado de residencia, gravándose de modo instantáneo las ganancias latentes generadas durante el periodo en que la persona migrante ha sido residente en dicho Estado.

El MCOCDE no incluye ninguna regla específica en relación con estas situaciones, siendo considerada la imposición de salida compatible con un CDI basado en el MCOCDE siempre que el gravamen de salida se exija por el Estado de origen en el momento en que se produzca el cambio de residencia, situación que, de conformidad, con el artículo 21.1 del MOCDE, aplicable a esta situación al tratarse de una ganancia no derivada de una enajenación, determina el derecho de imposición exclusivo del Estado de la residencia³⁶. Con todo, no faltan

36. En el mismo sentido, *vid.*, DAURER, V., «Austria», *op. cit.*, pp. 274-276; HOHENWARTER, D., «Austria», en MAISTO, G., *Tax Treaties and Domestic Law*, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 2006, p. 182. En contra, DE BROE, L., «The Relevance of Residence under EC Tax Law», *op. cit.*, p. 120, argumenta que los *exit taxes* no se encuadrarían dentro del artículo 21 («Otras rentas») del MCOCDE, sino del artículo 13 («Ganancias de capital») En mi opinión, esta argumentación es ciertamente cuestionable, el artículo 13 requiere ciertamente una enajenación como requisito previo para su aplicación, sin perjuicio de que dicho término no sea necesariamente coincidente con el previsto en el ámbito civil, lo cierto es que requiere que se produzca una alteración patrimonial. De no entenderse cumplido dicho requisito, la aplicación del artículo 21 es clara. En este sentido, aun cuando el traslado de residencia se equipare a efectos domésticos con una enajenación (*deemed alienation*), por definición dicho gravamen es exigido por el Estado de la residencia, lo que no plantearía problemas desde el punto de vista del sistema de reparto del derecho de imposición previsto en el MCOCDE. Circunstancia distinta, y es probablemente la que plantea DE BROE, es lo que sucede con una modalidad de imposición asimilable a los *exit taxes* en sentido estricto, los *trailing taxes*, que son gravámenes exigidos por el Estado de origen sobre personas que anteriormente fueron residentes por las plusvalías latentes generadas durante el periodo de residencia. A diferencia de los *exit taxes*, a los que aquí me refiero, que se exigen en el momento de la pérdida de residencia, en estos casos, dicho traslado ya se ha consumado y es ante una enajenación del activo concreto cuando se exigen, el problema en estos casos reside en la nueva configuración de la situación en que el Estado de origen ya no es Estado de la residencia a efectos convencionales. Aunque matizable, mi opinión en este aspecto es que dentro del artículo 13 no tienen cabida los *exit taxes* en sentido estricto que se exigieran por el Estado de la fuente de conformidad con lo previsto en los párrafos 6-9 de los comentarios al MCOCDE, de modo que serían de aplicación las reglas del artículo 21 para determinar la posibilidad de que el Estado de la fuente pudiera gravar las plusvalías no realizadas. En el mismo sentido, *vid.*, CARRAMASCHI, B. M., «Exit taxes and the OECD Model Convention: Compatibility and Double Taxation Issues», *Tax Notes International*, 21 de enero de 2008, pp. 284-285 y 288. En cualquier caso, a efectos prácticos, la aplicación de ambos preceptos llevaría al mismo resultado salvo en el supuesto de las ganancias derivadas de la enajenación de acciones en sociedades inmobiliarias previstas en el artículo 13.4 del MCOCDE (*vid.* artículo 21.2 del MCOCDE). Sobre los debates relativos a la aplicación de estos preceptos a los *exit taxes*, *vid.*, también CEJIE, K., «Emigration Taxes – Several Questions, Few Answers: From *Lasteyrie* to *National Grid Indus* and beyond», *Intertax*, vol. 40, n° 6/7, 2012, pp. 387-388.

ejemplos de Estados que en su red de CDIs han incorporado cláusulas específicas para hacer frente a estas situaciones estableciendo diversos mecanismos para articular el gravamen de salida desde una perspectiva transfronteriza³⁷.

Sin perjuicio de que la jurisprudencia del TJUE se ha centrado en los aspectos de la imposición de salida que se manifiestan en el corto plazo, no deben perderse de vista otras consecuencias derivadas de la imposición de salida que tienen notables repercusiones en el largo plazo. La principal consecuencia de la imposición de salida en el largo plazo es la posible sobreimposición que puede producirse cuando el Estado de origen y el Estado de destino no emplean el mismo criterio de valoración para calcular las ganancias de capital³⁸. Esta situación podría ilustrarse con el siguiente ejemplo:

Un residente en el Estado A procede a trasladar su residencia al Estado B. Entre los activos de dicha persona se encuentran acciones en el capital de una sociedad residente en el Estado A que adquirió por importe de 100 unidades monetarias. Si el valor de mercado determinado por el Estado A difiere del determinado por el Estado B, se puede producir un fenómeno de sobre o infraimposición. Si el Estado A determina que el valor de venta de las acciones en el momento del traslado de la residencia, como consecuencia, por ejemplo de la reversión de una provisión contable, es de 300 unidades monetarias, mientras que el Estado B considera que dicho valor es únicamente de 200 unidades monetarias, en el largo plazo se producirá un supuesto de sobreimposición, al tomar el Estado de destino como valor de base para el cálculo de las ganancias de capital un valor inferior al empleado por el Estado de origen para el cálculo de las ganancias.

Estos problemas tienen difícil solución en el ámbito de los CDIs por el propio objeto de estos instrumentos. En efecto, al ser los CDIs instrumentos para proceder al reparto del poder de imposición entre los distintos Estados, sin que en ellos se contengan reglas sobre el modo en que las rentas van a tributar en cada Estado o reglas de coordinación entre Estados a los efectos de cuantificar las rentas obtenidas por una determinada persona en un contexto transfronterizo³⁹ y estas situaciones no se encontrarían cubiertas.

37. Dinamarca ha incluido un número de estas cláusulas en su red de convenios de doble imposición. A modo de ejemplo, puede verse el artículo 13.9 del CDI entre Dinamarca y Argentina. Esta previsión establece una regla de ultraactividad de los derechos de imposición del Estado de origen con el objeto de asegurar que durante un determinado periodo de tiempo, las ganancias derivadas de determinados activos generadas al amparo del derecho de imposición de dicho Estado van a ser gravadas a pesar de que el contribuyente haya procedido a trasladar su residencia al otro Estado contratante. Por su parte, en el artículo 4.4 del CDI entre Austria y Portugal de 1971 se aclara la distribución del derecho de imposición sobre las rentas obtenidas por una persona que transfiera su residencia desde una perspectiva temporal.

38. Cf., CARRAMASCHI, B. M., «Exit taxes and the OECD Model Convention...», *op. cit.*, pp. 288-289; PANAYI, C. H. J. I., *European Union Corporate Tax Law, op. cit.*, pp. 307-308.

39. Con todo, existen ejemplos de CDIs que contienen previsiones a este respecto. El mejor ejemplo se encuentra previsto en el artículo XIII(7) del CDI entre Canadá y Estados Unidos de 1980 tras su última modificación a través del Protocolo de 2007. Esta previsión dispone que, ante un cambio de residencia de personas físicas, tratado por la

C. TIPOLOGÍA DE LOS EXIT TAXES

Como he señalado anteriormente, en sentido estricto, los *exit taxes* son los gravámenes que tienen por objeto la equiparación del traslado de la residencia a un supuesto de enajenación de activos con la finalidad de asegurar que las ganancias latentes que se han generado mientras el activo fue de titularidad de un residente sean definitivamente gravadas por el Estado que tendría derecho a ello⁴⁰. La racionalidad de estas medidas es clara, al servir como mecanismos para asegurar el reparto del poder tributario entre Estados⁴¹, por el cual el beneficio del diferimiento del reconocimiento del aumento del valor de capital se ve revocado por la posibilidad de que dichas ganancias no puedan ser finalmente gravadas por el Estado en que se generaron.

En sentido amplio, la doctrina asimila a los *exit taxes* otros gravámenes que tienen su origen en el traslado de residencia del contribuyente pero que no tienen por objeto directo el reconocimiento de las ganancias latentes por motivo del traslado⁴². Dentro de esta categoría se incluirían los supuestos de reversión de determinados beneficios fiscales vinculados al gravamen sobre la renta mundial de los que ha disfrutado el contribuyente migrante mientras era residente. Se trata en estos casos de la recaptura de pérdidas que hayan sido compensadas o de la reversión de provisiones deducibles, entre otros. La lógica de estas medidas es la de asegurar la simetría o coherencia en la imposición, de modo que beneficios fiscales vinculados al gravamen sobre la renta mundial y a la permanencia en el territorio sean efectivamente empleados para su finalidad prevista.

Finalmente, aunque difícilmente encuadrables en la categoría de los *exit taxes*, cabe apreciar una imposición de salida que tiene una finalidad meramente

normativa interna como un supuesto de realización presunta, el otro Estado tomará como base para el cálculo posterior de las ganancias de capital derivadas de los activos que hayan sido gravados por el Estado de origen el valor de mercado de los mismos, entendiendo que se hubiera procedido a una enajenación y posterior adquisición de los activos tras el cambio de residencia. Previsiones similares no han sido incluidas en otros CDIs dentro de la red de convenios canadienses en los últimos años [así, en el CDI con Hong Kong de 2012 (artículo 13.6) o en el CDI con Colombia, también de 2012 (art. 13.7)]. Estas provisiones evitan las posibles sobreimposiciones que podrían producirse como consecuencia de disparidad en los criterios valoración y de reconocimiento temporal (*valuation* y *timing mismatches*, respectivamente).

40. Vid., por todos, BARREIRO CARRIL, M. C., *Los impuestos directos y el Derecho de la Unión Europea...*, *op. cit.*, p. 212. Una clasificación más completa de los distintas clases de *exit taxes* puede verse en CEJIE, K., «Emigration Taxes – Several Questions, Few Answers...», *op. cit.*, pp. 383-384.
41. Cf. RUIZ ALMENDRAL, V., «Entre la discriminación y la armonización: el régimen fiscal del no residente en España a la luz del Derecho comunitario», *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación*, n° 307, 2008, p. 38.
42. Sobre ello, *vid.*, HERRERA MOLINA, P. M., «Exit taxes y Libertades Comunitarias...», *op. cit.*, pp. 3-5; MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M., «Los Impuestos de Salida y el Derecho Comunitario Europeo a la Luz de la Legislación Española», *Crónica tributaria*, n° 125, 2007, pp. 51 ss.

antiabusiva⁴³, encaminada a luchar contra los cambios de residencia artificiosos que tienen por objeto directo evitar supuestos de planificación a través del cambio de residencia que tengan por objeto el evitar la tributación de determinadas rentas o ganancias en el estado de origen a favor de su tributación en territorios o estados con una tributación menor. Aunque esta finalidad antiabuso puede ser también apreciada en las anteriores categorías, junto con la propia de asegurar la simetría en la imposición, lo cierto es que en estos casos, a diferencia de los anteriores, la finalidad antiabuso es la única que puede predicarse de estas medidas⁴⁴. Dentro de esta categoría cabría identificar paradigmáticamente los supuestos de extensión de residencia tras haberse producido el traslado.

III. LOS EXIT TAXES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

El ordenamiento tributario español contiene un número de supuestos de *exit taxes* y gravámenes asimilables en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF, en adelante) y del Impuesto sobre Sociedades (IS, en adelante). Aunque aquí no me voy a centrar en el estudio de cada una de estas medidas, sí que resulta de interés su mención a los efectos de clarificar el funcionamiento de estos mecanismos y contextualizarlas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF, en adelante) la medida más cercana a un *exit tax* en sentido estricto se encuentra prevista en el artículo 14.3⁴⁵. Dicho precepto ha sido modificado en 2012 a los efectos de adecuar su configuración con la libre circulación de personas en los términos previstos en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2012⁴⁶. El *exit tax* previsto en la LIRPF, tal y como ha quedado configurado en la actualidad, distingue entre los traslados de residencia a otro Estado miembro y los traslados a terceros Estados.

En relación con los supuestos de traslado a terceros Estados, el artículo 14.3 de la LIRPF prevé que cuando se haya verificado la pérdida de residencia, el contribuyente migrante deba incluir todas las rentas pendientes de imputación en su última autoliquidación del impuesto de que se trata, por tanto de una regla de devengo anticipado del impuesto motivada por el cambio de residencia⁴⁷. Ha de tenerse en cuenta que, a diferencia de lo que sucede en otros

43. Cf. MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M., «Los Impuestos de Salida y el Derecho Comunitario Europeo a la Luz de la Legislación Española», *op. cit.*, pp. 52-53 en relación con la medida prevista en el artículo 8.2 de la LIRPF.

44. *Ibid.*

45. Dicho precepto se desarrolla por el artículo 63 del Reglamento del IRPF (Real Decreto 439/2007) en lo que respecta a los aspectos formales para su aplicación.

46. STJ 12.7.2012, as. *Comisión c. España* (C-269/09).

47. Sobre ello, *vid.*, DE JUAN CASADEVALL, J., «El *exit tax* en el Derecho español: una perspectiva comunitaria», *Impuestos*, nº 11, 2010, p. 16; MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M., «Los Impuestos de Salida y el Derecho Comunitario Europeo a la Luz de la Legislación Española», *op. cit.*, pp. 51-52; RUIZ ALMENDRAL, V., «Entre la discriminación y la armonización...», *op. cit.*, p. 49; SANZ CLAVIJO, A., «El Criterio de Imputación

Estados, en España el periodo impositivo no finaliza con la pérdida de la condición de residente, sino que es en el momento del devengo en el que debe verificarse si un sujeto es o no residente en territorio español⁴⁸. En estos casos, el contribuyente que haya perdido la condición de residente deberá integrar las rentas pendientes de imputación en su última autoliquidación del impuesto a través, en su caso, de una autoliquidación complementaria a la de dicho ejercicio. La aplicación de esta regla de imputación temporal implica, según la propia LIRPF, que no sean de aplicación los intereses de demora, recargos o sanciones que, de conformidad con los artículos 26, 27 y 191 de la Ley General Tributaria (LGT, en adelante), pudieran ser exigibles en otro caso.

Esta previsión era aplicable también a los traslados a otros Estados miembros. Sin embargo, tras la reforma operada por la Ley 16/2012, en estos casos, el contribuyente migrante tendrá la opción de integrar estas rentas pendientes conforme se entiendan obtenidas de acuerdo con la normativa del IRPF⁴⁹. Estas rentas se irán integrando a través de autoliquidaciones complementarias a medida en que las citadas rentas se vayan obteniendo por el contribuyente. Esta previsión cumple con los dictados de la sentencia del Tribunal de Justicia a que he aludido y que examinaré más adelante, en la medida en que equipara la situación de la persona física que traslada su residencia al territorio de un Estado miembro con la de las personas físicas que mantienen su residencia en territorio español mediante la aplicación de los mismos criterios de imputación temporal⁵⁰.

Con todo, la aplicación de esta previsión determinaría la pérdida de la recaudación de ganancias que se generaron en el territorio español cuando se supere el plazo de prescripción previsto en el artículo 66 de nuestra LGT. Además, esta normativa podría ser considerada como un supuesto de *treaty override* en los casos en que el Estado de acogida haya suscrito un CDI con España, en la medida en que se gravan rentas y ganancias que se van a entender obtenidas en periodos en que la persona física migrante ya ha dejado de ser considerada residente en España⁵¹.

Junto a estos *exit taxes*, otra medida de notable relevancia en nuestro IRPF es la prevista en el artículo 8.2 de la LIRPF. Se trata de una medida con una clara finalidad antiabuso por la cual la pérdida de la residencia en España por

Temporal de Rentas del Artículo 14.3 LIRPF y su Consideración como Medida de Imposición de Salida», *Revista Peruana de Derecho Tributario*, vol. 3, n° 14, 2009, pp. 8-10.

48. En este sentido, *vid.* la observación de España al artículo 4 (residencia) del MCOCDE prevista en los Comentarios al MCOCDE, artículo 4, párr. 26.

49. Cf. DE MIGUEL MONTECUBIO, M. y FERNÁNDEZ DÁVILA, E., «Novedades en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en el Ejercicio 2012: Referencia a los Cambios Normativos y Doctrinales», *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, n° 361, 2013, pp. 38-39.

50. *Ibid.*

51. En este sentido, *vid.* DAURER, V., «Austria», *op. cit.*, pp. 274-276 cuando analiza la compatibilidad de la imposición de salida prevista en la normativa austriaca con los CDIs.

parte de un nacional español cuando tenga por objeto su traslado a un territorio calificado como paraíso fiscal no se entenderá producida en dicho periodo ni en los cuatro siguientes, de modo que seguirá siendo considerado residente en España. Se trata, por tanto de una regla de extensión de la residencia fiscal (*extended unlimited tax liability*)⁵². Esta medida establece una presunción *iuris et de iure* de residencia en España para evitar traslados de residencia a paraísos fiscales⁵³. Sin embargo, esta medida puede plantear dudas acerca de su compatibilidad con el Derecho de la Unión en la medida en que se trata de una medida antiabuso de carácter general contra la que no cabe prueba en contrario y es de aplicación a determinados territorios en los que las libertades fundamentales son plena o parcialmente aplicables⁵⁴.

En el ámbito del IS, a diferencia de lo que sucede en el IRPF, el traslado de la residencia fiscal determina *per se* la finalización del periodo impositivo y, consecuentemente, el devengo del impuesto⁵⁵. Como consecuencia de la pérdida de residencia en territorio español de la sociedad migrante, el artículo 17.1.a) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS, en adelante) establece que las ganancias latentes derivadas de los activos de la entidad migrante han de ser integradas en la base imponible del impuesto en el momento en que tenga lugar dicho traslado⁵⁶. La única excepción que se establece a esta regla se refiere a los supuestos en que los activos queden afectos a un EP de la entidad situado en territorio español. En dichos casos, las ganancias latentes no serán reconocidas con ocasión del traslado al extranjero de la residencia de la sociedad, sino que se atenderá para su reconocimiento a su efectiva realización o a la desafectación de los activos del EP para ser transferidos a otro EP situado fuera de España. Se trata, por tanto, de un *exit tax* en sentido estricto, encaminado a asegurar que España podrá gravar las plusvalías

52. Cf. MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M., «Los Impuestos de Salida y el Derecho Comunitario Europeo a la Luz de la Legislación Española», *op. cit.*, p. 52.

53. *Vid.*, por todos, SERRANO ANTÓN, F. y ALMUDÍ CID, J. M., «La residencia fiscal de las personas físicas en los convenios de doble imposición internacional y en la normativa interna española», *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación*, 2001, n.º 221-222, p. 99. Desde el punto de vista constitucional, la regla de extensión de residencia fiscal prevista en el artículo 8.2 de la LIRPF también merece reproche. Como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de diciembre de 2012 (rec. 2216/2011), «para que la Hacienda Pública pueda cumplir la importantísima función constitucional de que todos contribuyan a los gastos públicos, según su capacidad económica, mediante un sistema tributario justo... el legislador crea técnicas eficaces frente a los defraudadores... mediante un sistema de presunciones legales siempre que no sean *iuris et de iure* y permitan la prueba en contrario, pues el art. 24.2 de la CE rechaza rotundamente la responsabilidad objetiva y la inversión de la carga de la prueba» (Fundamento de Derecho 23º).

54. Sobre ello, *vid.* MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M., «Los Impuestos de Salida y el Derecho Comunitario Europeo a la Luz de la Legislación Española», *op. cit.*, pp. 52-53 y la STJ de 21.11.2002, as *X and Y* (C-436/00), apdo. 51.

55. Cf. artículos 26.2.b) y 27.1 del TRLIS.

56. Junto a esta previsión, el TRLIS también establece la tributación de las plusvalías latentes en los casos de cese de actividad de un EP [artículo 17.1.b)] y de las plusvalías derivadas de la transferencia de activos de un EP situado en España al extranjero [artículo 17.1.c)].

que habiéndose, generado en su territorio, no han sido realizadas antes de que eventualmente pueda perderse el derecho de imposición sobre las mismas por el cambio de residencia⁵⁷. Debe de tenerse en cuenta que la previsión contenida en el TRLIS es *a priori* compatible régimen previsto en la Directiva de fusiones relativo al traslado del domicilio social de las Sociedades anónimas europeas (SE, en adelante) y sociedades cooperativas europeas (SCE, en adelante) al que me referiré a continuación⁵⁸. Sin embargo, como me referiré posteriormente, esta previsión ha sido recientemente juzgada por el Tribunal de Justicia como incompatible con las libertades fundamentales en línea con su jurisprudencia sobre *exit taxes* derivados del traslado de la residencia de personas jurídicas.

Finalmente, en el ámbito del IS se establecen otros *exit taxes* en sentido amplio. Los más notorios son los previstos en relación con el régimen especial de las operaciones de reorganización empresarial⁵⁹. A grandes rasgos, dicho régimen establece el diferimiento del reconocimiento de las ganancias que pudieran ponerse de manifiesto con ocasión de la realización de determinadas operaciones de reestructuración empresarial, como son, entre otras, la fusión, escisión o canje de acciones⁶⁰. En el marco de estas operaciones, el régimen especial establece que a los socios de las sociedades transmitentes (la sociedad escindida en la escisión o la sociedad absorbida en la fusión por absorción), no les serán reconocidas las ganancias derivadas de los canjes de sus acciones siempre que mantengan las nuevas acciones recibidas el mismo valor fiscal que las entregadas a los efectos de calcular posteriores ganancias y pérdidas patrimoniales⁶¹. El diferimiento impositivo que así se logra se ve revertido, de conformidad con lo previsto en el artículo 88.3 del TRLIS, cuando el socio que se ha beneficiado del diferimiento pierda su condición de residente en territorio español. De este modo se asegura que las ganancias no reconocidas en virtud de la aplicación del régimen de diferimiento puedan posteriormente ser gravadas por España. Aunque esta medida no ha sido todavía examinada por el Tribunal de Justicia a la luz de las libertades comunitarias, lo cierto es que esta medida es

57. Vid. MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M., «Los Impuestos de Salida y el Derecho Comunitario Europeo a la Luz de la Legislación Española», *op. cit.*, pp. 67 ss. y la bibliografía referida en la nota al pie 39 (p. 68) en relación con los problemas relativos a la aplicación de esta previsión en el marco de la definición de residencia a efectos del TRLIS y en supuestos en que existe un CDI entre España y el Estado de acogida. En cualquier caso, entiendo, con los autores referidos, que la el artículo 17.1.a) del TRLIS es perfectamente aplicable a los supuestos en que se traslade la sede de dirección efectiva acompañada del traslado del domicilio social (p. 69).

58. Vid. LÓPEZ RIBAS, S., «Aspectos fiscales de las operaciones de reestructuración empresarial de carácter internacional», en CORDÓN EZQUERRO (dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, 3ª ed., vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007, pp. 1.599-1.600; PALAO TABOADA, C., «La modificación de la Directiva de fusiones», *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 268, 2005, pp. 29-30.

59. Este régimen se regula en el Capítulo VIII del Título VII del TRLIS (artículos 83-96).

60. Sobre la articulación de este régimen, *vid.*, entre otros, LÓPEZ RIBAS, S., «Aspectos fiscales de las operaciones de reestructuración empresarial de carácter internacional», en *op. cit.*, pp. 1.575 ss.

61. Cf. artículo 88.1 del TRLIS.

potencialmente incompatible con las libertades fundamentales, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁶².

IV. EL TRASLADO DE RESIDENCIA EN EL DERECHO DERIVADO: EL CASO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA Y LA SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA

Aunque en el ámbito de la imposición directa, la armonización positiva ha sido escasa como consecuencia del requisito de unanimidad para la adopción de medidas armonizadoras en esta área⁶³, dentro de los aspectos puntuales que han sido objeto de armonización, se encuentra el supuesto del traslado del domicilio de las SE y SCE. Estos supuestos se integraron dentro del régimen fiscal común previsto en la Directiva de fusiones tras su reforma en el año 2005⁶⁴, sin que dicho régimen haya sido extendido a otros tipos sociales. Como señalan los considerandos de la Directiva de fusiones, el objetivo de la misma es el de establecer un régimen fiscal común para determinadas operaciones de reorganización empresarial de dimensión transfronteriza que asegure que el factor fiscal no se erija en un obstáculo para su realización⁶⁵. Dicho objetivo se logra a través de un complejo sistema encaminado al diferimiento del reconocimiento de las ganancias que pudieran surgir como consecuencia de la realización de una operación de reorganización empresarial.

Este régimen fiscal común se basa en el establecimiento de normas neutrales respecto de la competencia⁶⁶, que garantizan que la decisión de realizar una operación de reorganización empresarial no se verá desincentivada –ni incentivada– por el factor fiscal. Para ello, se establece que las ganancias que pudieran surgir como consecuencia de la realización de estas operaciones de reorganización empresarial no van a ser gravadas en el momento de su realización, sino

62. Cf. DE JUAN CASADEVALL, J., «El *exit tax* en el Derecho español...», *op. cit.*, p. 17; MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M., «Los Impuestos de Salida y el Derecho Comunitario Europeo a la Luz de la Legislación Española», *op. cit.*, pp. 69-70.

63. Sobre la armonización en materia de impuestos directos y los motivos para su rechazo por parte de los Estados miembros, *vid.* BARREIRO CARRIL, M. C., *Los impuestos directos y el Derecho de la Unión Europea...*, *op. cit.*, pp. 127-139.

64. El texto originario de la Directiva de fusiones era el previsto por la Directiva 90/434/CEE. La modificación de la Directiva 90/434/CEE se produjo por la Directiva 2005/19/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005. En la actualidad, la versión consolidada de la Directiva de fusiones es la prevista en la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19.10.2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro (DOUE, n° L 310, de 25.11.2009). Sobre esta modificación, *vid.* PALAO TABOADA, C., «La modificación de la Directiva de fusiones», *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, n° 268, 2005, pp. 5 ss.

65. Cf. considerando 2° de la Directiva de fusiones.

66. Cf. considerando 2° de la Directiva de fusiones y CERIONI, L., *EU corporate law and EU company tax law. Corporations, Globalisation and the Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2007, pp. 4-5; NAVARRO EGEA, M., *Fiscalidad de la reestructuración empresarial. Fusión y escisión*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 139.

que dicho gravamen se verá pospuesto hasta el momento en que tenga lugar la enajenación definitiva de los activos cuya enajenación dé lugar a dichas ganancias⁶⁷. Para evitar que la aplicación de estas reglas pudiera suponer una pérdida recaudatoria para los Estados miembros, el régimen fiscal común establece requisitos en relación con el mantenimiento de los derechos de imposición de los Estados que han de aplicar este régimen a través de la interrelación entre reglas de continuidad valorativa y determinados puntos de conexión aceptados en el ámbito de la fiscalidad internacional⁶⁸.

En el caso del traslado del domicilio social de una SE o SCE,⁶⁹ que determine o no la pérdida de la residencia de la entidad en cuestión en su Estado de origen a favor de otro Estado miembro⁷⁰, la Directiva establece la obligación del Estado miembro de origen de abstenerse de gravar las ganancias que pudieran entenderse obtenidas como consecuencia de dicho traslado⁷¹. Esta obligación, no obstante, está sujeta al requisito de que los activos que dieran lugar a tales ganancias queden afectos a un EP en el territorio del Estado de origen y se mantenga la valoración de los mismos a los efectos del cálculo de posteriores plusvalías y amortizaciones. De este modo, se asegura la posibilidad de que el Estado de origen pueda gravar las plusvalías latentes no recaudadas y otras rentas obtenidas a través del EP con ocasión del traslado del domicilio de acuerdo con los reglas de distribución de los derechos de imposición previstas en los CDIs⁷². El funcionamiento de estas reglas puede apreciarse en el siguiente ejemplo:

Una SE residente en el Estado A traslada su domicilio y, eventualmente, su residencia fiscal al Estado B. Los activos de la sociedad migrante tienen un valor de adquisición de 100 unidades monetarias, siendo su valor de mercado conjunto de 500. Si los activos se afectan a un EP de la sociedad migrante en el Estado A y se mantiene su valoración, tanto las posteriores ganancias, como los beneficios empresariales que se pudieran obtener como consecuencia de la venta de estos activos serán gravados sin limitación alguna por el Estado de origen de conformidad con lo previsto en los artículos 7 y 13 del

67. Cf. HOFSTÄTTER, M. y HOHENWARTER, D., «The Merger Directive», en LANG, M. *et al.* (eds.), *Introduction to European Tax Law: Direct Taxation*, Linde, Viena, 2010, pp. 119-120.

68. Vid. LARKING, B., «Permanent Confusion? The Role of the Permanent Establishment in the Merger Directive», *European Taxation*, vol. 32, n° 9, 1992, pp. 307 ss.; TERRA, B. J. M. y WATTEL, P. J., *European Tax Law*, 5th ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008, p. 539.

69. El régimen mercantil de la sociedad anónima europea se encuentra regulado en el Reglamento (CE) n° 2157/2001, del Consejo (DOUE, n° L 294, de 10.11.2001). En el caso de las sociedades cooperativas europeas, el régimen mercantil se encuentra previsto en el Reglamento (CE) n° 1435/2003, del Consejo (DOUE, n° L 207, de 18.8.2003).

70. Sobre los dos supuestos de hecho cubiertos por esta previsión (traslado del domicilio social acompañado o no de pérdida de residencia), *vid.* PALAO TABOADA, C., «La modificación de la Directiva de fusiones», *op. cit.*, p. 29.

71. Artículo 12 de la Directiva de fusiones.

72. Cf. artículos 7.1, 10.5, 11.5, 12.3, 13.2 y 21.2 del MCOCDL.

MCOCDE. De este modo se garantiza que el estado de origen mantendrá sus intereses recaudatorios intactos, al tiempo que se evita que la sociedad migrante vea desincentivada dicha operación o incentivada a través de la posibilidad de que las ganancias generadas en un Estado se vieran sometidas a gravamen por un Estado distinto o se pudiera evitar cualquier gravamen.

La aplicación de esta previsión no requiere que todos los activos de la sociedad migrante se afecten al EP, ni que todos ellos mantengan su valoración a efectos fiscales⁷³. En efecto, cuando no se cumplan dichos requisitos, no será de aplicación la regla encaminada a diferir la tributación de las ganancias derivadas del traslado del domicilio en relación con los activos que no se afecten al EP o que se beneficien de una revaloración.

Debe de tenerse en cuenta que la Directiva de fusiones no establece una regla de tributación automática de las ganancias derivadas del traslado del domicilio de una SE o SCE, sino que se trata de una *non-rule*, ante la cual los Estados miembros aplicarán su derecho interno, cuya compatibilidad con las libertades fundamentales será eventualmente contrastada⁷⁴. De este modo, cabe pensar que en supuestos en que a pesar de que no se cumplan los requisitos previstos en la Directiva de fusiones por parte de la sociedad migrante, el gravamen inmediato por parte del Estado de origen fuera contrario a las libertades fundamentales, concretamente, a la libertad de establecimiento⁷⁵. Esta situación no es descabellada a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con los impuestos de salida y a la que me referiré a continuación.

Junto a esta regla básica a nivel societario, en relación con los socios de la sociedad migrante, la Directiva de fusiones prevé que no puedan ser gravados por las ganancias que se consideraran obtenidas a nivel del socio por el traslado del domicilio⁷⁶. Esta obligación se extiende a todo Estado miembro afectado, no únicamente al Estado de origen de la sociedad migrante, sino que incluye a otros Estados miembros como puede ser el de la residencia del socio, en el caso en que fuera el mismo que el Estado de origen de la sociedad migrante⁷⁷. Esta obligación se configura independientemente del cumplimiento de los requisitos para el mantenimiento del derecho de imposición sobre las ganancias latentes a nivel societario. Por otro lado, la Directiva aclara que la enajenación posterior de las acciones en la sociedad migrante podrá ser gravada con normalidad⁷⁸.

Junto con estas reglas relativas a los efectos en el corto plazo de las operaciones de traslado del domicilio social de una SE o SCE, la Directiva establece reglas acerca del tratamiento de las reservas o provisiones parcial o totalmente

73. Vid. artículo 12.2 en relación con el artículo 4.1 de la Directiva de fusiones.

74. Cf. SCHÖN, W., «Tax Issues and Constraints on Reorganizations and Reincorporations in the European Union», *Tax Notes International*, 12.4.2004, p. 202.

75. Vid., por ejemplo, TERRA, B. J. M. y WATTEL, P. J., *European Tax Law*, *op. cit.*, p. 540.

76. Cf. artículo 14 de la Directiva de fusiones.

77. Cf. HOFSTÄTTER, M. y HOHENWARTER, D., «The Merger Directive», *op. cit.*, p. 146, *in fine*.

78. Cf. artículo 14.2 de la Directiva de fusiones.

exentas de que pudiera disfrutar la sociedad migrante en su estado de origen antes de realizar el traslado. En relación con este extremo, la Directiva establece el mantenimiento de estas exenciones en sede del EP situado en el estado de origen bajo las mismas condiciones en que vinieran siendo aplicadas, siempre que las reservas o provisiones no se derivaran de un EP situado en otro Estado⁷⁹. Finalmente, en relación con las pérdidas pendientes de compensar, tanto en ejercicios futuros (*carry-forward rules*) o pasados (*carry-back rules*), la Directiva establece una suerte de cláusula de no discriminación por la que dichas pérdidas podrán ser compensadas por el EP siempre que una sociedad residente en el Estado de origen pudiera hacerlo y bajo las mismas condiciones⁸⁰.

Este sistema de imposición común en el ámbito del traslado de residencia de las SE y SCE, puede entenderse superado por la acción del tribunal de Justicia de la Unión europea. En efecto, en la actualidad es cuestionable que el gravamen automático de las ganancias latentes cuando no se cumplan los requisitos de mantenimiento de un EP en el Estado de origen, opción que parece a todas luces compatible con la Directiva como consecuencia de su silencio sobre este extremo, sea compatible con la jurisprudencia del TJUE sobre imposición de salida en el ámbito del traslado de residencia de personas jurídicas⁸¹.

V. LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE SOBRE EXIT TAXES

Aunque el TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse indirectamente en algunos asuntos relativos al traslado de residencia de personas físicas y jurídicas y acerca de determinados impuestos de salida en sentido amplio o de las consecuencias fiscales derivadas de la pérdida de residencia en diversas sentencias desde finales de la década de los ochenta⁸², no fue hasta 2004 cuando el TJUE examinó directamente la compatibilidad de los impuestos de salida en sentido estricto con la libertad de establecimiento en el asunto *de Lasteyrie du Saillant*⁸³.

79. Cf. TERRA, B. J. M. y WATTEL, P. J., *European Tax Law*, *op. cit.*, p. 538.

80. Vid. HOFSTÄTTER, M. y HOHENWARTER, D., «The Merger Directive», *op. cit.*, pp. 123-124

81. Esta consecuencia ya parecían advertirla, entre otros, MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M., «Los Impuestos de Salida y el Derecho Comunitario Europeo a la Luz de la Legislación Española», *op. cit.*, p. 74. WATTEL, por su parte, plantea directamente la posibilidad de que la Directiva sea contraria al Derecho primario –interpretado por el TJUE– al establecer un régimen discriminatorio para las SE y SCE. Vid. WATTEL, P., «Exit Taxation in the EU/EEA Before and After *National Grid Indus*», *Tax Notes International*, 30.1.2012, p. 379. En mi opinión del silencio de la Directiva difícilmente pueda extraerse dicha conclusión, sino que la interpretación del TJUE contribuye a llenar dicho silencio en el sentido de no considerar que allí donde la Directiva no obliga a diferir la exigencia del impuesto sobre las plusvalías, el Estado de origen pueda exigir-las.

82. Vid., entre otras, las SSTJ de 27.9.1988, as. *Daily Mail* (81/87); de 8.5.1990, as. *Biehl* (C-175/88); o, de 23.2.2006, as. *Van Hilten* (C-513/0). Un estudio de estas sentencias, junto con las distintas sentencias sobre la movilidad de sociedades desde la perspectiva mercantil, puede verse en ZERNOVA, D., «Exit taxes on Companies in the Context of the EU Internal Market», *Intertax*, vol. 39, núm. 10, 2011, pp. 472 ss.

83. STJ de 11.3.2004, as. *de Lasteyrie du Saillant* (C-9/02).

Dicho asunto se refería a un supuesto de traslado de residencia de una persona física y sentó las bases para la posterior jurisprudencia en relación con el traslado de la residencia de personas jurídicas. Con todo, como se verá, el Tribunal ha optado por realizar una distinción, en cierta medida artificial, a la hora de analizar estos últimos casos. Tras la sentencia en el asunto *de Lasteyrie du Saillant*, la Comisión Europea publicó su comunicación sobre imposición de salida y coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros⁸⁴, la cual ha servido de base para la apertura de distintos procedimientos de infracción contra varios Estados miembros, entre otros España, en relación con sus previsiones en materia de impuestos de salida⁸⁵.

A efectos de estructurar el análisis de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en primer lugar me referiré a los pronunciamientos relativos a los supuestos del traslado del domicilio de personas físicas. En segundo lugar, como introducción a la jurisprudencia sobre *exit taxes* a nivel corporativo, me referiré a la comunicación de la Comisión Europea sobre la imposición de salida. Finalmente, analizaré los pronunciamientos del Tribunal de Justicia sobre *exit taxes* en el ámbito del traslado de residencia de personas jurídicas.

A. EL TRASLADO DE LA RESIDENCIA DE PERSONAS FÍSICAS

1. *De Lasteyrie du Saillant*

El primer pronunciamiento del Tribunal de Justicia acerca de la compatibilidad de los *exit taxes* en sentido estricto con las libertades fundamentales se produjo en la sentencia de 11 de marzo de 2004 en el asunto *de Lasteyrie du Saillant*. El supuesto de hecho se refería a la imposición de un gravamen de salida por parte de Francia a una persona física que procedió a trasladar su residencia a Bélgica. El gravamen se exigía sobre las ganancias latentes derivadas de la titularidad de una participación sustancial en una sociedad francesa por parte de la persona física migrante con la mera ocasión del cambio de residencia. Aunque el gravamen se exigía de modo inmediato, la legislación francesa preveía la posibilidad de que los contribuyentes que desplazaran su residencia pudieran aplazar su pago mediante la constitución de garantía. En el caso de que este aplazamiento fuera concedido, si las acciones seguían formando parte del patrimonio del contribuyente migrado al cabo de cinco años, no se procedería a exigir el gravamen.

Como puede apreciarse, la normativa francesa tenía una clara finalidad

84. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo de 19 de diciembre de 2006, *Imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros* [COM(2006) 825 final].

85. Así ha sucedido, entre otros, en los casos de Bélgica (ref. 2008/4250); Dinamarca (ref. 2008/2157), España (ref. 2007/2382), Países Bajos (ref. 2008/2207), Portugal (2007/2365) o Suecia (2007/2372).

antiabuso⁸⁶, siendo su objetivo el de evitar que a través de un cambio de residencia se evitara el pago de los impuestos franceses y el contribuyente posteriormente retornara a su estado de origen. Por ello, la medida francesa excluía de imposición a los cambios de residencia en que se superara el *holding period* de 5 años, al implicar dicha superación la ausencia de una finalidad abusiva⁸⁷.

La primera cuestión que se planteó era si había alguna libertad fundamental que se viera vulnerada o restringida por este gravamen. El Tribunal de Justicia identificó la libertad de establecimiento como la libertad fundamental que podría verse restringida de acuerdo con la cuestión planteada por el tribunal nacional⁸⁸. Con la medida referida el Estado de destino limitaba el derecho de establecimiento de los contribuyentes franceses, disuadiéndolos de instalarse en otro Estado miembro. Como señala T. O'SHEA, el TJUE aplica el *migrant/non-migrant test* a la hora de determinar la existencia de una restricción del derecho de establecimiento por la comparación entre el contribuyente que ejerce la libertad de establecimiento y el contribuyente que permanece en territorio nacional⁸⁹.

A la hora de examinar las causas de justificación alegadas para que la medida pudiera ser considerada compatible con las libertades fundamentales, el Tribunal descarta que la justificación de la medida como mecanismo para la prevención del fraude fiscal pueda ser considerada al tratarse de una presunción general aplicable a todos los casos de traslado de la residencia, sin que tenga por objeto exclusivo combatir situaciones puramente evasivas⁹⁰. Otras causas de justificación alegadas en el procedimiento, como eran el argumento basado en la coherencia fiscal y el argumento basado en el equilibrio del reparto del poder tributario fueron descartadas en la medida en que el régimen fiscal francés trataba de hacer frente a determinadas conductas abusivas sin atender a dichos argumentos⁹¹. De este modo, el Tribunal determinó la incompatibilidad del *exit tax* francés con la libertad de establecimiento, al no poder justificarse el gravamen tal y como estaba configurado como un mecanismo para prevenir el riesgo de evasión fiscal de acuerdo con la doctrina sobre el abuso de las libertades fundamentales⁹².

86. Cf. apdo. 24 de la STJ de 11.3.2004, as. *de Lasteyrie du Saillant* (C-9/02). A este respecto, *vid.*, HERRERA MOLINA, P. M., «Exit taxes y Libertades Comunitarias...», *op. cit.*, p. 10; MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M., «Los Impuestos de Salida y el Derecho Comunitario Europeo a la Luz de la Legislación Española», *op. cit.*, p. 52.

87. Cf. el apdo. 27 de la STJ de 11.3.2004, *cit.*

88. Cf. el apdo. 40 de la STJ de 11.3.2004, *cit.* y las conclusiones del Abogado General J. MISCHO, as. *de Lasteyrie du Saillant*, presentadas el 13.3.2003, apdos. 15 ss.

89. *Vid.* HERRERA MOLINA, P. M., «Exit taxes y Libertades Comunitarias...», *op. cit.*, pp. 21-22; O'SHEA, T., *EU Tax law and Double Tax Conventions*, Avoir Fiscal Limited, Londres, 2008, p. 42. Debe de tenerse en cuenta, que, como señala BARREIRO CARRIL, M. C., «Los impuestos directos y el Derecho de la Unión Europea...», *op. cit.*, p. 215, en este caso nos encontramos ante una restricción discriminatoria.

90. Cf. el apdo. 52 de la STJ de 11.3.2004, *cit.* y PANAYI, C. H. J. I., *European Union Corporate Tax Law*, *op. cit.*, pp. 311-312.

91. Cf. los apdos. 61-68 de la de la STJ de 11.3.2004, *cit.*

92. Sobre la postura del TJUE en relación con la aplicación de las normas nacional antia-

2. N

En el asunto N⁹³, el Tribunal de Justicia volvió a examinar la compatibilidad de un *exit tax* con las libertades fundamentales, en este caso el *exit tax* cuestionado era el previsto en la normativa neerlandesa. En el supuesto de hecho, una persona física residente en Países Bajos trasladó su residencia a Reino Unido. La persona migrante era socio único de diversas sociedades neerlandesas. Como consecuencia del traslado de la residencia de dicho socio, se liquidó el *exit tax* correspondiente sobre las ganancias latentes, aunque el contribuyente obtuvo un aplazamiento del pago del impuesto mediante la constitución de garantías. Posteriormente, tras la sentencia en el asunto *de Lasteyrie du Saillant*, la Administración tributaria de Países Bajos acordó liberar de las garantías constituidas al deudor.

Sobre este marco se planteó la compatibilidad de la medida prevista en el derecho neerlandés con las libertades fundamentales al considerar que la obligación de constituir garantías para aplazar el pago del *exit tax* constituía un obstáculo a la libertad de establecimiento. Tras reconocer que en el asunto en cuestión era la libertad de establecimiento la que se encontraba en juego⁹⁴, el Tribunal analiza la posible existencia de una restricción al derecho de establecimiento a través del citado *migrant/non-migrant test*, concluyendo que los requisitos exigidos por la normativa neerlandesa para aplazar el pago del impuesto de salida, particularmente en lo referido a la necesidad de constituir garantías, suponía una restricción del citado derecho⁹⁵. Debe destacarse que en N, el Tribunal encuentra justificado el establecimiento del *exit tax* en el equilibrio del reparto de los derechos de imposición entre los Estados miembros, frente a la justificación basada en la prevención del abuso esgrimida en *de Lasteyrie du Saillant* por la distinta configuración del gravamen⁹⁶.

Sin embargo, la obligación de constituir garantías en este supuesto para poder proceder al aplazamiento del pago del impuesto de salida es considerada por el Tribunal como una medida desproporcionada al ir «*más allá de lo estrictamente necesario para garantizar el funcionamiento y la eficacia de tal régimen tributario basado en el principio de territorialidad fiscal*»⁹⁷. Amparándose en el

buso en el marco del ejercicio de las libertades fundamentales, *vid.*, por todos, RUIZ ALMENDRAL, V., «Tax Avoidance and the European Court of Justice: What is at Stake for European General Anti-Avoidance Rules?», *Intertax*, vol. 33, n° 12, 2005, pp. 560 ss.

93. STJ de 7.9.2006, as. N (C-470/04).

94. *Vid.* apdos. 26-27 de la STJ de 7.9.2006, *cit.*, y apdos. 30-42 las conclusiones de la Abogado General J. KOKOTT, as. N, presentadas el 30.3.2006.

95. *Vid.*, por todos, VAN DEN HURK, H. y KORVING, J., «The ECJ's Judgement in the N Case against the Netherlands and its Consequences for Exit taxes in the European Union», *Bulletin for International Taxation*, vol. 61, n° 4, 2007, pp. 152 ss.

96. Cf. VAN DEN HURK, H. y KORVING, J., «The ECJ's Judgment in the N Case...», *op. cit.*, p. 153.

97. Apdo. 51 de la STJ de 7.9.2006, *cit.*

razonamiento de la Abogado General J. KOKOTT⁹⁸, el Tribunal considera que existen otras medidas menos restrictivas del derecho de establecimiento que permiten que el Estado de origen pueda salvaguardar su derecho de imposición, en concreto, se refiere el Tribunal al sistema de asistencia mutua previsto en la Directiva 77/799/CEE⁹⁹, el cual permitiría al Estado de origen recabar la asistencia del Estado de destino para proceder a recaudar correctamente el impuesto.

Por otro lado, el Tribunal se pronuncia acerca de los aspectos relativos a la tributación en el largo plazo de las ganancias latentes que se ponen de manifiesto en estas operaciones. Se refiere el Tribunal a la posibilidad de que tras haberse liquidado el impuesto por el Estado de origen en el momento del traslado de residencia, se produjeran minusvalías en los activos sobre los que se calculan las ganancias latentes cuando sean posteriormente enajenados¹⁰⁰. En la opinión del Tribunal, esta circunstancia puede ser desproporcionada si las ganancias no son reconocidas por el Estado de origen, ni por el de destino, de modo que el Estado de origen deberá tener en cuenta dichas pérdidas a los efectos de liquidar el impuesto de salida en el caso de que las minusvalías no fueran tenidas en cuenta por el Estado de destino¹⁰¹. Dicha conclusión del Tribunal, aunque criticable desde la perspectiva del principio de territorialidad en la imposición, se encuentra en línea con el *always somewhere approach* seguido por el Tribunal en los últimos años¹⁰².

3. Comisión c. España

Finalmente, en la sentencia de 12 de julio de 2012¹⁰³, derivada de un procedimiento de infracción iniciado por la Comisión Europea contra España,

98. Cf. apdos. 52-53 de la STJ de 7.9.2006, cit., apdo. 113 de las conclusiones generales de la Abogado General y SMIT, D., «Are the Days of Exit Taxes in the EU Numbered?», *Tax Notes International*, de 11.10.2010, pp. 99 ss.
99. Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos y los impuestos sobre las primas de seguros (DOUE, n° L 336, de 27.12.1977). Esta Directiva ha sido posteriormente modificada por las Directivas 79/1070/CEE; 92/12/CEE; 2003/93/CE; 2004/56/CE; 2004/106/CE y 2006/98/CE.
100. Cf. apdo. 54 de la STJ de 7.9.2006, cit..
101. Cf. apdo. 55 de la STJ de 7.9.2006, cit..
102. Vid. BARREIRO CARRIL, M. C., «La compensación transnacional de pérdidas empresariales y el principio de territorialidad en la jurisprudencia del TJUE: la necesidad de una Base Imponible Común Consolidada», en GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., *Encuentro de Derecho Financiero y Tributario (1ª ed.) «Desafíos de la Hacienda Pública Española» (2ª Parte): La Reforma del Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2012, pp. 59 ss.; TERRA, B. J. M. y WATTEL, P. J., *European Tax Law, op. cit.*, pp. 733-737. De acuerdo con este enfoque, y de modo simplificado, el contribuyente que realiza operaciones transfronterizas no debe perder el derecho a la deducción de, entre otras, pérdidas generadas en el Estado de realización de las actividades (Estado de la fuente) como consecuencia de «cruzar la frontera». De este modo, en el caso de que el contribuyente no pueda deducir dichas pérdidas en el Estado de la fuente, el Estado de la residencia estará obligado a permitir dicha deducción, aun cuando las pérdidas no guarden nexo con las actividades realizadas dentro de su territorio.
103. STJ de 12.7.2012, as. *Comisión c. España* (C-269/09).

a la que ya he hecho referencia, el Tribunal de Justicia declaró la incompatibilidad del impuesto de salida previsto en nuestra LIRPF con las libertades de circulación de trabajadores y de establecimiento. El razonamiento del Tribunal descansa de nuevo sobre el *migrant/non-migrant test*, comparando la situación del contribuyente migrante con la del contribuyente que permanece en España en el caso de que traslade su domicilio a otra Comunidad Autónoma. Como ya he señalado, la normativa española preveía que el residente español que perdiera su residencia en España debía proceder a imputar todas las rentas pendientes de imputación en su última declaración del IRPF. Se produce así un anticipo del pago del impuesto en el caso del contribuyente migrante, frente al contribuyente que permanece en el Estado de origen con la consiguiente desventaja de tesorería.

La principal alegación para justificar dicha normativa era la de las dificultades prácticas existentes para la recaudación del impuesto en el caso de que el contribuyente migrante se beneficiara el diferimiento impositivo tras la pérdida de la residencia en territorio español¹⁰⁴. De modo consistente con su posición en *N*, el Tribunal descarta que la restricción a las libertades fundamentales ocasionada por el gravamen pueda ser proporcionada al existir otros mecanismos menos gravosos previstos en el Derecho derivado que permitirían al Estado de origen asegurar la efectividad de la recaudación de las rentas pendientes de imputación¹⁰⁵.

Junto a esta primera alegación, se plantearon dos posibles causas de justificación basadas en el equilibrio del reparto del poder tributario y en la coherencia del sistema tributario. La primera causa de justificación es rechazada frontalmente por el Tribunal en la medida en que la normativa española al proceder al cómputo previo de las rentas pendientes de imputación, aunque su recaudación se viera pospuesta hasta el momento del cambio de residencia, no planteaba ningún conflicto entre los derechos de imposición del Estado de origen y del Estado de destino¹⁰⁶. Por otra parte, la justificación basada en la coherencia

104. Cf. apdo. 32 de la STJ de 12.7.2012, cit..

105. Cf. apdo. 69 ss. de la STJ de 12.7.2012, cit. El Tribunal hace referencia, además de a la Directiva sobre asistencia mutua, a las Directivas sobre asistencia en materia de recaudación [Directiva 76/308/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1976, referente a la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos resultantes de operaciones que formen parte del sistema de financiación del Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola, así como de las exacciones reguladoras agrícolas y de los derechos de aduana, y relativa al impuesto sobre el valor añadido (*DOUE*, nº L 73, de 19.3.1976) y Directiva 2008/55/CE del Consejo, de 26 de mayo de 2008, sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinadas exacciones, derechos, impuestos y otras medidas. En la actualidad el marco normativo para la asistencia en materia de recaudación se encuentra regulado por la Directiva 2010/24/EU del consejo, de 16 de marzo de 2010, sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas (*DOUE*, nº L 150, de 10.6.2008)].

106. RUIZ ALMENDRAL defendía la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la previsión del artículo 14.3 de la LIRPF sobre la base de *N*, en que se considera el *exit tax* holandés conforme con el reparto del poder tributario a nivel transfronterizo. *Vid.* RUIZ ALMENDRAL, V., «Entre la discriminación y la armonización...», *op. cit.* pp. 49-50.

del sistema tributario interno es rechazada al no demostrarse, a juicio del Tribunal, la existencia de una relación directa entre el gravamen anticipado de las rentas pendientes de imputación y la ventaja derivada del diferimiento en el reconocimiento de las rentas ya devengadas pero no imputadas¹⁰⁷.

4. *Los efectos de la jurisprudencia del TJUE en el caso del traslado de la residencia de personas físicas*

Como puede apreciarse, la posición del Tribunal en relación con los *exit taxes* exigidos como consecuencia del traslado de residencia de personas físicas ha sido bastante estricta. A pesar de considerar que dichos gravámenes pueden ser compatibles con las libertades fundamentales, el Tribunal ha rechazado distintos aspectos relativos a la gestión de estos gravámenes. Es claro que el contribuyente migrante se enfrenta a un gravamen exigido sobre ganancias no realizadas, frente al principio básico de realización para el reconocimiento de ganancias que operaría en el contexto puramente interno.

Sin embargo, dicho gravamen se encuentra justificado por los principios básicos del reparto del poder tributario desde una perspectiva transfronteriza al corresponder el derecho de imposición sobre las ganancias generadas hasta el cambio de residencia al Estado de la residencia de la persona migrante. Ahora bien, el Tribunal ha expresado su preocupación en relación con las desventajas de tesorería que tendrían lugar de gravarse dichas ganancias sin que se hayan realizado, excluyendo el gravamen inmediato de las ganancias latentes o rentas pendientes de imputación sin que se permita al contribuyente optar por el criterio de realización para hacer frente al gravamen. Dicha opción, de conformidad con la posición del Tribunal, no puede encontrarse sometida a condiciones para facilitar la recaudación más gravosas que las que se derivan del marco de cooperación interadministrativa entre Estados miembros previstos en la Directiva sobre asistencia mutua.

B. LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE LOS IMPUESTOS DE SALIDA

A finales de 2006 la Comisión Europea emitió su comunicación acerca de la imposición de salida y la necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados Miembros¹⁰⁸. El punto de partida de dicha comunicación lo constituían los pronunciamientos del Tribunal de Justicia en los asuntos *de Lasteyrie du Saillant y N*, es decir, dos asuntos relativos a *exit taxes* en el caso

Sin embargo, frente a lo que sucedía en el caso *N*, en que lo que se estima contrario al Derecho de la Unión, *in fine*, es la exigencia de aportar garantía para acceder al diferimiento de la exigencia del *exit tax*, en el caso español, como ha señalado el Tribunal de Justicia, la medida no es justificable sobre la base del equilibrio en el reparto del poder tributario admitida en *N*. Sobre ello, *vid.*, los apdos. 76-82 de la STJ de 12.7.2012, cit..

107. Cf. apdos. 83-88 de la STJ de 12.7.2012, cit.

108. *Vid. supra* nota 84.

del cambio de residencia de personas físicas. La comunicación de la Comisión tenía un alcance más amplio que el propio de la imposición de salida en el caso de personas físicas, analizando también las implicaciones de los pronunciamientos del Tribunal en relación con el traslado de residencia de personas jurídicas, así como aspectos relativos a traslados a terceros Estados y a Estados EFTA. Me voy a centrar aquí únicamente en lo relativo a los casos de traslado de residencia de personas jurídicas a otros Estados miembros, por su relevancia en relación con los pronunciamientos a que me voy a referir a continuación.

La Comisión comienza planteando la posibilidad de que el régimen fiscal aplicable al traslado de residencia de las SE y SCE tal y como se encuentra previsto en la Directiva de fusiones se vea influenciado por la doctrina emanada del Tribunal en el asunto *de Lasteyrie du Saillant* en lo que respecta a los aspectos en que la Directiva no se pronuncia expresamente, esto es, en relación con el gravamen de las plusvalías derivadas de los activos que no queden afectos a un EP en el territorio del Estado de origen¹⁰⁹. Igualmente se refiere la Comisión a los supuestos de operaciones internas de una sociedad que impliquen la transferencia de activos de la casa central a un EP en otro Estado miembro o entre EPs situados en distintos Estados miembros¹¹⁰.

La Comisión plantea que la imposición inmediata sobre las plusvalías latentes en estos escenarios pueda constituir un trato diferenciado y, potencialmente, una restricción de la libertad de establecimiento¹¹¹. Por ello, plantea la aplicación de la doctrina del TJUE en *de Lasteyrie du Saillant* al traslado de la residencia fiscal de personas jurídicas, de modo que se evite dicha imposición inmediata. Asimismo, se plantea que la posposición del gravamen sobre las plusvalías latentes no deba estar subordinada a condiciones más gravosas que el cumplimiento de determinados deberes de información con el objeto de evitar obstáculos para la libertad de establecimiento en estos casos¹¹².

Finalmente, la Comisión examina los problemas en el largo plazo que po-

109. Cf. p. 6 de la Comunicación de la Comisión sobre imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros.

110. Como señala la Comisión (p.6 de la Comunicación de la Comisión sobre imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros), en *de Lasteyrie du Saillant*, aunque el TJUE no hace menciones específicas a la extensión de su doctrina a personas jurídicas, el empleo del término contribuyente en este pronunciamiento, en lugar de persona física o individuo, había llevado a la doctrina a plantear esta posibilidad. No obstante, ha de tenerse en cuenta que el TJUE sí que había realizado previamente una distinción fundamental entre personas físicas y jurídicas en lo que respecta al ejercicio del derecho de establecimiento en *Daily Mail*. Como señaló el TJUE, frente a los individuos, que tienen un derecho ilimitado a migrar a otro Estado miembro, en el caso de las personas jurídicas, al ser creaciones del derecho nacional, la migración puede verse limitada por los puntos de conexión requeridos por el derecho interno (cf. párr. 19 de la sentencia *Daily Mail*). Sobre ello, *vid.*, ZERNOVA, D., «Exit taxes on Companies...», *op. cit.*, p. 476.

111. *Vid.* p. 7 de la Comunicación de la Comisión sobre imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros.

112. *Ibid.*

drían producirse como consecuencia de la superposición de los derechos de imposición de los Estados de origen y de destino por la interacción de distintas reglas de valoración. La Comisión plantea los problemas de doble imposición y de doble no imposición que podrían producirse como consecuencia de las diferencias en la atribución del valor de los activos entre los Estados miembros de origen y de destino. La Comisión analiza y propone distintas alternativas para solucionar estos problemas con base en el reconocimiento mutuo de los valores de mercado en el caso de que el Estado de origen haya procedido a cuantificar las ganancias y en el caso de que se aplicara un diferimiento basado en la continuidad valorativa (*roll-over relief*) con el objeto de evitar posibles situaciones de sobreimposición y de desimposición, respectivamente. En defecto de dicho reconocimiento, la Comisión plantea la posibilidad de que los instrumentos de coordinación supranacionales, en particular el convenio de arbitraje¹¹³, pudieran servir para mejorar la coordinación en este extremo. Finalmente, se plantean determinados escenarios en que el reconocimiento del devengo de las ganancias puede desviarse de la regla de realización y las posibilidades de extensión de las reglas internas de reconocimiento a dichas situaciones¹¹⁴.

C. EL TRASLADO DE LA RESIDENCIA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. *National Grid Indus*

La primera sentencia en que el Tribunal analizó la imposición de salida en el caso del traslado de la residencia de personas jurídicas tras su pronunciamiento en *de Lasteyrie du Saillant* fue la sentencia de 29 de noviembre de 2011 en el asunto *National Grid Indus*¹¹⁵. En el supuesto de hecho una sociedad constituida conforme al derecho neerlandés y con sede de dirección efectiva en Países Bajos trasladó su sede de dirección efectiva a Reino Unido. Como consecuencia del traslado de la sede de dirección efectiva, dicha sociedad pasó a ser considerada residente en Reino Unido en virtud de las previsiones contenidas en el artículo 4 del CDI entre Reino Unido y Países Bajos. Debe tenerse en cuenta que, tras el traslado, *National Grid Indus* no constituyó un EP en Países Bajos al que quedarán afectos los activos de la entidad, de modo que el derecho de imposición de Países Bajos sobre los activos de *National Grid Indus* se vería eliminado totalmente en virtud del CDI. La Administración tributaria neerlandesa determinó que las ganancias latentes de la entidad, incluyendo las derivadas de las diferencia de cambio resultantes de un crédito en libras esterlinas, debían liquidarse y gravarse como consecuencia de la pérdida del derecho de imposición sobre las mismas que sufriría Países Bajos.

La primera cuestión planteada ante el Tribunal se relacionaba con la posibi-

113. Convenio 90/436/CEE, relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas (*DOUE*, nº L 225, de 20.8.1990).

114. *Vid.* Comunicación de la Comisión sobre imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros, pp. 7-8.

115. STJ de 29.11.2011, as. *National Grid Indus* (C-371/10).

lidad de que en este supuesto la sociedad migrante pudiera invocar la libertad de establecimiento. A tal respecto, se planteaba la comparabilidad del supuesto de hecho con el de la sentencia en el asunto *Cartesio*¹¹⁶, en la cual el Tribunal admitió la compatibilidad de la legislación húngara que exigía la liquidación de una entidad cuando trasladaba su sede de dirección a otro Estado miembro en virtud del criterio de la sede real¹¹⁷. El Tribunal afirma que al ser de aplicación, conforme a la normativa mercantil neerlandesa, el criterio de la constitución, la sociedad mantiene su condición de sociedad del Estado de origen, de modo que al trasladar su sede de dirección efectiva a otro Estado miembro, la sociedad migrante se encuentra amparada por la libertad de establecimiento¹¹⁸.

Aclarada la posibilidad de invocar dicha libertad en el presente caso, el Tribunal afirma la existencia de una restricción a la libertad de establecimiento empleando nuevamente el *migrant/non-migrant test*. La principal causa de justificación para dicha restricción se basaba en el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria de acuerdo con el principio de territorialidad. El Tribunal reconoce el derecho de un Estado a gravar las plusvalías latentes que se han generado durante el periodo en que una persona ha sido considerada residente en su territorio, sin que sea necesario para ejercitar el derecho de imposición sobre dichas ganancias que las mismas deban ser realizadas¹¹⁹.

El examen de la proporcionalidad de la medida se desdobra en el análisis de dos extremos. En primer lugar, el Tribunal analiza si el hecho de que el gravamen de las plusvalías latentes se liquide en el momento del traslado sin tener en cuenta circunstancias posteriores que pudieran generar minusvalías es proporcionado. En el supuesto de hecho, como consecuencia del traslado a Reino Unido, *National Grid Indus* eventualmente obtuvo unas diferencias positivas de cambio en relación con los créditos de que era titular. Frente a la posición de la Comisión, basada en *N*, el Tribunal determina que en el supuesto de hecho la situación no es comparable al tratarse del traslado de una sociedad cuyos activos están destinados a posteriormente generar los beneficios imponibles, siendo las eventuales diferencias de cambio tenidas en cuenta a efectos de amortizaciones y a efectos de la contabilización de los activos por parte del Estado

116. STJ de 16.12.2008, as. *Cartesio* (C-210/06).

117. Sobre esta sentencia, *vid.*, O'SHEA, T., «*Cartesio*: Moving a Company's Seat Now Easier in the EU», *Tax Notes International*, 23.3.2009, pp. 1.071 ss.; O'SHEA, T., «*Exit taxes Post-Cartesio*», *The Tax Journal*, 31.8.2009, pp. 1-2; WATTEL, P., «*Exit Taxation in the EU/EEA...*», *op. cit.*, p. 378.

118. *Vid.* apdos. 25-28 de la STJ de 29.11.2011, *cit.*

119. Como señala WATTEL, del análisis del TJUE y de la Abogado General Kokott parece desprenderse la posibilidad de que el estado de origen pueda proceder a cuantificar las ganancias latentes generadas en su territorio o aplicar criterios de continuidad valorativa. Dichas opciones no plantean problemas desde el punto de vista de su compatibilidad con la libertad de establecimiento. El aspecto relevante para determinar la existencia de una restricción es el relativo a la exigencia del impuesto aplazado o diferido a través de los mecanismos anteriores. Por tanto, se trata de una restricción derivada de una desventaja de tesorería. *Vid.* WATTEL, P., «*Exit Taxation in the EU/EEA...*», *op. cit.*, p. 377.

de destino¹²⁰. Sin embargo, cabría que el Estado de acogida no tuviera en cuenta las diferencias de cambio negativas, sin que por ello estuviera obligado el Estado de origen a volver a tenerlas en cuenta a efectos de liquidar las plusvalías latentes. Recuerda el Tribunal que en estos casos pueden producirse disparidades por la interacción entre las normativas nacionales de los Estados miembros que no se encuentran en colisión con la libertad de establecimiento¹²¹.

Seguidamente el Tribunal analiza la proporcionalidad de la exigencia inmediata del *exit tax* sobre las ganancias latentes con motivo del traslado. El Tribunal considera tal situación desproporcionada y no justificable por razones de practicabilidad en la recaudación, diferimiento en la obtención del ingreso tributario o de prevención de la elusión fiscal. Al examinar la posibilidad de que otras medidas fueran menos gravosas para la libertad de establecimiento, el Tribunal analiza la posición de la Comisión basada en el diferimiento de la recaudación de la ganancia latente a través de un mecanismo de declaración y seguimiento anual de los activos.

El Tribunal valora dicha posibilidad, incluyendo la posibilidad de que el diferimiento de la recaudación del *exit tax* implicara para la sociedad migrante el pago de intereses como compensación por el diferimiento, y contrasta las eventuales cargas derivadas del cumplimiento de las obligaciones formales con la opción para la entidad migrante para proceder al pago total de la ganancia latente en el momento del traslado, valorando dicha opción como suficientemente proporcionada¹²². Ahora bien, al tratarse de supuestos de traslado de personas jurídicas, por su volumen de activos y extensión de operaciones, el Tribunal abre la puerta a que el diferimiento otorgado por el Estado de origen pueda verse condicionado a la constitución de garantías, frente a lo que sucede en el caso de la migración de personas físicas¹²³.

De este modo, la conclusión del Tribunal en el caso de la migración de personas jurídicas se aparta de la jurisprudencia previa sobre el traslado de la residencia de personas físicas en dos extremos. Contrariamente a lo que sucedió en *N*, el Tribunal aclara que la liquidación de las plusvalías latentes en el momento del cambio de residencia sin tener en cuenta circunstancias posteriores derivadas de diferencias de cambio es compatible con la libertad de establecimiento. Frente a *N*, en que las minusvalías posteriores al traslado procedentes de la enajenación de acciones debían ser tenidas en cuenta eventualmente por el Estado de origen, el Tribunal no establece la necesidad de que sean estas minusvalías tenidas en cuenta por el Estado de origen cuando el Estado de destino no las tenga en cuenta. Obviamente la naturaleza de las minusvalías en ambos casos es diversa, procedentes en *National Grid Indus* de diferencias de

120. Cf. apdos. 57-58 de la STJ de 29.11.2011, cit.

121. Cf. apdo. 59 de la STJ de 29.11.2011, cit.

122. Cf. apdo. 73 de la STJ de 29.11.2011, cit.

123. Vid. apdo. 74 de la STJ de 29.11.2011, cit.. Sobre la distinción invocada por el TJUE, vid. CEJJE, K., «Emigration Taxes – Several Questions, Few Answers...», *op. cit.*, pp. 394-395.

cambio y en *N* de la enajenación de títulos mobiliarios, por lo que cabría interpretar que su consideración en *National Grid Indus* como resultado de la disparidad en los ordenamientos internos de los Estados miembros sea coherente con la postura del tribunal en relación con las diferencias de cambio en asuntos como *Deutsche Shell*¹²⁴. Siguiendo esta interpretación, el Tribunal no excluiría la posible consideración por el Estado de origen de otras minusvalías posteriores al traslado de residencia en el caso de personas jurídicas, coherentemente con el *always somewhere approach*¹²⁵.

En segundo lugar, y de modo central, el Tribunal, pese a descartar la posibilidad de que el gravamen instantáneo de las plusvalías latentes pueda ser considerado como una medida proporcionada de acuerdo con el reparto equilibrado de las potestades de imposición entre los Estados miembros, parece abrir la puerta a la posibilidad de que el diferimiento del gravamen pueda encontrarse condicionado a la exigencia de garantías y a la exigencia de intereses por el periodo de tiempo transcurrido desde la cuantificación de las plusvalías y la realización de las ganancias¹²⁶. Aunque esta parte de la sentencia no puede ser considerada, en mi opinión, más que como *obiter dicta*, sorprende la flexibilidad del Tribunal en este supuesto frente a la negativa rotunda con que se pronunció sobre dicho extremo en *de Lasteyrie du Saillant*. La argumentación básica del Tribunal, basada *in fine* en la mayor capacidad económica de las personas jurídicas frente a las personas físicas aunque razonable en la generalidad de los casos no deja de ser una simplificación que conduce a una diferencia de trato difícilmente justificable en casos en que el particular migrante es titular de un volumen de renta y patrimonio elevado¹²⁷.

2. Comisión c. Portugal

Posteriormente, en su sentencia en el asunto *Comisión c. Portugal*¹²⁸, el Tribunal declaró contraria a la libertad de establecimiento la normativa portuguesa relativa a la imposición de salida en los casos de transferencia de la residencia de una sociedad portuguesa a otro Estado miembro y en los casos de transferencia de activos a EPs situados en otros Estados miembros.¹²⁹ La norma-

124. STJ de 28.2.2008, as. *Deutsche Shell* (C-293/06).

125. Para O'SHEA, en la medida en que el TJUE no examina la posición del Estado de acogida en estos casos y la posibilidad de que proceda a revalorizar los activos que entran dentro de su derecho de imposición como consecuencia del traslado, la doble imposición resultante de la disparidad parece ser admisible. Cf. O'SHEA, T., «Dutch Exit Tax Rules Challenged in *National Grid Indus*», *Tax Notes International*, 16.1.2012, p. 205.

126. Cf. KOK, R., «Exit Taxes for Companies in the European Union after *National Grid Indus*», *EC Tax Review*, nº 4, 2012, pp. 203 ss.

127. En este sentido, *vid.* HERRERA MOLINA, P. M., «Exit taxes y Libertades Comunitarias...», *op. cit.*, pp. 29-31.

128. STJ de 6.9.2012, as. *Comisión c. Portugal* (C-38/10).

129. Junto a estos supuestos, la Comisión planteaba la posible incompatibilidad del régimen de tributación de los socios en estos casos. La postura de la Comisión no fue seguida por el TJUE (apdo. 19 de la sentencia *Comisión c. Portugal*) ni por el Abogado General MENGOZZI [*vid.* Conclusiones del Abogado General P. MENGOZZI, as. *Comisión c. Portugal* (C-38/10), presentadas el 28.06.2012, apdos. 100-102]. Sobre ello,

tiva portuguesa era similar a la prevista en nuestro TRLIS y, básicamente, equivalente al régimen previsto en la Directiva de fusiones en relación con los puntos de conexión empleados, estableciendo el gravamen inmediato de las plusvalías sobre los activos que no quedaran afectos a un EP.

La restricción es apreciada por el Tribunal sobre la base de la diferencia entre la situación meramente interna y la situación transfronteriza. A diferencia de estas situaciones, en los casos de desinversión de un EP por parte de una sociedad no residente, al gravarse dicha operación igualmente en un contexto puramente doméstico, el Tribunal no advierte restricción como consecuencia del igual trato entre la situación doméstica y la transfronteriza¹³⁰. En relación con la proporcionalidad de la medida, el Tribunal reproduce a grandes rasgos su argumentación en *National Grid Indus*, declarando contraria a la libertad de establecimiento el *exit tax* portugués¹³¹.

3. Comisión c. España

El último episodio de la saga ha tenido lugar recientemente, el pasado 25 de abril, y ha tenido por objeto el recurso por incumplimiento promovido por la Comisión contra España en lo relativo a nuestro *exit tax* previsto en el artículo 17 del TRLIS¹³². Como ya he señalado, nuestro *exit tax* usaba los mismos puntos de conexión que el régimen fiscal previsto en la directiva de fusiones para el traslado del domicilio de las SE y SCE. Ante el silencio de la Directiva en lo relativo al gravamen de las plusvalías latentes no afectas a un EP, el TRLIS consideraba dichas plusvalías devengadas y exigibles en el momento del traslado. Se trata, por tanto, de un *exit tax* configurado de modo similar al portugués y que el Tribunal ha considerado igualmente contrario a la libertad de establecimiento.

El análisis del Tribunal sobre la posible existencia de una restricción a la libertad de establecimiento básicamente reproduce el análisis realizado en el asunto *Comisión c. Portugal*. En lo relativo al análisis de la proporcionalidad de la medida, el Estado español alegó la posibilidad que tiene la sociedad migrante, conforme al artículo 65 de la LGT, para solicitar el aplazamiento o fraccionamiento del pago del impuesto de salida. El Tribunal rechazó el argumento esgri-

vid., HERRERA MOLINA, P. M., «Exit taxes y Libertades Comunitarias...», *op. cit.*, pp. 19-21.

130. Apdo. 30 de la STJ de 6.9.2012, cit. El Abogado General MENGOZZI, sin embargo, mantuvo una posición distinta a la que finalmente acogió el TJUE. Vid. las conclusiones del Abogado General MENGOZZI, apdos. 111-121.

131. Vid. apdos. 26-27 y 34 de la STJ de 6.9.2012, cit. Con todo, la sentencia no deja de plantear diversas cuestiones que quedan el aire. De un lado, el TJUE no se pronuncia sobre los supuestos en que la exigencia de constitución de garantías puede ser considerada proporcionada, ni aclara bajo qué circunstancias podría exigirse intereses cuando se otorgue el aplazamiento. Sobre estas cuestiones, vid., ROCHA MENDES, A., «Portuguese Exit Tax Decision Raises Questions», *Tax Notes International*, 24.9.2012, pp. 1.174-1.175; HERRERA MOLINA, P. M., «Exit taxes y Libertades Comunitarias...», *op. cit.*, p. 20.

132. STJ de 25.4.2013, as. *Comisión c. España* (C-64/11).

mido por el Reino de España al no tratarse de un aplazamiento automático, sino sometido a determinados requisitos, entre otros, un análisis de la situación económico-financiera de la sociedad migrante¹³³. De este modo, el Tribunal concluye que esta posibilidad no supone una alternativa para el contribuyente al pago inmediato del *exit tax*, siendo por tanto desproporcionada. Finalmente, el Tribunal recuerda la existencia de los mecanismos de cooperación entre Estados previstos en la Directiva de asistencia mutua que permite al Estado de origen asegurar controlar la situación del obligado tributario que solicitase el aplazamiento y proceder a la efectiva recaudación del impuesto diferido¹³⁴.

VI. RECAPITULACIÓN: ¿ES SUFICIENTE CON LA ACCIÓN DEL TJUE?

El diseño de las consecuencias fiscales del traslado de la residencia fiscal de una persona física o jurídica plantea un conflicto fundamental desde la perspectiva de los Estados miembros al ver la efectividad de sus derechos de imposición sobre las plusvalías latentes seriamente comprometida. La libertad de establecimiento proscribía el gravamen inmediato de estas plusvalías al suponer un obstáculo para el ejercicio de la misma. Con todo, desde la perspectiva del Estado de origen, el diferimiento de la recaudación de las plusvalías latentes, plusvalías que han sido generadas bajo su derecho de imposición, además de los evidentes problemas de caja que puede suponer en el corto plazo, pueden derivar en mayores costes de control para asegurar la efectiva recaudación de la plusvalía diferida. Sería deseable que se adoptaran medidas concretas para facilitar el seguimiento de las plusvalías latentes más allá de los mecanismos previstos en la Directiva de asistencia mutua. En este sentido, el Tribunal parece favorable a considerar que la restricción originada por la exigencia de declaraciones recapitulativas por parte de los Estados de origen sea proporcionada en conjunción con la opción de afrontar el pago de impuesto con inmediatez.

El TJUE al analizar la posible restricción ha empleado como término de comparación, *in fine*, los sistemas de reconocimiento de ganancias basados en la realización (*realization-basis taxation*), aplicables a los sujetos que mantienen su residencia, y los sistemas basados en el devengo sin realización (*accrual-basis taxation*), aplicables en el supuesto del traslado de residencia. De cara a equiparar el tratamiento de los sujetos que mantienen su residencia con el de los sujetos que trasladan su residencia, cabría plantear si existiría restricción alguna, de acuerdo con el test empleado por el Tribunal, en los casos en que el sistema tributario opta por el reconocimiento de las ganancias patrimoniales bajo el segundo sistema, como puede ser en determinados supuestos de revalorización de activos¹³⁵.

133. Cf. apdos. 36-37 de la STJ de 25.4.2013, cit.

134. Cf. apdo. 38 de la STJ de 25.4.2013, cit.

135. Vid. sobre las revaloraciones derivadas de modificaciones del valor razonable y su incidencia en la imposición sobre ganancias no realizadas, BÁEZ MORENO, A., «El "valor razonable" y la imposición societaria...», *op. cit.*, 10, pp. 15 ss.

La posición del Tribunal de justicia ha determinado el marco normativo en que los Estados miembros pueden exigir sus impuestos de salida con un ámbito más amplio del que parecía inferirse como resultado de la armonización directa en materia de fiscalidad directa. La unanimidad de los Estados miembros en este aspecto, plasmada en el régimen previsto en la Directiva de fusiones para el traslado del domicilio de las SE y SCE, se ha visto superada por la acción del Tribunal. De este modo, el punto de conexión claro previsto en la Directiva, el EP, tiene una virtualidad mínima tras las sentencias *de Lasteyrie du Saillant* y *National Grid Indus*. En este sentido, cabe pensar que el silencio de la Directiva en relación con la posibilidad de que se graven las plusvalías latentes en casos en que no perviva un establecimiento tras el traslado del domicilio de una SE o SCE, no debe ser interpretado como una habilitación para que el Estado de origen grave dichas plusvalías, sino que estará obligado a otorgar un diferimiento impositivo automático que permita a la entidad ejercer su libertad de establecimiento sin verse perjudicada por una eventual desventaja de tesorería.

No obstante lo anterior, la posición del Tribunal ante los supuestos de traslado de residencia de personas físicas y jurídicas no ha sido totalmente consistente. En el caso de las personas físicas, el Tribunal se sitúa en la línea de que el Estado de origen no pueda exigir las plusvalías latentes inmediatamente, debiendo proceder automáticamente al aplazamiento incondicionado. Sin embargo, cuando el traslado de residencia es realizado por personas jurídicas, el Tribunal parece abrir la puerta a la posibilidad de que el aplazamiento automático pueda condicionarse a la constitución de garantías, de cara a asegurar la efectividad del derecho de imposición del Estado de origen. Igualmente, el Tribunal parece admitir la posibilidad de que el Estado de origen vea compensada su pérdida de liquidez mediante el abono de intereses.

Sin embargo, toda la jurisprudencia en esta materia del Tribunal puede verse socavada si no es acompañada de una mayor coordinación de las políticas fiscales de los Estados miembros en este extremo. En concreto, los aspectos fundamentales que necesita de una acción armonizadora directa son los relativos a la valoración de los activos que pasan a encontrarse bajo una nueva jurisdicción fiscal tras el traslado y a la coordinación de los criterios de realización. Ha de tenerse en cuenta que ni el proyecto de Base Consolidada Común del Impuesto sobre Sociedades¹³⁶, de ser aprobado, solucionaría estos aspectos por no encontrarse dentro de su ámbito y por establecer un régimen meramente opcional.

En relación con el primer aspecto, debe de recordarse que no existen normas comunes para contabilizar a efectos fiscales los activos transferidos al Estado de destino. Esta situación puede determinar supuestos de sobre e infraimposición que pueden obstaculizar la libertad de establecimiento tanto o más que la posibilidad de que el Estado de origen exija su *exit tax* en el momento

136. Propuesta de la Comisión Europea de 16.3.2011, para una Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS) [COM (2011) 121].

del traslado. Debe de tenerse en cuenta que el diferimiento de la tributación de las plusvalías latentes puede realizarse a través de distintos sistemas, principalmente a través del aplazamiento en sentido estricto o a través de criterios de continuidad valorativa (*roll-over relief*). En estos casos es necesario que el Estado de origen y el Estado de acogida puedan establecer un valor cierto de los activos para determinar la parte de plusvalías que van a ser consideradas como generadas en el territorio del primero y que sirva como base para el cómputo de las posteriores plusvalías generadas bajo la soberanía fiscal del último. A pesar de que el Tribunal en estos casos ha admitido que estas situaciones deben ser calificadas como disparidades, los problemas que pueden surgir en la práctica pueden ser obstáculos de suficiente entidad para limitar la libertad de establecimiento¹³⁷. Por otro lado, la falta de coordinación en relación con los criterios de reconocimiento y de realización puede determinar disparidades temporales (*timing mismatches*) entre los distintos Estados que pueden conducir a supuestos de sobreimposición en casos triangulares.

Los mecanismos propuestos por la Comisión a este respecto a través, principalmente, del Convenio de arbitraje no tienen por objeto directo esta materia y los mecanismos previstos en los CDI pueden resultar insuficientes y no efectivos para solventar los problemas que pueden surgir. En mi opinión es necesaria una armonización positiva en materia de reconocimiento de los criterios de valoración que eliminara las distorsiones derivadas de las disparidades que pueden surgir en estos casos entre las normativas del Estado de origen y del Estado de destino. Debe de tenerse en cuenta que, aunque la Directiva de asistencia mutua podría facilitar el flujo de información y la asistencia en la efectiva recaudación, sin reglas encaminadas a evitar los solapamientos de los derechos de imposición y a coordinar su interacción con los regímenes de diferimiento, los operadores pueden enfrentarse a obstáculos que harían impracticables el traslado de su residencia fiscal a distintos Estados miembros.

Además, aunque no ha sido objeto de análisis todavía, el cambio de residencia puede tener implicaciones fiscales en otros Estados además del Estado de origen y del Estado de acogida que podrían ser difícilmente resolubles en

137. En la resolución del Consejo de la Unión Europea de la 2.911^a reunión del ECOFIN, de 2 de diciembre de 2008 sobre coordinación de la imposición de salida, se proponen como principio orientadores para la aplicación de los impuestos de salida que el Estado de acogida tome como base para calcular las ganancias posteriores a la migración de la entidad el valor de mercado de los activos transferidos calculados por el Estado de origen, requiriendo prueba de dicha valoración al contribuyente. Obviamente esta solución es la que eliminaría solapamientos del poder de imposición de los distintos Estados. Sin embargo, puede ser impracticable si se aplica un régimen de continuidad valorativa para diferir la tributación de las plusvalías latentes o cuando el valor de mercado no sea el valor de referencia empleado por el Estado de origen, por tomarse otro valor o corregirse por aplicación de otros factores. Por otro lado, plantearía problemas de gestión en los casos en que exista discrepancia entre el Estado de origen y el contribuyente, pues el valor aceptado por el Estado de acogida debería posteriormente ser modificado a favor del Estado de origen en el caso de que se realizara una modificación por parte del primer Estado.



estos casos triangulares. Un ejemplo de esta situación sería el de una sociedad residente en el Estado A que tiene participaciones en una sociedad inmobiliaria cuyos activos inmobiliarios se sitúan en el Estado B y que decide trasladar su residencia al Estado C. Si el CDI entre el Estado A y el Estado B cuenta con una cláusula de sociedades inmobiliarias, pero no así el CDI entre el Estado B y el Estado C, podría plantearse que las ganancias latentes derivadas de estas participaciones no pudieran ser gravadas por el Estado B en el momento del traslado, al no ser realizadas, y, posteriormente, en virtud del CDI entre el Estado B y el Estado C, el derecho de imposición del primer Estado sobre las ganancias generadas bajo su derecho de imposición se vería socavado. En estos casos, si la doctrina del Tribunal se extiende también al supuesto triangular, podría entenderse que la sociedad migrante debiera constituir garantías a favor del Estado de origen y del Estado de la fuente, el Estado B en el ejemplo.

Finalmente, el reparto del poder tributario entre los distintos Estados miembros plasmado en la red de convenios de doble imposición puede provocar problemas en su interacción con los regímenes de diferimiento impositivo en relación con la imposición de salida. De emplearse sistemas de continuidad valorativa para diferir la tributación de las plusvalías latentes, es cuestionable que el Estado de origen pueda exigir dichas plusvalías cuando se haya producido la migración y se enajenen los activos posteriormente siempre que ostente derecho de imposición sobre las plusvalías de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del MCOCDE. Esta exigencia, de acuerdo, con lo previsto en el MCOCDE supondría un supuesto de *treaty override* y conduciría a un eventual incumplimiento (*breach*) del CDI. Es por ello por lo que sería igualmente necesaria una interpretación uniforme de los Estados miembros respecto del reparto de los derechos de imposición sobre las plusvalías latentes en los casos de migración de personas físicas y jurídicas.