

Gravamen de salida sobre personas jurídicas en el derecho tributario español

José Miguel Martínez-Carrasco Pignatelli

*Profesor titular de Derecho Financiero y Tributario (UAB)
Académico correspondiente de la Academia de Jurisprudencia
y Legislación de España (RAJLE) (España)*

josemiguel.martinez-carrasco@uab.es | <https://orcid.org/0000-0003-4539-654X>

Extracto

Actualmente, la creciente presión fiscal que soportan las entidades es uno de los factores que en España está generando una perturbación seria en la dinámica empresarial-societaria.

Una tributación elevada provoca una reducción del margen del beneficio económico obtenido que se distribuye (efectuadas las provisiones y atendidas las reservas correspondientes) entre los socios y partícipes de las sociedades, además de una inducción indirecta al fraude fiscal. De ahí que, a menudo, a más de una persona jurídica (especialmente, grandes empresas) se le ocurra como solución el cambio de residencia fiscal de España a otro Estado con unas condiciones jurídico-tributarias, financieras y económicas más favorables.

Los operadores societarios deben madurar la toma de una decisión de tamaño importancia y conocer y ponderar las consecuencias fiscales que aquella puede implicar. En este contexto resulta de enorme importancia el conocimiento detallado del gravamen de salida previsto en el derecho interno español a las personas jurídicas regulado en los artículos 19.1 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades, y 18.5, 8, 9 y 10 del texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes.

Conviene advertir que el gravamen de salida puede suponer una transgresión no justificada de la libertad de establecimiento, piedra basilar en el funcionamiento del mercado único europeo.

En el estudio del *exit tax* español aplicable a las personas jurídicas resulta esencial el análisis del derecho de la Unión Europea transpuesto a la normativa interna citada (directiva antiabuso, *Anti Tax Avoidance Directive*, ATAD), la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la doctrina administrativa y las aportaciones de la doctrina científica tributaria al respecto.

Palabras clave: gravamen de salida; personas jurídicas.

Recibido: 04-09-2023 / Aceptado: 21-09-2023 / Publicado: 05-12-2023

Cómo citar: Martínez-Carrasco Pignatelli, J. M. (2023). Gravamen de salida sobre personas jurídicas en el derecho tributario español. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 489, 31-68. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2023.19385>



Exit tax about people legal in the Spanish tax law

José Miguel Martínez-Carrasco Pignatelli

Abstract

Currently, the growing tax burden on entities is one of the factors that in Spain is generating a serious disturbance in business-corporate dynamics.

A high taxation causes a reduction in the margin of the economic benefit obtained and to be distributed (made the corresponding provisions and the corresponding reserves taken care of) among the partners and participants of the companies, in addition to an indirect inducement to tax fraud. Hence, it is not surprising that more than one legal person (especially large companies) comes up with the solution of changing their tax residence from Spain to another State with more favorable legal-tax, financial and economic conditions.

Company operators must mature when making a decision of such importance without first knowing and considering the tax consequences that it may imply. In this context, detailed knowledge of the exit tax provided for in Spanish domestic law for legal persons regulated in art. 19.1 Law 27/2014, on Corporation Tax and in article 18.5, 8, 9 and 10 of the consolidated text Non-Resident Income Tax Law. It should be noted that the exit tax may imply an unjustified violation of the freedom of establishment, a cornerstone in the functioning of the single European market.

In the study of the Spanish exit tax applicable to legal persons, it is essential to analyze the Community Law transposed into the aforementioned internal regulations (Anti Tax Avoidance Directive, ATAD); the doctrine emanating from the Court of Justice of the European Union; administrative doctrine; and contributions of the scientific tax doctrine in this regard.

Keywords: exit tax; legal persons.

Received: 04-09-2023 / Accepted: 21-09-2023 / Published: 05-12-2023

Citation: Martínez-Carrasco Pignatelli, J. M. (2023). Gravamen de salida sobre personas jurídicas en el derecho tributario español. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 489, 31-68. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2023.19385>

Sumario

1. Introducción
2. Criterios de sujeción al IS o al IRNR español de una persona jurídica
 - 2.1. Idea general
 - 2.2. Contribuyentes del IS y del IRNR
3. Residencia fiscal en España de una persona jurídica: normativa y doctrina administrativa
4. Cambio de residencia fiscal de una persona jurídica. Efectos en el IS y en el IRNR
 - 4.1. Idea general
 - 4.2. Conclusión del periodo impositivo del IS
 - 4.3. Inclusión de las plusvalías latentes en la base imponible del IS y del IRNR: el gravamen de salida o *exit tax*
 - 4.4. Pérdidas por deterioro de participaciones en otras entidades
5. El gravamen de salida sobre las personas jurídicas en el IS y en el IRNR español antes de la directiva ATAD
 - 5.1. Idea general
 - 5.2. Inclusión en la base imponible de las plusvalías latentes: antecedentes. La Sentencia del TJUE de 29 de noviembre de 2011 (National Grid Indus)
 - 5.3. El gravamen de salida en el derogado TRLIS y en el TRLIRNR. La Sentencia del TJUE de 25 de abril de 2013 (Comisión Europea contra Reino de España)
6. La Directiva (UE) 2016/1164, *Anti Tax Avoidance* (ATAD)
7. El actual gravamen de salida sobre personas jurídicas en la LIS y en el TRLIRNR vigente: la transposición de la directiva ATAD al ordenamiento tributario español
 - 7.1. Idea general
 - 7.2. El *exit tax* español en el IS y en el IRNR después de la transposición de la directiva ATAD a sus leyes reguladoras: posibilidad de fraccionamiento
 - 7.3. Supuestos de pérdida de vigencia del fraccionamiento del gravamen de salida
8. El gravamen de salida sobre las personas jurídicas y la jurisprudencia del TJUE
 - 8.1. Idea general
 - 8.2. Sentencia del TJUE de 29 de noviembre de 2011 (National Grind Indus)
 - 8.3. Sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2012 (Comisión Europea contra República Portuguesa)
 - 8.4. Sentencia del TJUE de 25 de abril de 2013 (Comisión Europea contra Reino de España)



- 8.5. Sentencia del TJUE de 18 de julio de 2013 (Comisión Europea contra Reino de Dinamarca)
- 8.6. Sentencia del TJUE de 27 de febrero de 2020 (Aures Holdings a. s. contra Odvolací finanční ředitelství)
- 8.7. Sentencia del TJUE de 16 de febrero de 2023 (Gallaher contra Reino Unido)

9. Conclusiones

Referencias bibliográficas

Nota: El estudio contenido en este artículo se enmarca en el proyecto de investigación internacional del que el autor es miembro investigador denominado *Policy-making on Taxation, International Tax Cooperation and Global Tax Governance, as main financial sources for Global Sustainability (SDG 2030 UN & A. ABABA A. Agendas)*. And output Project of the Excellence Network of the Spanish Minister of Economy and Competitiveness DER 2017-90874-REDT-GOTA-INTAXCOOP & GOV: *The Global Observatory on Tax Agencies: Towards International Tax Cooperation and Global Governance* (dirigido por Eva de Andrés Aucejo, UB) y apoyado por el Global Tax Policy Center of Vienna (GTPC), las Naciones Unidas, el CIAT y el Instituto de Estudios Fiscales (IEF), Ministerio de Hacienda del Gobierno de España.

El embrión que originó la elaboración del presente artículo fue una comunicación presentada y expuesta el pasado 29 de junio de 2023 (titulada «Gravamen de salida sobre personas jurídicas en el derecho tributario español») en la Jornada sobre Competencia, Libre Mercado y Fiscalidad en la Unión Europea, celebrada con ocasión del ciclo de jornadas de aportación de la Comunidad de Madrid a la presidencia de la Unión Europea. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid.

1. Introducción

En el momento presente, uno de los factores que en España está generando una perturbación seria en la dinámica empresarial-societaria es la creciente presión fiscal (además de la guerra en Ucrania iniciada en febrero de 2022, con consecuencias directas en la economía europea y mundial) que soportan las entidades (grandes, medianas o pequeñas) por los tributos ya existentes y el abanico de nuevas figuras impositivas que se han ido creando y exigiendo lenta, pero constantemente, por la Hacienda pública estatal (y, en algunos casos, también autonómica) en los últimos años, desembocando en una auténtica asfixia fiscal.

Es obvio que tal situación provoca una reducción del margen de beneficio económico obtenido que se distribuye (efectuadas las provisiones y atendidas las reservas correspondientes) entre los socios y partícipes de las sociedades. Como el horizonte político-económico en España resulta –hoy por hoy– incierto e inseguro, y hasta tanto no se configure una fiscalidad que ayude a la mejora de la competitividad de las empresas, hay y habrá indudablemente personas jurídicas (en especial, grandes entidades –y, en menor medida, sociedades medianas–) que se planteen, como solución, el cambio de residencia fiscal de España a otro Estado con unas condiciones jurídico-tributarias, financieras y económicas más favorables¹.

¹ Un caso parecido (aunque no idéntico) al del cambio puro y duro de la residencia fiscal a otro Estado es el de la compañía española Ferrovial, que hace casi un año anunció que se trasladaba a Países Bajos por diversas razones que, según declaró la entidad, no son estrictamente las de obtener un mejor tratamiento fiscal en aquel Estado miembro de la UE.

Así, la multinacional del sector de las infraestructuras de transporte y movilidad argumentó varios motivos para adoptar tal decisión: mejor adaptación a los cambios ocasionados por el Brexit; facilitar la cotización directa en los Estados Unidos desde España, y acceso a mejores fuentes de financiación y al mercado europeo. Ello implicaría, sin duda, que la multinacional tenga una presencia internacional más sólida.

La operación de reestructuración empresarial de Ferrovial consiste en realizar una fusión con Ferrovial Internacional, sociedad filial al 100 %, domiciliada en Países Bajos. De esta manera, Ferrovial quedaría absorbida por su filial neerlandesa. Al tratarse de una fusión por absorción, el gobierno corporativo (incluidos los derechos de voto) no se altera, a salvo las modificaciones exigidas por la normativa local y la del mercado. Se trata de una fusión inversa que pretende acogerse a la neutralidad fiscal amparada por el régimen especial del impuesto sobre sociedades (IS) de las «fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa

Los operadores societarios deben estar prevenidos de las consecuencias de una decisión de tamaña enjundia y conocer y ponderar los efectos fiscales que aquella puede implicar, dada la exquisita atención y celo de la Administración tributaria por comprobar la probidad del administrado en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias. Atendiendo a la coyuntura presente, los consejos de administración, directores generales, ejecutivos y gerentes de muchas entidades se encontrarán en la disyuntiva de seguir las sabias palabras del santo de Loyola («en tiempos de tribulación, no hacer mudanza») o, por el contrario, adoptar una decisión ágil, adecuada y propia a la dinámica y vitalidad empresarial y societaria que, en muchas ocasiones, impone el mercado internacional.

Pues bien, en este contexto, se analiza la figura del gravamen de salida o *exit tax* sobre las personas jurídicas previsto en los artículos 19 de la LIS y 18.5 del Real Decreto legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes (TRLIRNR, en la versión modificada por la Ley 11/2021, de julio, de transposición al ordenamiento tributario español de la directiva antifraude de 2016, *Anti Tax Avoidance Directive*, ATAD²).

El gravamen de salida sobre las personas jurídicas responde, a modo de cláusula antiabuso o cláusula de cierre, al ejercicio legítimo del poder tributario de cualquier Estado,

europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea», regulado en los artículos 76 a 89 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades (LIS).

Sin embargo, el artículo 89.2 de la LIS impide el acogimiento a este régimen fiscal especial del IS:

cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal.

Y si la Administración tributaria española no admitiera la opción de la multinacional referida por el régimen fiscal especial indicado, podría finalmente calificar la operación como un cambio de residencia fiscal a secas. Con lo cual se le exigiría el gravamen de salida previsto en el artículo 19.1 de la LIS. Un coste fiscal demasiado caro.

Es obvio que, al trasladar su sede social a Países Bajos, Ferrovial gozaría de una estimable ventaja fiscal, pues en este país la percepción de dividendos procedentes de su participación en filiales extrajeraras está totalmente exenta de tributación, mientras que en España (desde 2021) solo lo está en un 95 %, pues en el Estado de origen ya ha sido sometida a imposición. El 5 % restante de las plusvalías y dividendos queda sujeto y no exento del IS.

En el hipotético supuesto de que la Administración tributaria española considerara que no existe «motivo económico válido» en la operación en cuestión, la compañía Ferrovial debería tributar en España por las plusvalías latentes (unos 130 millones de euros, aproximadamente).

Otras grandes entidades del sector (verbigracia, Acciona) se han planteado también desplazarse a otras jurisdicciones para ganar competencia y posicionamiento en el mercado.

² Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior. Se trata de la conocida *Anti Tax Avoidance Directive* (ATAD).

celoso de perder contribuyentes a los que exigir tributos, menguando así su volumen de recaudación de ingresos públicos (Kubicova, 2016).

A efectos aclaratorios, conviene recordar desde un inicio la tipología de gravámenes de salida existentes en nuestro sistema tributario o en los de otros países (Ribes Ribes, 2014):

- Gravamen de salida en sentido estricto o propiamente dicho. Se aplica sobre las plusvalías latentes o tácitas cuando el obligado tributario (persona física o jurídica) abandona la residencia fiscal (*one time levies*). Esta modalidad recae de modo inmediato sobre el sujeto pasivo cuando traslada su residencia a otro Estado. Grava las rentas ya devengadas, pero pendientes de imputar.

A su vez, en esta primera tipología de gravamen de salida hay que distinguir entre los impuestos de salida generales o *general exit taxes* y los impuestos de salida limitados o *limited exit taxes*. Los primeros recaen sobre las plusvalías devengadas, pero no percibidas aún. Abarcan toda clase de bienes, incluso los bienes de titularidad privada, y los segundos (los impuestos de salida limitados) únicamente sujetan a imposición las ganancias patrimoniales derivadas de la transmisión de ciertos bienes.

- *Trailing taxes*. Gravan la renta futura y se aplican solo tras haberse consumado el traslado de residencia fiscal.

Es fácil colegir, como así acontece, que la aplicación eficaz de esta medida requiere una estrecha asistencia y cooperación entre las Administraciones tributarias de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) y del Espacio Económico Europeo (EEE), además de las de aquellos países (o territorios de países) con los que España tiene suscrito convenio de doble imposición internacional (CDI) o acuerdo de intercambio de información tributaria.

No obstante, como así se analizará a lo largo de este artículo, el gravamen de salida puede suponer una transgresión no justificada de la libertad de establecimiento³ que constituye una de las piedras basales –auténtico «demiurgo», alma inspiradora, creadora y armonizadora de la UE– del funcionamiento del mercado único que conforma la UE, de la que el Reino de España es Estado miembro.

Por tanto, el estudio del *exit tax* sobre las personas jurídicas exige analizar los criterios de sujeción a la potestad tributaria en España; el concepto de residencia fiscal de una persona jurídica y los casos en los que se considera que se produce un cambio de la misma a otro Estado conforme al ordenamiento patrio; los efectos jurídico-tributarios de dicho traslado, en

³ No faltan autores que han manifestado de manera perspicua esta misma opinión en los últimos años frente a un criterio doctrinal del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) un tanto condescendiente y tolerante con las medidas de autoprotección del poder tributario adoptadas por los Estados miembros a través de los gravámenes de salida.

particular, los gravámenes de salida⁴ previstos en el artículo 19 de la LIS⁵; el artículo 18.5 del TRLIRNR⁶; la conocida e importantísima directiva contra la elusión fiscal de 2016 o directiva antiabuso (ATAD); y la evolución de la doctrina jurisprudencial emanada del TJUE, la cual ha ido moldeando y puliendo la normativa de los Estados miembros sobre los gravámenes de salida.

A todo ello hay que añadir el examen de la doctrina administrativa sentada por la Dirección General de Tributos (DGT), amén de las apreciaciones realizadas por la doctrina científica tributaria en sus aportaciones sobre la materia.

2. Criterios de sujeción al IS o al IRNR español de una persona jurídica

2.1. Idea general

Dos principios rigen la sujeción a imposición por el IS y por el IRNR en territorio español de las entidades con personalidad jurídica (art. 11 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria –LGT–):

- Principio de personalidad o de residencia fiscal en España. Es el conocido criterio de sujeción por obligación personal de contribuir por el IS para las entidades residentes en territorio español.

Con arreglo a este criterio o punto de conexión de la residencia fiscal, las personas jurídicas deberán integrar, con carácter general, en la base imponible del IS las rentas mundialmente obtenidas. Es decir, los rendimientos percibidos en cualquier Estado (o territorio de un Estado) y cualquiera que fuese la residencia del pagador de aquellos (art. 7.2 de la LIS).

⁴ Nuestro derecho tributario regula otra modalidad de gravamen de salida cuando en alguna de las operaciones de reestructuración previstas en los artículos 80.4 (canje de valores) y 81.3 (escisión y fusión) de la LIS uno de los socios (persona jurídica, por lo que aquí interesa) traslada su residencia fiscal fuera de España.

No se aborda en el presente trabajo la cláusula de cierre descrita por dos razones. La primera es que ya se analizó tal supuesto por este autor en un artículo sobre los gravámenes de salida de las personas físicas publicado en enero de 2023 en esta misma revista (Martínez-Carrasco Pignatelli, 2023). El tratamiento y efectos es idéntico cuando el socio que cambia de residencia fiscal es una persona jurídica, por lo que no queremos reiterar lo estudiado en ese trabajo de investigación ya publicado. La segunda es que el autor debe y quiere respetar las directrices de la editorial de esta revista sobre la extensión máxima de los artículos que aspiran a su publicación en ella.

⁵ En la última redacción introducida como consecuencia de la transposición de la directiva antielusoria de 2016, operada en nuestro derecho interno por la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal.

⁶ También en la versión modificada por la directiva ATAD.

- Principio de territorialidad. Determina la obligación de contribuir para las entidades no residentes en España que, pese a ello, perciben rentas en nuestro territorio.

Es el llamado criterio de sujeción por obligación real de contribuir, para las entidades no residentes en España, pero que operan en territorio español con un establecimiento permanente o para aquellas que, simplemente, perciben en nuestro país rendimientos puntuales de diversa naturaleza, aun cuando no dispongan de establecimiento permanente alguno aquí.

En este segundo caso, las entidades se someterán a tributación como contribuyentes del IRNR (art. 5 a) del TRLIRNR).

2.2. Contribuyentes del IS y del IRNR

En tanto que el gravamen de salida se exigirá a quien sea contribuyente del IS o del IRNR en el momento en que se produzca el presupuesto de hecho determinante (esto es, su traslado fuera de España), se trata de determinar qué se entiende por contribuyente en uno y otro caso.

Pues bien, son sujetos pasivos contribuyentes del IS y, por tanto, sociedades o entidades (art. 7.1 y 3⁷ de la LIS) susceptibles de ser sometidas al *exit tax*: las personas jurídicas (salvo las sociedades civiles que no tengan objeto mercantil); las sociedades agrarias de transformación; los fondos de inversión; las uniones temporales de empresas; los fondos de capital-riesgo y los fondos inversión colectiva de tipo cerrado; los fondos de pensiones; los fondos de regulación del mercado hipotecario; los fondos de titulación; los fondos de garantías de pensiones y los fondos de activos bancarios.

Respecto al sujeto pasivo contribuyente del IRNR, de los artículos 5 a) y 6 del TRLIRNR se desprende que podrá exigírsele el gravamen de salida a aquellas entidades no residentes en territorio español (con arreglo a lo dispuesto en el art. 9 de la LIS) que perciban rentas en él a través de un establecimiento permanente de su titularidad.

3. Residencia fiscal en España de una persona jurídica: normativa y doctrina administrativa

La residencia fiscal en territorio español de una persona jurídica (Escribano, 2023⁸) se regula en el artículo 8.1 de la LIS. Conforme a este precepto legal, la concurrencia de

⁷ Como técnica normativa simplificadora, en el artículo 7.3 de la LIS el legislador expresamente atribuye la denominación abreviada e indistinta de «sociedad» o «entidad» a cualquiera de los contribuyentes del IS.

⁸ Consúltese este interesante trabajo sobre los criterios de determinación de la residencia fiscal corporativa en el ámbito mundial y su enfoque crítico al respecto. La autora considera periclitadas las tradicionales

cualquiera de las circunstancias siguientes determinará la residencia fiscal en España de una sociedad o entidad (Almonacid Larena, 2018), a saber:

- Constitución de la persona jurídica conforme a las leyes españolas. Una entidad constituida con arreglo a las leyes españolas que traslade posteriormente su domicilio o dirección efectiva a otra jurisdicción podría quedar sometida a tributación en esta si el ordenamiento de ese Estado prevé la sujeción a gravamen según esos mismos criterios. Se daría así un caso de doble residencia fiscal con la consiguiente doble imposición soportada por una misma persona jurídica, con el efecto distorsionante, nocivo y perjudicial en la dinámica societaria que este fenómeno provoca por esencia.

De existir CDI con ese otro Estado, prevalecerá lo regulado en el mismo para determinar cuál es el Estado de su residencia.

En la Consulta V0129/2017, de 23 de enero (NFC063851), la DGT consideró que no tenían residencia fiscal en España dos entidades constituidas en Luxemburgo, siendo ambas tenedoras de activos (fondos de inversión alternativos según la normativa luxemburguesa) y cuya gestión se tramitaba por una sociedad española. Dichas sociedades luxemburguesas no son entidades constituidas con arreglo a las leyes españolas ni tienen su domicilio social en España.

Por tanto, las instituciones de inversión colectiva extranjeras, aun cuando se gestionen por una sociedad residente fiscalmente en España, no cumplen los requisitos exigidos por el artículo 8.1 a) y b) de la LIS.

A mayor abundamiento, las entidades luxemburguesas no cumplen el requisito de la sede de dirección efectiva en España (art. 8.1 c) de la LIS), pese a que la gestión de las instituciones de inversión colectiva (cuya actividad consiste en la simple tenencia de las aportaciones de los socios partícipes) se encuentre profesionalizada mediante una sociedad gestora española. La actividad desarrollada por tales instituciones de inversión de Luxemburgo es diferente a la actividad realizada por su sociedad gestora. Y el solo hecho de que esta última resida fiscalmente en España no implica que las instituciones de inversión colectiva extranjeras tengan su sede de dirección efectiva en territorio español.

La residencia fiscal en España exige la concurrencia de alguno de los tres requisitos previstos en el artículo 8.1 de la LIS, lo que, al no producirse en el asunto objeto de consulta, excluye la consideración de aquellas como residentes fiscales en territorio español.

y vigentes reglas de sujeción de las personas jurídicas a uno u otro Estado por su desfase en relación con los fenómenos de la globalización y la digitalización de la economía. Además, se proponen como punto de conexión alternativo definidor de la residencia fiscal corporativa los indicadores de actividad económica, apostando por un modelo territorial como criterio de sujeción. *Vid.* «Introducción».

De otra parte, la gestión profesionalizada por una sociedad española de unas entidades de Luxemburgo, tenedoras de activos, no es suficiente para atribuir a estas la tenencia de un establecimiento permanente en España. El hecho de que la entidad consultante ostente la gestión de las dos entidades de Luxemburgo y resida en territorio español no determina por sí misma la existencia para estas de un establecimiento permanente en España.

De la definición de establecimiento permanente contenida en el artículo 4.1 del CDI entre el Reino de España y el Gran Ducado de Luxemburgo, de 3 de junio de 1986, para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio y para prevenir el fraude y la evasión fiscal y protocolo anexo, se desprende que, en general, las sociedades gestoras no actúan como establecimientos permanentes de las instituciones de inversión colectiva a las que prestan sus servicios, sino que realizan su propia actividad diferenciada, regulada de manera separada⁹.

En consecuencia, la DGT concluyó que las instituciones de inversión luxemburguesas no realizan actividad económica alguna en España, sin que la sociedad gestora española constituya establecimiento permanente de los fondos de inversión referidos.

- Domicilio social de la persona jurídica en territorio español. Se consideran de nacionalidad española y se registrarán por las leyes españolas todas las sociedades que tengan su domicilio social en territorio español, al margen de cuál sea el lugar de su constitución (art. 8 del Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital –TRLSC–).

El domicilio social de la entidad española deberá corresponderse con el lugar en el que se encuentre el centro de su efectiva administración y dirección o en el que se ubique su establecimiento o explotación principal. Además, si el principal establecimiento o explotación de la sociedad se halla en territorio español, la entidad en cuestión deberá tener su domicilio en España (art. 9.1 y 2 del TRLSC).

Sin embargo, no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 9.2 del TRLSC a las sociedades constituidas en Estados miembros de la UE al resultar ello contrario al principio de libertad de establecimiento del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE– (Domínguez Puntas, 2013, pp. 67-69), conforme ha declarado el TJUE en reiterada jurisprudencia¹⁰. Es decir, no se considerará que tiene domicilio social en España (pese a que la explotación o establecimiento principal se encuentre en territorio español) aquella sociedad que se hubiere constituido en algún Estado miembro de la UE. El domicilio social de la entidad deberá

⁹ Su actividad incluye la gestión e información a partícipes, suscripciones y reembolsos, auditorías, rendición de cuentas a organismos supervisores, valoraciones y otras.

¹⁰ Sentencias del TJUE de 9 de marzo de 1999 (asunto C-212/97, Centros –NFJ044265–), 5 de noviembre de 2002 (asunto C-208/00, Überseering) y 30 de septiembre de 2003 (asunto C-167/01, Inspire Art, Cartesio y Vale –NCJ040933–).

constar en los estatutos que rijan el funcionamiento de las sociedades de capital (art. 23 c) del TRLSC).

- Sede de la dirección efectiva en España. La LIS realiza una interpretación auténtica de esta última circunstancia considerando que la sede de la dirección efectiva de una entidad está en España cuando en territorio español se encuentre la dirección y control del conjunto de las actividades desarrolladas por la entidad.

Se trata de un criterio de aplicación de carácter eminentemente pragmático. Resulta fácil imaginar que no siempre el contribuyente declara dónde se encuentra realmente la sede de su dirección efectiva, provocando una deslocalización artificial, forzada e interesada de la sociedad. Y, en ocasiones, con una variación de la sede real de la dirección efectiva de la entidad se persigue torticeramente la aplicación del régimen de tributación por el IS o por el IRNR. De ahí que, con frecuencia, la Administración tributaria inicie un procedimiento de comprobación limitada o un procedimiento de inspección con el propósito de impedir, en su caso, tales situaciones anómalas.

Una entidad constituida conforme a las leyes españolas se considera residente fiscalmente en España pese a que la dirección efectiva de su actividad se encuentre fuera de ese territorio. A efectos de que no sea residente tendría que emprenderse el procedimiento regulado para determinar la residencia en el CDI que resulte aplicable.

Pese a que no concurra alguna de las tres circunstancias anteriormente expuestas determinantes de la residencia fiscal en España de una entidad, el artículo 8.1, párrafo cuarto, de la LIS establece una presunción *iuris tantum* a favor de la residencia fiscal en España de una sociedad radicada en una jurisdicción no cooperativa (lo que otrora se denominaba «paraíso fiscal» o «territorio de nula tributación»)¹¹ cuando:

¹¹ Con efectos desde el 11 de julio de 2021, el artículo 16 de la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal (la ley antifraude), introdujo en nuestro ordenamiento tributario la categoría o calificación nominal de «jurisdicción no cooperativa» (y dentro de ella, los llamados «régimenes fiscales perjudiciales»). La nueva figura eliminó de nuestro ordenamiento jurídico tributario los conceptos de «paraíso fiscal, jurisdicciones de nula tributación y jurisdicciones carentes de efectivo intercambio de información tributaria», modificando así la redacción de la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas de prevención del fraude fiscal. No obstante, todavía podremos encontrar la expresión de paraíso fiscal –no apropiada ya en técnica jurídica estricta– en varios preceptos de las leyes vigentes reguladoras del IRPF y del IS.

La Ley 11/2021 obedece a la preceptiva transposición de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego.

En línea con la nueva tendencia de la fiscalidad internacional mundial, el objetivo de la norma de la UE incorporada en el derecho tributario español es destruir la apariencia de realidad económica de los supuestos negocios desarrollados en los otrora denominados paraísos fiscales (Valls Aracil, 2023). Es decir, algo tan elemental como primar la realidad sobre la apariencia (*substance over form*). Solo la necesidad

- Sus activos principales, directa o indirectamente, consistan en bienes situados o derechos que se cumplan o ejerciten en territorio español.
- Su actividad principal se desarrolle en España.

No obstante, la presunción de residencia fiscal en nuestro país puede enervarse por la entidad de que se trate cuando demuestre estas dos circunstancias:

- Que su dirección y gestión efectiva se desarrolla realmente en aquel país o territorio.
- Que la constitución y operativa de la entidad responde a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas, diferentes de la mera gestión de valores u otros activos.

4. Cambio de residencia fiscal de una persona jurídica. Efectos en el IS y en el IRNR

4.1. Idea general

El traslado de residencia fiscal por una entidad a otro Estado implica, en primer lugar, el sometimiento a la potestad tributaria de la nueva jurisdicción con el despliegue efectivo de su ordenamiento jurídico y, en segundo término, puede suponer para la entidad

urgente de liquidez de las haciendas públicas de la mayor parte de los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) generada con el estallido mundial de la recesión financiera y económica en 2007 provocó que las autoridades tributarias dejaran de consentir la evasión impositiva, que hasta entonces conocían, pero sorprendentemente toleraban mirando para otro lado.

La ley antifraude de 2021 preveía la publicación de la relación de países o territorios de países considerados jurisdicciones no cooperativas y regímenes fiscales perjudiciales mediante una orden ministerial de actualización periódica, con advertencia de que, hasta tanto no se publicara dicha orden ministerial, seguiría aplicándose la relación de paraísos fiscales contenida en el vetusto Real Decreto 1080/1991. A fuer de sinceros, hay que advertir que el listado de paraísos fiscales del reglamento indicado estaba, desde hacía bastante tiempo, palmariamente desfasado y obsoleto.

La nueva relación de países y territorios, así como los regímenes fiscales perjudiciales, que tienen la consideración de jurisdicciones no cooperativas por fin llegó de la mano de la Orden ministerial HFP/115/2023, de 9 de febrero. El flamante listado es una medida coordinada con la UE (Piñel López, 2023) atendiendo a los últimos trabajos desarrollados por la propia UE y por la OCDE. El Consejo de la UE expuso los motivos de la nueva relación de países y territorios no cooperativos en un documento titulado «Conclusiones sobre la lista revisada de la UE de países y territorios no cooperadores a efectos fiscales».

Destaca sobremanera la reducción a la mitad del número de jurisdicciones no cooperativas (de 48 a solo 24). Así, se elimina la mención a Estados miembros de la UE (Chipre y Luxemburgo) o del EEE (Liechtenstein) y otros países europeos (Principado de Andorra y Principado de Mónaco). Se mantiene en la relación de jurisdicciones no cooperativas el territorio de Gibraltar. Se omiten de la lista Estados extracomunitarios del próximo y extremo Oriente como Líbano, Emiratos Árabes Unidos y Singapur. Finalmente, se eliminan Jamaica y Panamá, ambos países de Centroamérica.

ambulante la obligación de cumplir ciertas exigencias impuestas por el Estado *outbound* como consecuencia del cambio de residencia al Estado *inbound*.

El artículo 2.7 de la directiva ATAD (a cuyo estudio, por su importancia, se dedicará más adelante un epígrafe específico) define el «traslado de la residencia fiscal» (aplicable para personas físicas y jurídicas) como «la operación mediante la cual un contribuyente deja de ser residente a efectos fiscales en un Estado miembro y adquiere la residencia fiscal en otro Estado miembro o tercer país».

Y el «traslado de una actividad realizada por un establecimiento permanente» (lo que tiene interés en materia del IRNR) se define por el artículo 2.8 de la referida norma de la UE como:

la operación mediante la cual un contribuyente deja de estar presente a efectos fiscales en un Estado miembro y adquiere dicha presencia en otro Estado miembro o tercer país, sin llegar a ser residente a efectos fiscales en ese Estado miembro o tercer país.

Precisamente, en el derecho de la UE el cambio de residencia fiscal de una persona jurídica afecta de pleno a una pieza axial en el funcionamiento de la Unión, a saber: la libertad de establecimiento, reconocida y preservada en el artículo 49 del TFUE.

En el ordenamiento tributario español, el traslado de residencia fiscal de una persona jurídica a otra jurisdicción ocasiona los efectos principales siguientes:

- Finalización del periodo impositivo de la entidad, sujeto pasivo del IS.
- Integración en la base imponible de las plusvalías latentes.
- Pérdidas por deterioro de participaciones en otras entidades.

Partiendo de lo dispuesto por la normativa legal vigente, hay que entender que, pese a no haberse constituido conforme a las leyes españolas, habría traslado de residencia fiscal en aquellas personas jurídicas que cambien su domicilio social al extranjero no teniendo en España su dirección efectiva, o bien, cuando trasladen la dirección efectiva fuera del territorio español sin que en España tengan su domicilio social¹².

¹² El traslado sin más del domicilio social de una entidad de España al extranjero no afecta a la continuidad de la personalidad jurídica de esta, de manera que el establecimiento permanente en el que se convierte la sociedad la reemplaza en los derechos y deberes, pudiendo compensar las bases imponibles negativas. Así lo determinó la DGT en la Consulta V0188/2005, de 9 de febrero (NFC020341). Una sociedad trasladó su domicilio social y fiscal de España a Italia, teniendo pendientes de compensación en su IS bases imponibles negativas. Su personalidad jurídica no experimentó ninguna modificación, pese a que pasó a ser una entidad italiana, con la correspondiente inscripción en el Registro Mercantil. Simultáneamente, quedó constituida una sucursal en territorio español que desarrollaría igual actividad que la que hasta entonces se realizaba. En consecuencia, la entidad mutó en sujeto pasivo del IRNR al disponer en territorio español de un establecimiento permanente.

Sin embargo, si existiera CDI con otro Estado, prevalece la definición de residencia fiscal convencional sobre la legal, dada la preferencia de los tratados internacionales sobre la ley ordinaria en la jerarquía de fuentes normativas¹³. Esto sucede, por ejemplo, con las entidades constituidas de acuerdo con las leyes españolas que, no obstante, tienen en el extranjero la sede de su dirección efectiva.

En este sentido, siguiendo lo dispuesto en el artículo 4.3 del Modelo de Convenio tributario sobre la renta y sobre el patrimonio de la OCDE en su versión abreviada de 2017¹⁴, se

Así las cosas, la entidad itinerante consultó a la DGT si la sucursal en España podía o no compensar las bases impositivas negativas generadas por la entidad que traslada su domicilio a Italia.

La DGT consideró en su respuesta que el cambio de domicilio social supone la continuidad de la personalidad jurídica de dicha entidad y que el artículo 18.3 del TRLIRNR posibilita a los establecimientos permanentes compensar sus bases impositivas negativas conforme a lo previsto en el artículo 25 del Real Decreto legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades (TRLIS). En consecuencia, tales bases impositivas negativas podrán ser compensadas con las rentas positivas obtenidas por el establecimiento permanente en cuestión durante los periodos impositivos que queden para completar el plazo dispuesto por el precepto legal antedicho.

En la Consulta V1235/2007, de 13 de junio (NFC033492), la DGT sostuvo que el mero cambio de domicilio social por una entidad, conservando la sede de la dirección efectiva en territorio español, no provoca la pérdida de la residencia fiscal en España.

Por el contrario, no ocurre lo mismo cuando una entidad traslada el domicilio social y la sede de la dirección efectiva al extranjero perdiendo toda conexión con el ordenamiento jurídico español, hasta el punto de dejar de ser entidades constituidas conforme a la legislación española. En tal caso, pierde su condición de sociedad residente fiscal en España. En definitiva, la pérdida de la residencia fiscal en nuestro territorio implica la aplicación de la regla especial de valoración según valor de mercado (Consulta de la V2597/2013, de 5 de agosto -NFC048884-).

En la Consulta V3538/2016, de 27 de julio (NFC061539), una entidad planteó a la DGT si a consecuencia del traslado del domicilio social y fiscal a Portugal se generaría o no una plusvalía en el patrimonio de la sociedad y, de ser así, cómo se calcularía el valor de mercado de los bienes muebles e inmuebles, y si este debiera o no incluirlo en la base imponible del IS del año de traslado.

Dicha entidad tenía la sede de su dirección efectiva administrativa y su residencia fiscal en España. La totalidad de su patrimonio se encuentra en un único establecimiento permanente situado en Portugal. La sociedad en cuestión (dedicada a la actividad empresarial agrícola de fincas rústicas ubicadas en territorio luso) traslada su domicilio social y la dirección de la explotación agraria a Portugal, perdiendo la condición de residente fiscal en territorio español.

En su respuesta, la DGT, invocando los artículos 8, 19.1 y 22.1, 2 y 3 de la LIS, así como el CDI entre España y Portugal (entre otras normas aplicables), consideró que la sociedad consultante debía integrar en su base imponible la renta generada hasta el cambio de residencia, así como la plusvalía latente que, no obstante, quedaría exenta de tributación por el IS si cumple los requisitos legalmente establecidos para las rentas obtenidas en el extranjero a través de establecimiento permanente.

¹³ Artículos 7.1 b) de la LGT, 1 del Código Civil español y 93 a 96 de la Constitución española de 1978.

¹⁴ El artículo 4.3 del del modelo de convenio establece que:

Quando, en virtud de las disposiciones del apartado 1, una persona que no sea una persona física sea residente en ambos Estados contratantes, las autoridades competentes de los Estados contratantes harán lo posible por determinar mediante acuerdo amistoso, el Estado contratante

considera que una entidad es residente fiscal de aquel Estado en que, según su legislación, esté sujeta a imposición por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio semejante. Si hubiera una duplicidad de residencias (al entender la normativa de los dos Estados que la sociedad reside a efectos fiscales en sus respectivos territorios), el criterio decisorio y definitivo de la titularidad de la potestad tributaria se inclinará a favor de aquel Estado en el que se ubique la sede de la dirección efectiva de la sociedad.

Ante la ausencia de CDI habría que considerar que la entidad continúa siendo residente fiscal en España y, en consecuencia, sujeto pasivo del IS, pese a trasladar la sede de dirección efectiva a otro Estado. Ahora bien, para ello, la sociedad en cuestión tendría que mantener su domicilio social en España y, en cualquier caso, haberse constituido con arreglo a las leyes españolas.

La situación anterior implica que no habría conclusión del periodo impositivo en curso. Y lo peor es que se daría la incómoda concurrencia de una doble residencia fiscal sobre la misma persona jurídica, con la consiguiente doble imposición al ordenamiento tributario de dos jurisdicciones diferentes. Un modo eficaz de impedir esa tesitura perjudicial es la extinción de la compañía española e, inmediatamente, proceder a la constitución de una nueva entidad en el extranjero.

Cuestión diferente sería que, produciéndose un traslado de residencia fiscal de una entidad a otro Estado, los elementos patrimoniales de esta queden afectados a un establecimiento permanente situado en España. Esto constituiría una salvedad a la aplicación del *exit tax* que estudiamos, en cuanto que la Hacienda pública española no perdería su potestad de gravar las plusvalías latentes, pues estas no tributan únicamente por el cambio de residencia fiscal, sino que se tendrá en cuenta sobre esos valores los ingresos y gastos derivados de los mismos.

Además, en el contexto anterior, el que no tributen las plusvalías tácitas del establecimiento permanente no obsta a que se considere periclitado el periodo impositivo en el que la entidad cambia su residencia fiscal a otra jurisdicción.

4.2. Conclusión del periodo impositivo del IS

Como primer efecto del traslado de la residencia fiscal de una entidad de España a otro Estado o jurisdicción hay que destacar la conclusión del periodo impositivo¹⁵ del IS, como prevé el artículo 27.2 b) de la LIS.

del que deba considerarse residente a dicha persona a los efectos del convenio, teniendo en cuenta su sede de dirección efectiva, su lugar de constitución o de creación por otros procedimientos, así como cualquier otro factor pertinente. En ausencia de tal acuerdo, esa persona no podrá acogerse a las reducciones o exenciones fiscales previstas en este convenio, salvo en la forma y medida que puedan acordar las autoridades competentes de los Estados contratantes.

¹⁵ Conforme al artículo 3 de la directiva ATAD, se entiende por «periodo fiscal» un ejercicio fiscal, un año civil o cualquier otro periodo pertinente a efectos fiscales.

La finalización del periodo impositivo se producirá, de manera efectiva, el último día de este en que la entidad tenga su residencia en territorio español, conforme a los criterios fiscales, a partir del cual su residencia se sujeta a la normativa de otra jurisdicción en el extranjero.

A mayor abundamiento de lo establecido en el precepto legal citado, en la Consulta V3215/2014, de 1 de diciembre (NFC053306)¹⁶, la DGT declaró que el cambio de residencia de territorio español al extranjero resulta equivalente a la disolución de la sociedad.

Pero, no es esta la única consecuencia. Como se analiza en el siguiente subepígrafe, el traslado de la sociedad al extranjero implicará que esta deba incluir en la base imponible de su IS una renta fiscal resultante de la diferencia entre el valor de mercado y el valor fiscal de los elementos patrimoniales de la entidad residente.

4.3. Inclusión de las plusvalías latentes en la base imponible del IS y del IRNR: el gravamen de salida o *exit tax*

Aquí llegamos a la esencia genuina del objeto de estudio de este artículo: el gravamen de salida como una de las consecuencias del cambio de residencia fiscal de una entidad o sociedad a otra jurisdicción.

Sin perjuicio de que se analice con más detalle y profundidad en un apartado posterior, con carácter general, el concepto de gravamen de salida se corresponde con una cláusula

¹⁶ Se trataba de una sociedad española que trasladó la sede de su dirección efectiva al Reino Unido y adquirió íntegramente el capital social de una entidad británica. Esta entidad adquirente estaba dominada por otra sociedad española, constituyendo ambas un grupo societario sometido al régimen especial de consolidación fiscal.

La entidad dominante consultó a la DGT si ello comportaba el cambio de la residencia fiscal de la entidad dominada fuera de España y si, además, implicaba que dicha sociedad había percibido una renta determinada por la diferencia entre el valor fiscal y el valor de mercado de las acciones de la sociedad británica comprada, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 17.1 a) del entonces vigente TRLIS.

La DGT consideró que, conforme a los hechos expuestos por la consultante, la sociedad migrada a Reino Unido había perdido su residencia fiscal en España, lo que implicaba la inclusión en la base imponible de su IS de las plusvalías tácitas percibidas con arreglo a lo dispuesto en los artículos 17.1 (actual art. 19.1 de la LIS) y 26.2 del TRLIS (el vigente art. 27.2 b) de la LIS.

Además, la DGT estimó que:

En el presente supuesto, atendiendo una interpretación razonable y sistemática de la norma, debe entenderse que la pérdida de la residencia fiscal en España conlleva unas consecuencias en el impuesto sobre sociedades equiparables a las de la disolución en el caso de exclusión de la entidad del grupo fiscal.

de cierre prevista en el ordenamiento tributario español (y en otros Estados de nuestra área geopolítica y económica)¹⁷ que opera como un gravamen disuasorio y recaudatorio, a modo de bloque u obstáculo de contención frente a traslados o deslocalizaciones que socaven el volumen recaudatorio de la Hacienda pública española. Se trata de preservar la potestad tributaria del Estado «saliente» (donde la persona jurídica tiene su residencia fiscal) frente a la potestad impositiva del Estado «receptor» (donde la persona jurídica va a tener su nueva residencia fiscal).

El traslado de la residencia fiscal produce, entre otras consecuencias ya examinadas, el deber del sujeto pasivo de integrar en la base imponible una renta fiscal resultante de la diferencia entre el valor normal del mercado y el valor fiscal de los elementos patrimoniales titularidad de la entidad que cambió su residencia al extranjero, salvo que los elementos patrimoniales queden afectos a un establecimiento permanente situado en España (arts. 19.1 de la LIS, en redacción dada por la Ley 11/2021, y 18.5 del TRLIRNR).

La integración en la base imponible de dichas plusvalías latentes se justifica porque los rendimientos futuros o potenciales que podrían percibirse por la sociedad de dichos elementos patrimoniales ya no tributarían en territorio español, salvo que se afecten a un establecimiento permanente situado en España.

Expresado de otra forma: el gravamen de salida para las personas jurídicas que trasladan su residencia fiscal a otra jurisdicción encuentra el mismo fundamento que el *exit tax* de las personas físicas (Martínez-Carrasco Pignatelli, 2023): se reconoce a los Estados el derecho a gravar las rentas latentes nacidas en su territorio y percibidas (o por percibir) por sus contribuyentes que abandonan su residencia fiscal inicial para trasladarla a otra jurisdicción.

De igual modo que acontece con el traslado de residencia fiscal de una persona física a otro Estado¹⁸, el cambio de residencia por una entidad (sujeto pasivo del IS por ser

¹⁷ Pese a la previsión generalizada de los gravámenes de salida en otros muchos Estados semejantes –*mutatis mutandis*– al nuestro (Alemania, Dinamarca, Francia, Países Bajos, Reino Unido), presentan serias dudas sobre el respeto a algún principio básico de fiscalidad internacional y del propio derecho de la UE, al resultar medidas extraterritoriales potencialmente perturbadoras del poder tributario de otras jurisdicciones, y posiblemente vulneradoras de los principios de la UE de libre circulación de personas y de libertad de establecimiento.

¹⁸ La diferenciación entre el gravamen de salida exigible a una persona física y el gravamen de salida sobre una persona jurídica resulta muy importante, pues los impuestos que recaen sobre las rentas percibidas por uno y otro sujeto pasivo son muy diferentes: el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) y el IS.

En tal sentido, Hernández González-Barreda (2018) ha destacado la relevancia de la distinción entre el *exit tax* de personas físicas y el de las personas jurídicas, dado que «los nexos y principios jurisdiccionales que sostienen el gravamen de ambos tipos de personas, así como las consecuencias del traslado y

residente, hasta entonces, en territorio español, o del IRNR por ser titular en España de un establecimiento permanente) al extranjero, provocaría la indeseada consecuencia de que el poder tributario de la Hacienda pública se difumine, se diluya, desapareciendo toda capacidad o legitimidad para seguir sometiéndolo a imposición, al quedar el obligado tributario allende la soberanía fiscal española.

Para impedir la consecuencia descrita, perjudicial, tóxica a todas luces para el interés público recaudatorio, el legislador contempla la sujeción a gravamen de las presuntas plusvalías ínsitas en los elementos del activo titularidad de la entidad «emigrada» antes de que esta los transmita, siendo ya una entidad no residente fiscalmente en territorio español ni titular de ningún establecimiento permanente situado en España. En tal caso, nada podría hacer la Administración tributaria patria para ejercer su potestad de imposición.

Si entre los elementos patrimoniales de la sociedad hubiese participaciones en el capital de otras entidades residentes en territorio español o en el extranjero, el 95 % de esa renta tácita quedaría exenta de tributación si se observan los requisitos exigidos por el artículo 21 de la LIS. En el caso de que la sociedad que cambia de residencia fiscal tuviera algún establecimiento permanente en el extranjero, la renta imputable a este quedaría totalmente exenta.

Ahora bien, el que el gravamen de salida se justifique por razones de interés general no siempre garantiza que su regulación en el Estado de salida resulte proporcional ni que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo que se persigue (Álvarez-Arias, 2021, p. 4).

Esto es, se trata de determinar en qué medida los impuestos de salida colisionan o no con el principio de libertad de establecimiento en una sociedad con una economía altamente internacionalizada y globalizada. Esta importante cuestión se analizará en epígrafes posteriores.

4.4. Pérdidas por deterioro de participaciones en otras entidades

Puede ocurrir que la compañía que traslade su residencia fiscal a otro Estado disponga de participaciones en el capital social de otras entidades, residentes en territorio español o fuera, que hayan experimentado un deterioro no deducido (art. 13.2 b) de la LIS).

Pues bien, tal deterioro resulta deducible en el periodo impositivo que concluye con el traslado de la residencia fiscal (renta negativa por la diferencia entre el valor de mercado de las participaciones y su valor fiscal). En consecuencia, no será aplicable la limitación

posibilidades de regreso, son distintos, impactando en la configuración y justificación de estos tipos de impuestos de salida».

prevista en el artículo 11.10 de la LIS, dado que el cambio de residencia fiscal no implica una transmisión de esas participaciones.

Así lo declaró con perspicua claridad la DGT en la Consulta V3215/2014, de 1 de diciembre (NFC053306). La consultante era una sociedad (llamémosle Alfa) que ostentaba el 100 % de una entidad (A), estando integradas ambas en un mismo grupo de consolidación fiscal.

En 2006, la compañía A adquirió una mercantil inglesa B con financiación ajena bancaria parcial de la operación. Desde entonces, la actividad principal de A era la mera tenencia de la participación de B.

La entidad que formuló la consulta negoció la reestructuración de la deuda bancaria con las entidades financieras prestamistas.

En este contexto, la compañía en cuestión trasladó su sede de dirección efectiva al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, con inscripción en el Registro Mercantil británico como sociedad extranjera. Ello conllevó, según respuesta de la DGT, un cambio de la residencia fiscal de la sociedad Alfa de España a Reino Unido.

Junto a otras diversas consultas formuladas por la entidad en cuestión, se preguntaba –por lo que aquí interesa– si, en caso de que la renta fuera negativa, la misma debiera ser o no reconocida en el mismo periodo impositivo en el que aconteció el traslado de la residencia fiscal de A, ya que no era aplicable lo establecido en el artículo 19.11 del TRLIS (actual art. 11.10 de la LIS).

A ello respondió la DGT indicando que, en el caso de que la entidad A tuviera que integrar una renta negativa según lo dispuesto en el artículo 17.1 a) del TRLIS, ello no implicaría la aplicación de la cláusula contenida en el artículo 19.11 del TRLIS, ya que dicha renta negativa no deriva de ninguna transmisión de acciones o participaciones intragrupo. Por tanto, tal pérdida se incluiría en la base imponible del IS del ejercicio en el que se hubiera producido el cambio de la residencia fiscal en España.

5. El gravamen de salida sobre las personas jurídicas en el IS y en el IRNR español antes de la directiva ATAD

5.1. Idea general

Se acaban de analizar en el epígrafe anterior las consecuencias que conlleva en el derecho tributario español el cambio de residencia fiscal de una persona jurídica y, entre ellas, se ha expuesto el concepto de gravamen de salida, apuntando su previsión en el IS y en el IRNR.

En este epígrafe iniciamos el análisis de la evolución de la regulación del *exit tax* español (corregida y moldeada paulatinamente por la doctrina emanada del TJUE en la materia) con anterioridad a la aparición de la importante directiva antielusoria de la UE de 2016 (directiva ATAD).

5.2. Inclusión en la base imponible de las plusvalías latentes: antecedentes. La Sentencia del TJUE de 29 de noviembre de 2011 (National Grid Indus)

En Sentencia de 29 de noviembre de 2011 (asunto C-371/10, National Grid Indus –NFJ045002–), el TJUE declaró que el principio de libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en otro Estado miembro previsto en el artículo 49 del TFUE era aplicable también para las personas jurídicas en virtud de lo dispuesto en el artículo 54 de dicho tratado.

National Grid Indus era una entidad residente fiscalmente en Países Bajos que trasladó su sede de dirección efectiva al Reino Unido. La sentencia del TJUE reconoce que las restricciones previstas en la normativa interna de los Estados miembros para las entidades que cambian su sede de dirección efectiva a otro Estado de la UE implican una restricción a la libertad de establecimiento justificada, ya que garantizan el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros.

No obstante, el TJUE advirtió que para ello es preciso que tales medidas de derecho estatal resulten proporcionadas en una doble perspectiva:

- Adecuación o no de la liquidación automática o inmediata del gravamen de salida. Esto es, en el mismo momento en que se efectúe el cambio de residencia fiscal por el contribuyente sin consideración a las circunstancias posteriores que se deriven de tal traslado.
- Proporcionalidad o no de la exigencia inmediata del gravamen de salida.

Al respecto, el TJUE declaró que no era desproporcionado que el gravamen de salida se liquidase sin atender a las circunstancias posteriores al traslado de la residencia fiscal de la entidad en cuestión y que la normativa nacional de cada Estado miembro sería proporcionada si ofrecía la opción al contribuyente de escoger entre satisfacer el pago inmediato del tributo o su pago en diferido con intereses y la constitución de una garantía.

En consecuencia, el tribunal de Luxemburgo consideró, a la inversa, que resultaba desproporcionada la exigencia de pagar el gravamen de modo instantáneo, sin posibilitar a la entidad su aplazamiento.

El criterio manifestado por el TJUE en este pronunciamiento se mantuvo reiteradamente con posterioridad, provocando modificaciones en los ordenamientos tributarios internos de varios Estados miembros de la UE, incluidos España (Herrera Molina, 2013).

5.3. El gravamen de salida en el derogado TRLIS y en el TRLIRNR. La Sentencia del TJUE de 25 de abril de 2013 (Comisión Europea contra Reino de España)

El gravamen de salida para personas jurídicas ya se contemplaba en el artículo 17.1 del derogado¹⁹ TRLIS disponiendo el cobro inmediato del tributo en el momento del traslado de la residencia fiscal de España a otro Estado.

La Sentencia del TJUE de 25 de abril de 2013 (asunto C-64/11, Comisión c. España –NFJ050566–) consideró desproporcionada la exacción automática e inmediata del *exit tax* español declarando que atentaba frontalmente contra la libertad de establecimiento.

En cumplimiento del pronunciamiento del tribunal de Luxemburgo, la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado (PGE) para 2014, modificó la redacción del artículo 17.1 añadiendo un párrafo segundo en el que se recogía la posibilidad de aplazamiento del pago del gravamen de salida en caso de que se produjera la transferencia de elementos patrimoniales a un Estado miembro de la UE o del EEE con el que existiera un convenio de intercambio de información, con devengo de intereses y constitución de garantías, en los mismos términos previstos en la LGT y en su normativa de desarrollo.

Con la derogación del TRLIS de 2004 por la nueva LIS, el gravamen de salida sobre personas jurídicas se reubicó sistemáticamente pasando a incluirse en el artículo 19 de la LIS.

En el mismo sentido, mediante la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, de modificación del IRPF y del IRNR, se incorporó el apartado 5 al artículo 18 del TRLIRNR admitiendo el aplazamiento en el pago del gravamen de salida para los titulares no residentes de establecimientos permanentes situados en España.

6. La Directiva (UE) 2016/1164, *Anti Tax Avoidance* (ATAD)

El 28 de enero de 2016, la Comisión Europea finalizó la elaboración de un paquete de medidas de lucha contra la elusión fiscal. Meses más tarde se dictó la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016 (directiva ATAD), por la que se establecen

¹⁹ Apartado 1 de la disposición derogatoria de la LIS.

normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

La directiva ATAD constituye un verdadero hito, un antes y un después, en el tratamiento de los gravámenes de salida a las personas jurídicas por el derecho de la UE (Panayi, 2010-2011; Peeters, 2017; Rigaut, 2016).

Su artículo 5 prevé el gravamen de salida respecto a personas jurídicas (no a las personas físicas). Conforme a la norma de la UE referida, el presupuesto de hecho determinante de su exacción es el traslado de la residencia fiscal de una entidad o de alguno de sus activos fuera del Estado en el que se han originado los beneficios o el valor económico.

Se descarta por la propia directiva el objetivo de obstaculizar la continuidad de la actividad empresarial. Realmente –se advierte–, el objeto del gravamen de salida es combatir el cambio artificioso y forzado de la residencia fiscal por una entidad.

Respecto a la base imponible, el apartado 1 del artículo 5 de la directiva dispone que «un contribuyente será gravado por un importe igual al valor de mercado de los activos trasladados, en el momento de la salida de los activos, una vez deducido el valor de estos últimos a efectos fiscales [...]».

Para impedir vacíos que generen inseguridad jurídica, el precepto indicado determina con claridad y detalle las circunstancias que implicarán la exacción del gravamen de salida, a saber:

- Cuando el contribuyente traslade activos desde su sede de dirección a su establecimiento permanente en otro Estado miembro o en un tercer país, en la medida en que, debido al traslado, el Estado miembro en el que se encuentra la sede ya no tenga derecho a gravar dichos activos.
- Cuando el contribuyente traslade activos desde su establecimiento permanente en un Estado miembro a su sede de dirección o a otro establecimiento permanente en otro Estado miembro o en un tercer país, en la medida en que, debido al traslado, el Estado miembro en el que se encuentra el establecimiento permanente ya no tenga derecho a gravar dichos activos.
- Cuando el contribuyente traslade su residencia fiscal a otro Estado miembro o a un tercer país, excepto en relación con aquellos activos que sigan estando vinculados de manera efectiva a un establecimiento permanente en el primer Estado miembro.
- Cuando el contribuyente traslade la actividad realizada por su establecimiento permanente de un Estado miembro a otro o a un tercer país, en la medida en que, debido a dicho cambio, el Estado miembro en el que se encuentra el establecimiento permanente ya no tenga derecho a gravar dichos activos.

Del precepto de la directiva en examen se desprende la posibilidad de que el gravamen de salida se exija no solo por traslados de residencia fiscal o de activos intracomunitarios, sino también por traslados a un tercer país, esto es, un Estado o territorio extracomunitario (Villalba Rodríguez, 2019).

Pese a lo dispuesto por la directiva ATAD, resulta evidente que el cálculo del valor de mercado²⁰ puede provocar conflictos, habida cuenta de que el traslado de activos puede tener un valor de mercado a la salida de un país y otro distinto en la propia llegada al otro Estado (Hernández González-Barreda, 2018).

Por lo que se refiere a los intereses y garantías, el artículo 5.2 y 3 de la norma de la UE prevé que la persona jurídica podrá aplazar el pago del gravamen, así como fraccionar la deuda en un plazo de cinco años con los requisitos específicos exigidos. El fraccionamiento en cinco años puede suponer la carga de intereses a la persona jurídica en cuestión, «de conformidad con la legislación del Estado miembro del contribuyente o del establecimiento permanente según el caso»²¹.

En el hipotético supuesto de que la autoridad competente del Estado miembro advierta la existencia de causas reales, indicios racionales que induzcan a sospechar que la persona jurídica no pagará, se puede exigir la constitución de una garantía como condición al fraccionamiento del impuesto de salida.

Finalmente, hay que destacar que, conforme a la directiva ATAD, el *exit tax* no será exigible si se trata de un traslado de activos o de residencia fiscal meramente provisional del sujeto pasivo contribuyente, persona jurídica, con un consiguiente retorno de los activos al Estado de origen.

En este sentido, el artículo 5.7 de la directiva ATAD determina que no se aplicará el *exit tax* en los casos siguientes:

- Cuando se trasladen activos relacionados con la financiación de garantías.
- Cuando se entreguen activos como garantía.
- Cuando se transfieran activos para cumplir requisitos prudenciales de capital o a efectos de gestión de liquidez.

²⁰ La directiva ATAD define el «valor de mercado» como «el importe por el que puede intercambiarse un activo o por el que pueden liquidarse las obligaciones recíprocas entre compradores y vendedores interesados en una transacción directa».

²¹ El artículo 5.3 de la directiva ATAD dispone que «si un contribuyente procede al aplazamiento del pago de conformidad con el apartado 2, se le podrán aplicar intereses de conformidad con la legislación del Estado miembro del contribuyente o del establecimiento permanente, según el caso».

7. El actual gravamen de salida sobre personas jurídicas en la LIS y en el TRLIRNR vigente: la transposición de la directiva ATAD al ordenamiento tributario español

7.1. Idea general

La normativa en vigor del IS (recuérdese, el art. 19.1 de la LIS) prevé el gravamen de las plusvalías latentes (presuntas, tácitas) incorporadas en el valor de los elementos patrimoniales cuando se produce un cambio de la residencia fiscal del sujeto pasivo del impuesto de España a otro Estado.

Esos rendimientos presuntos se determinan por la diferencia entre el valor de mercado de tales elementos y su valor fiscal en el momento del traslado fuera del territorio español²². Además, según se ha examinado en epígrafes anteriores de este trabajo, en el IS, el traslado de la residencia fiscal implica la conclusión de un periodo impositivo (art. 27.2 b) de la LIS), debiéndose integrar en el mismo la renta coligada a tal plusvalía latente para ser gravada en territorio español, calculada por la diferencia entre el valor de mercado y el valor fiscal de los elementos patrimoniales de la sociedad en cuestión²³.

Igualmente, en la determinación de la base imponible del IRNR, el artículo 18.5 del TRLIRNR²⁴ establece que se integrará la diferencia entre el valor de mercado y el valor fiscal de elementos que compongan el activo de establecimientos permanentes situados en territorio español cuya titularidad corresponda a un no residente fiscalmente en España, pero sujeto pasivo de aquel tributo.

²² Una situación muy similar se produce en el caso de disolución de una entidad. Se sujetan a tributación por el IS las rentas tácitas que corresponden al incremento de valor que han experimentado los elementos patrimoniales durante el tiempo en el que han permanecido en el patrimonio del contribuyente y que afloran al producirse la disolución de la entidad.

²³ La determinación de los conceptos de «valor de mercado» y de «valor fiscal» merece un estudio detallado y profundo, objeto de un trabajo de investigación autónomo y sereno, el cual trasciende el alcance y los límites del presente artículo doctrinal.

Advertido lo anterior, en principio, se remite al lector interesado a lo dispuesto en el artículo 17 de la LIS, con la rúbrica «Regla general y reglas especiales de valoración en los supuestos de transmisiones lucrativas y societarias», y al artículo 18.4, «Operaciones vinculadas», respecto a los métodos de determinación del valor de mercado. Así, entre otros métodos y técnicas que respeten el principio de libre competencia, el legislador propone el método del precio libre comparable, del coste incrementado, del precio de reventa, de la distribución del resultado, y del margen neto operacional.

²⁴ La transposición al TRLIRNR de la directiva ATAD en virtud de la Ley 11/2021 implicó una modificación en la redacción del apartado 5 del artículo 18 del TRLIRNR, así como la incorporación *ex novo* de los apartados 8, 9 y 10 de dicho precepto legal, con un contenido similar al de la redacción actual del artículo 19.1 de la LIS.

7.2. El *exit tax* español en el IS y en el IRNR después de la transposición de la directiva ATAD a sus leyes reguladoras: posibilidad de fraccionamiento

La Ley 11/2011, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, transpuso a nuestro ordenamiento tributario la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016 (Letizia, 2020).

Sin duda, la incorporación de la directiva ATAD al derecho tributario patrio ha implicado una reforma importante en la configuración del *exit tax* español (De Juan Casadevall, 2021, pp. 13-16) introduciendo la posibilidad de que el contribuyente fraccione el pago del impuesto a lo largo de cinco años.

Pues bien, como consecuencia de la Ley 11/2021, y con efectos para los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2021, deben advertirse las cuestiones siguientes:

- Si se produce cambio de residencia, transferencia a España de elementos patrimoniales o actividades que hayan sido objeto de una imposición de salida en un Estado miembro de la UE, el valor determinado por el Estado miembro de salida se considera valor fiscal en España, excepto que este no refleje el valor de mercado.
- No resulta aplicable el régimen previsto para el traslado de residencia fiscal del artículo 19.1 de la LIS y, en consecuencia, no se integrará en la base imponible, la diferencia entre el valor de mercado y el valor fiscal de los elementos patrimoniales transferidos que estén relacionados con la financiación o entrega de garantías o para cumplir requisitos prudenciales de capital o a efectos de gestión de liquidez, siempre que se prevea que deben volver a territorio español para afectarse en el plazo máximo de un año a un establecimiento permanente situado en España.
- En el supuesto de elementos patrimoniales transferidos a un Estado miembro de la UE o del EEE que haya celebrado un acuerdo con España o con la UE sobre asistencia mutua en materia de cobro de créditos tributarios que sea equivalente a la asistencia mutua prevista en la Directiva 2010/24/UE, el contribuyente podrá optar por el fraccionamiento del pago de la deuda tributaria resultante por quintas partes anuales iguales con arreglo a los requisitos siguientes:
 - a) La opción debe ejercitarse únicamente en la propia autoliquidación del impuesto correspondiente al periodo impositivo concluido con ocasión del cambio de residencia fiscal.
 - b) El pago de la primera fracción del gravamen de salida debe efectuarse en el plazo voluntario de declaración correspondiente al periodo impositivo finalizado por el traslado de la residencia fiscal.

- c) El vencimiento y exigibilidad de cada una de las cuatro fracciones anuales restantes, más los intereses de demora correspondientes devengados por cada una de ellas, se producirá de manera sucesiva pasado un año desde la finalización del plazo voluntario de declaración correspondiente al último periodo impositivo.
- d) A la opción de fraccionamiento del pago del gravamen de salida le resulta de aplicación lo establecido en la LGT respecto al devengo de intereses de demora y constitución de garantías. Únicamente se exigirá la constitución de garantías cuando se justifique la existencia de indicios racionales de que el cobro de la deuda se podría ver seriamente frustrado o dificultado.

Si los indicios racionales de impago se advierten por la Administración recaudadora en el plazo de los seis meses siguientes a la finalización del plazo voluntario de pago de la primera fracción, debe ponerse en conocimiento del sujeto pasivo contribuyente a través de la notificación del requerimiento correspondiente para la aportación de garantías bastantes en el plazo de 10 días contados a partir del siguiente a la recepción de su notificación.

Si el requerimiento no fuera atendido por el contribuyente o, en caso de serlo, no se considera aportada caución suficiente o sin la debida justificación de lo innecesario de la misma, la Administración recaudadora podrá exigir la totalidad de la deuda pendiente en los plazos a los que se refiere el artículo 62.2 de la LGT.

De no ingresarse el gravamen de salida en el plazo legal establecido, comenzará el periodo ejecutivo, con inicio de la vía de apremio según lo dispuesto en el artículo 167.1 de la LGT.

7.3. Supuestos de pérdida de vigencia del fraccionamiento del gravamen de salida

La transposición de la directiva ATAD operada en virtud de la precitada Ley 11/2021 implicó la previsión de diferentes supuestos de pérdida de vigencia del fraccionamiento del gravamen de salida en el IS y en el IRNR.

Ello revela el carácter extremadamente garantista de aquella norma de la UE en favor del interés recaudatorio de la Hacienda pública.

Tales supuestos en los que el fraccionamiento del *exit tax* decae son los siguientes²⁵:

²⁵ Artículos 19.1, párrafo séptimo, de la LIS y 18.8, párrafo sexto y siguientes, del TRLIRNR.

- a) Cuando los elementos patrimoniales afectados sean objeto de transmisión a terceros.
- b) Cuando los elementos patrimoniales afectados se trasladen con posterioridad a un tercer Estado diferente a los señalados en el artículo 19.1, párrafo segundo, de la LIS y en el artículo 18.9, párrafo primero, del TRLIRNR²⁶.

En los casos expuestos en las letras a) y b) anteriores, si se produce una transmisión o traslado parcial de los elementos patrimoniales, el fraccionamiento pierde su vigencia solo respecto de la parte proporcional de la deuda tributaria correspondiente a la diferencia positiva entre el valor de mercado y el valor fiscal de tales elementos, con la exigencia de que el contribuyente demuestre que dicha transmisión o traslado afecta únicamente a alguno o algunos de los elementos patrimoniales.

- c) Cuando el contribuyente traslade con posterioridad su residencia fiscal a un tercer Estado distinto de los señalados en el recién citado artículo 19.1, párrafo segundo, de la LIS y en el artículo 18.9, párrafo primero, del TRLIRNR.

En estos tres casos descritos en las letras a), b) y c), las cantidades respecto de las cuales el fraccionamiento ha perdido su vigencia deben ser ingresadas en el plazo de un mes a contar desde que se produzca la pérdida de vigencia del fraccionamiento.

La ausencia de pago en el plazo de un mes referido implica, únicamente por lo que se refiere a las cantidades respecto de las cuales el fraccionamiento ha perdido su vigencia, el inicio del procedimiento de apremio, con exigencia de ingreso en los plazos del artículo 62.5 de la LGT. Los ingresos que se realicen se aplicarán a los últimos vencimientos del fraccionamiento. Si no se efectúa el ingreso de las cantidades exigidas en tales plazos, se entenderá que el resto de la deuda fraccionada ha vencido, debiendo iniciarse el procedimiento de apremio sobre esta.

- d) Cuando el contribuyente se encuentre en liquidación o esté incurso en un procedimiento de ejecución colectiva, como concurso, o cualquier procedimiento equivalente. En este supuesto, la pérdida de vigencia del fraccionamiento supone el vencimiento y exigibilidad de la totalidad de la deuda pendiente en un mes, a contar desde que se produzca la misma. La falta de pago en el mes concedido implicará el comienzo del periodo ejecutivo, con inicio del procedimiento de apremio (art. 167.1 de la LGT).

²⁶ Es decir, a un Estado miembro de la UE o del EEE que no haya celebrado un acuerdo con España o con la UE sobre asistencia mutua en materia de cobro de créditos tributarios que sea equivalente a la asistencia mutua prevista en la Directiva 2010/24/UE 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.

- e) Cuando el contribuyente no efectúe el ingreso en el plazo previsto en el fraccionamiento. Si concurre tal supuesto, se iniciará el procedimiento de apremio solo respecto de la fracción incumplida, exigiéndose su pago en los plazos previstos en el artículo 62.5 de la LGT. El ingreso se extenderá a la cuantía de la fracción impagada más los intereses de demora (art. 26 de la LGT) devengados desde el día siguiente al del vencimiento del plazo de ingreso en periodo voluntario hasta la fecha del vencimiento del plazo concedido, más el recargo del periodo ejecutivo sobre la suma de ambos conceptos (art. 28 de la LGT).

En el caso de que no se efectúe el ingreso de las cuantías exigidas en apremio, las restantes fracciones pendientes se consideran vencidas, debiéndose iniciar el procedimiento de apremio respecto de todas ellas. Serán exigibles los intereses de demora devengados desde el día siguiente al del vencimiento del plazo de ingreso en periodo voluntario hasta la fecha en que venza el pago de la fracción incumplida.

Por último, y con arreglo a lo previsto en el artículo 5.7 de la directiva ATAD, no se integrará en la base imponible del IS, ni del IRNR, la diferencia entre el valor de mercado y el valor fiscal de los elementos patrimoniales transferidos que estén relacionados con la financiación o entrega de garantías o para cumplir requisitos prudenciales de capital o a efectos de gestión de liquidez, siempre que se prevea que deben volver a territorio español para afectarse en el plazo máximo de un año a un establecimiento permanente situado en España²⁷.

8. El gravamen de salida sobre las personas jurídicas y la jurisprudencia del TJUE

8.1. Idea general

La relevancia y trascendencia de la doctrina emanada del tribunal de Luxemburgo es indiscutible, manifiesta, palmaria. Sus pronunciamientos han sido de vital importancia en la evolución conceptual del gravamen de salida y han sentado las bases de su regulación e implementación actual en los ordenamientos internos de los Estados miembros de la UE.

De ahí que, a continuación, se relacionen y examinen sintéticamente –a modo de análectas o selección– las sentencias del TJUE dictadas hasta la fecha en materia de gravámenes de salida sobre entidades y sociedades, sin perjuicio de que algunas de ellas hayan sido ya citadas y analizadas someramente en el cuerpo central de este trabajo, en cuanto que afectaron directamente y provocaron modificaciones en la normativa reguladora del IRPF y del IS español.

²⁷ Artículos 19.1, último párrafo, de la LIS y 18.10 del TRLIRNR.

8.2. Sentencia del TJUE de 29 de noviembre de 2011 (National Grind Indus)

La sentencia recaída en el asunto C-371/10 (NFJ045002) constituye un auténtico hito en la materia. En efecto, su trascendencia obedece a que fue la primera vez que el tribunal europeo se pronunciaba sobre el *exit tax* de las personas jurídicas. Hasta entonces, el vacío existente se orillaba con la aplicación extensiva de la doctrina del tribunal de Luxemburgo respecto de las personas físicas.

Se trataba de una sociedad neerlandesa con domicilio social en Países Bajos. Se cuestionaba el impuesto de plusvalías latentes que debe pagar la sociedad por el cambio de la sede de dirección efectiva al Reino Unido. Como consecuencia de lo previsto en el CDI entre ambos Estados miembros de la UE, después del traslado de la sede de la dirección efectiva de la entidad, la potestad tributaria para gravar los beneficios correspondía al Reino Unido. Con arreglo al convenio, la Administración tributaria neerlandesa dejaba de percibir beneficios imposables en Países Bajos y, por tanto, debía realizar una liquidación de las plusvalías latentes en el momento del traslado.

Partiendo de estos antecedentes, se planteó una cuestión prejudicial al TJUE acerca de si frente al ordenamiento tributario nacional era ejercitable o no por la entidad National Grind Indus el derecho a la libertad de establecimiento. El tribunal europeo recordó que el artículo 49 del TFUE es aplicable también para las personas jurídicas, conforme a lo dispuesto en el artículo 54.

A tenor de lo dispuesto en la norma de la UE referida, el tribunal de Luxemburgo analizó si se daba o no una restricción a la libertad de establecimiento. Para ello, realizó un test de proporcionalidad, necesidad y adecuación para comprobar si dicha restricción quedaba justificada.

Al respecto, el TJUE reiteró que únicamente puede restringirse el derecho al libre establecimiento cuando concurre un interés general y cuando se pretende garantizar el reparto equilibrado de la potestad tributaria de los Estados miembros siempre que sea necesario y proporcional para alcanzar el objetivo perseguido.

Finalmente, el TJUE consideró válida la postura del Estado de origen, cuyo ordenamiento ofrece dos posibilidades a la persona jurídica que traslada su residencia fiscal, a saber: el pago del impuesto de salida de manera inmediata, o bien de manera diferida, con los intereses que correspondan.

8.3. Sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2012 (Comisión Europea contra República Portuguesa)

En esta sentencia (asunto C-38/10 –NFJ048196–), el tribunal de Luxemburgo declaró que la República Portuguesa había transgredido el artículo 49 del TFUE al mantener en vigor

una normativa interna reguladora del IS²⁸ en virtud de la cual se aplicaría un gravamen inmediato sobre las plusvalías latentes relativas a los activos de una sociedad lusa que traslade a otro Estado miembro su domicilio social y su dirección efectiva, o de una entidad no residente en Portugal que transfiera de territorio luso a otro Estado miembro la totalidad o parte de los activos vinculados a un establecimiento permanente portugués, pero no de las plusvalías latentes derivadas de transacciones exclusivamente nacionales.

El TJUE consideró que limita el derecho europeo de libertad de establecimiento aquella norma estatal (en este asunto, Portugal) que sujeta a gravamen las plusvalías latentes de los activos de una sociedad que cambia su domicilio y residencia a otro Estado de la UE sin que se mantenga establecimiento permanente alguno después de ese traslado.

Por consiguiente, una normativa de tal naturaleza es contraria al derecho de la UE, habida cuenta de que dicha tributación no se aplica cuando el cambio de domicilio se produce dentro del mismo Estado, criterio que alcanza también el traslado de parte de los activos del establecimiento permanente a otro Estado de la UE.

Hay que entender que el criterio expresado por el TJUE en esta sentencia es aplicable plenamente al artículo 19 de la LIS.

8.4. Sentencia del TJUE de 25 de abril de 2013 (Comisión Europea contra Reino de España)

En esta sentencia (asunto C-64/11 –NFJ050566–) se trataba un tema en el que la Comisión Europea instó al TJUE –a resultas de un recurso de incumplimiento del art. 258 del TFUE– a declarar contrario al derecho de la UE (por vulneración del art. 49 del TFUE, en el que se consagra el derecho a la libertad de establecimiento) el artículo 17.1 del TRLIS.

A estos efectos, el TJUE declaró la total equiparación de las personas jurídicas a las personas físicas conforme a lo dispuesto en los artículos 49 y 54 del TFUE. Ello implicaba el pleno reconocimiento de la libertad de las personas jurídicas a establecerse y desarrollar su actividad económica en otros Estados miembros de la UE. Para el tribunal de Luxemburgo, se debe garantizar la libertad de establecimiento en otro Estado miembro suprimiendo obstáculos normativos a aquellas sociedades constituidas conforme a la legislación nacional que trasladen su residencia dentro de la UE²⁹.

²⁸ Se trataba del artículo 76 A y B del *Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas* (Código del impuesto sobre sociedades).

²⁹ El TJUE declaró que «deben considerarse restricciones a la libertad de establecimiento todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dicha libertad».

Para la Comisión Europea, el Reino de España transgredía el derecho al libre establecimiento de una entidad en el ámbito de la UE en cuanto que dispensaba un tratamiento fiscal diferenciado a las plusvalías latentes derivadas del mero traslado dentro del territorio español respecto de aquellas que se podrían generar por el cambio de residencia fiscal a otro Estado miembro de la UE.

Finalmente, la sentencia del TJUE que se analiza (apdo. 29) reconoció que el artículo 17.1 del TRLIS contenía una restricción a la libertad de establecimiento: penalizaba a las sociedades españolas por el mero traslado de residencia fiscal a otro Estado miembro. Trato este que, sin embargo, no aplicaba a cualquier entidad que cambiase su domicilio a otra comunidad autónoma dentro del propio territorio español. Y esa diferencia de tratamiento fiscal no resultaba objetiva, por lo que se vulneraba claramente la libertad de establecimiento reconocida en el derecho comunitario originario.

8.5. Sentencia del TJUE de 18 de julio de 2013 (Comisión Europea contra Reino de Dinamarca)

En el marco de un recurso por incumplimiento, el TJUE declaró en esta sentencia (asunto C-261/11)³⁰ que el cobro inmediato del gravamen sobre las plusvalías latentes por la transferencia de activos desde una sede permanente, pese a que la sociedad mantenga su vinculación con el país de origen en cuestión, es contrario al principio de libertad de establecimiento.

La sentencia referida consideró que el Reino de Dinamarca había transgredido el principio de libertad de establecimiento reconocida en los artículos 49 del TFUE y 31 del Acuerdo de 2 de mayo de 1992 del EEE, al adoptar y mantener vigente un norma estatal reguladora del gravamen inmediato de los beneficios de las sociedades anónimas³¹, en la que se preveía un régimen de tributación inmediata de las plusvalías tácitas correspondientes a la transmisión de activos efectuada por una entidad residente fiscalmente en Dinamarca hacia otro Estado miembro de la UE o hacia un país tercero, pero perteneciente al EEE.

Expresado de otro modo: para el TJUE es desfavorable a la libertad de establecimiento el cargar las ganancias de capital no percibidas efectivamente aún y derivadas de elementos patrimoniales no destinados a la venta por la sola razón de haberse producido un traslado comunitario de residencia fiscal. En alusión a la doctrina jurisprudencial comunitaria previa, y en favor de la protección y garantía de entidades y sociedades, el tribunal de Luxemburgo entendió que el ordenamiento tributario danés debía permitir el pago fraccionado

³⁰ Esta sentencia se podría ubicar dentro de la denominada «libertad secundaria» (Ribes Ribes, 2014).

³¹ Se trataba del artículo 8.4 de la Ley danesa sobre la tributación de las sociedades anónimas, de 7 de diciembre de 2010 (*lovbekendtgørelse nr. 1376 om indkomstbeskatning af aktieselskaber m. v.*).

del impuesto en relación con las plusvalías todavía no realizadas (las llamadas también plusvalías latentes) en 5 y 10 años, respectivamente. Y, además, lo considera una medida proporcional que favorece el reparto de la capacidad impositiva entre los países miembros.

8.6. Sentencia del TJUE de 27 de febrero de 2020 (Aures Holdings a. s. contra Odvolací finanční ředitelství)

En esta sentencia (asunto C-405/18 –NFJ076686–), la Sala Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de la República Checa planteó vía prejudicial al TJUE dos cuestiones, a saber:

- a) Si puede considerarse que el ejercicio de la libertad de establecimiento del artículo 49 del TFUE admite un mero traslado de la sede de dirección efectiva de una entidad desde un Estado miembro a otro de la UE.

El TJUE indicó al respecto que el traslado de sede de dirección efectiva de un Estado a otro de la UE encaja perfectamente dentro del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de establecimiento:

Una sociedad constituida de conformidad con el derecho de un Estado miembro que traslada su sede efectiva a otro Estado miembro, sin que dicho traslado de sede afecte a su condición de sociedad del primer Estado miembro, puede invocar el artículo 49 TFUE con el fin de impugnar la legalidad de un gravamen que dicho Estado miembro le impone con motivo de ese traslado de sede.

- b) Si fuera así, ¿sería contrario al derecho de la UE (arts. 49, 52 y 54 del TFUE) que la legislación estatal de la República Checa no permita a una sociedad de ese país restarse las pérdidas fiscales sufridas por el solo hecho de trasladar a Países Bajos el lugar de ejercicio de su actividad económica o sede de dirección?

Conforme a la normativa tributaria checa, en principio, se pueden compensar pérdidas a lo largo de varios periodos impositivos. No obstante, tal posibilidad está prevista únicamente para aquellas pérdidas experimentadas bajo la potestad fiscal checa. Expresado de otro modo: la legislación de la República Checa prevé la posibilidad de deducir de la base imponible del IS una pérdida fiscal experimentada en el periodo anterior. Ahora bien, tal compensación solo pueden disfrutarla las sociedades residentes en la República Checa, por lo que la Administración tributaria de este país denegó a la compañía Aures Holdings la minoración de la base imponible por las pérdidas sufridas en cuanto que estas se produjeron en Países Bajos.

El tribunal de Luxemburgo admite que ello constituye una diferencia de trato entre las sociedades residentes en la República Checa y las residentes en otro Estado

miembro que han trasladado su residencia fiscal, pero el TJUE matiza que, para que se vea vulnerado el derecho de libre establecimiento, debería darse una diferencia de trato que afecte a situaciones comparables (no estando justificada por un imperioso interés general), o bien que la distinción en el régimen fiscal aplicado no respondiera al principio de proporcionalidad.

Finalmente, en un fallo «salomónico» (al que nos tiene muy acostumbrados el alto tribunal europeo), el TJUE concluye declarando que la exclusión de las pérdidas fiscales por el cambio de sede de dirección efectiva constituye una restricción al ejercicio del derecho a la libertad de establecimiento. Ahora bien, tal restricción queda «justificada por la salvaguarda del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros».

8.7. Sentencia del TJUE de 16 de febrero de 2023 (Gallagher contra Reino Unido)

En esta reciente sentencia (asunto C-707/20 –NFJ088734–), el TJUE ha declarado, vía prejudicial (a petición, en su día, del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo del Reino Unido), que resulta contraria a la libertad fundamental de establecimiento –por restrictiva– la tributación de salida³² (prevista en el ordenamiento tributario británico) sobre las plusvalías latentes derivadas de la cesión onerosa en 2011 y en 2014 de activos de propiedad intelectual a una entidad filial (residente fiscal en un país tercero, a la sazón, Suiza) del mismo grupo societario (cuya sociedad cabecera principal residía a efectos fiscales en Países Bajos).

Pero, a continuación, cómo no, el propio TJUE matiza que esta restricción queda justificada cuando resulte preciso mantener el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros. El juzgador finaliza declarando proporcionada la norma tributaria estatal que establece el *exit tax*.

En esta sentencia destaca sobremanera que el tribunal de Luxemburgo haya alterado a favor del interés recaudatorio de la Hacienda pública su doctrina –hasta ahora– constante

³² Se ha expresado anteriormente, pero insistimos de nuevo: la conculcación por los ordenamientos tributarios de los Estados miembros del principio de la UE de libertad de establecimiento mediante los gravámenes de salida es una cuestión que se ha planteado desde hace años por la doctrina científica (entre otros muchos, por Souza de Man y Tiiu, 2011).

Y es que, por muy reiterada que sea la jurisprudencia del TJUE favorable a la exacción del *exit tax* (aunque con matices restrictivos muy livianos), todavía chirría sobradamente en el ágora tributario académico, administrativo, profesional y jurisdiccional su más que probable colisión con el principio meritado de libre establecimiento en la UE.

sobre los impuestos de salida aplicables como consecuencia de la transmisión onerosa de activos de la que se deriva la percepción de plusvalías (Zubimendi Cavia, 2023).

Conforme a la sentencia del TJUE analizada, la percepción efectiva de tesorería en tales cesiones implica que el inmediato pago del impuesto sobre la plusvalía devengada no sea desproporcionado para conseguir el objetivo de preservar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros.

Así, el tribunal europeo considera que el artículo 49 del TFUE ha de interpretarse en el sentido de que una restricción del derecho a la libertad de establecimiento consiguiente a la diferencia de tratamiento entre las cesiones nacionales y transfronterizas de activos efectuadas a título oneroso en el seno de un grupo societario según una normativa nacional que grave de manera inmediata una cesión de activos efectuada por una sociedad con residencia fiscal en un Estado miembro puede estar justificada, en principio, por la necesidad de preservar el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros sin que sea necesario prever la posibilidad de diferir el pago del impuesto para garantizar la proporcionalidad de esa restricción cuando el sujeto pasivo de que se trate haya obtenido, como contraprestación de la cesión de activos, un importe equivalente al pleno valor de mercado de los activos.

En fin, como se puede comprobar, la reciente sentencia analizada constituye una vuelta de tuerca por el TJUE a favor de los intereses recaudatorios de la Administración tributaria de un ya ex Estado miembro (en la fecha en que se publica la sentencia) de la UE.

9. Conclusiones

Primera. Pese a ser muy extendida la regulación de los gravámenes de salida en los ordenamientos de Estados de nuestro entorno como medida protectora de la potestad tributaria de los Estados y preventiva de la elusión fiscal, se plantean serias dudas sobre el respeto a algún principio básico de fiscalidad internacional y del propio derecho de la UE al resultar medidas extraterritoriales potencialmente perturbadoras del poder tributario de otras jurisdicciones. En concreto, tales gravámenes podrían vulnerar los principios comunitarios de libre circulación de personas y de libertad de establecimiento.

Segunda. El que el *exit tax* se justifique por razones de interés general recaudatorio no siempre garantiza que su regulación en el Estado de salida sea proporcional ni que no exceda lo necesario para alcanzar el objetivo que se persigue.

Así, la determinación del valor de mercado resulta conflictiva, dado que el traslado de activos puede tener un valor de mercado a la salida de un país y otro diferente en el Estado de llegada.

Tercera. En nuestra opinión, el gravamen de salida (en sus diferentes variantes) exigido a las personas jurídicas supone una transgresión, no siempre justificada, de la libertad de establecimiento como cimiento principal sobre el que descansa el funcionamiento del mercado único que conforma la UE y el EEE.

Cuarta. El criterio doctrinal del TJUE sobre el *exit tax* exigible a entidades que trasladen su residencia fiscal a otro Estado de la UE ha sido condescendiente y tolerante con las medidas de autoprotección del poder tributario adoptadas por los Estados miembros a través de los gravámenes de salida. Podría afirmarse que el tribunal europeo da «una de cal y otra de arena», posicionándose en favor de los gravámenes de salida con restricciones mínimas.

Pese a la jurisprudencia del alto tribunal de Luxemburgo, se ha planteado desde hace años por la doctrina científica la infracción palmaria por los ordenamientos tributarios de los Estados miembros del principio comunitario de libertad de establecimiento que subyace en la exigencia de los gravámenes de salida a las personas jurídicas que trasladen su residencia fiscal.

Lo anterior significa que, por muy reiterada que sea la jurisprudencia del TJUE favorable a la exacción del *exit tax* (aunque con matices restrictivos livianos), todavía chirría sobradamente en el ágora tributario académico, administrativo, profesional y jurisdiccional su más que probable colisión con el principio precitado de libre establecimiento en la UE.

Quinta. La transposición de la directiva ATAD (norma comunitaria de armonización de los gravámenes de salida) operada en virtud de la Ley 11/2021, de medidas antifraude, implicó la previsión de diferentes supuestos de pérdida de vigencia del fraccionamiento del gravamen de salida en el IS y en el IRNR, amén de la posible exigencia de intereses de demora por incumplimiento de los plazos de pago.

Se revela así el carácter extremadamente garantista de aquella norma comunitaria en favor del interés recaudatorio de la Hacienda pública de los Estados miembros de la UE y del EEE y una aparente falta de voluntad por el legislador en prever medidas menos restrictivas que verdaderamente coadyuven al equilibrio de la potestad tributaria de las jurisdicciones de entrada y de salida.

Sexta. Ni la directiva comunitaria de 2016 (ATAD) ni la Ley 11/2021 española prevén las posibles minusvalías que experimenten los activos de las entidades que cambien su residencia fiscal una vez que se perfeccione esta.

Referencias bibliográficas

- Almonacid Larena, D. (2018). *Residencia fiscal de las personas físicas y jurídicas: aspectos internacionales* (documentos trabajo del Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos núm. 116). Universidad de Alcalá.
- Álvarez-Arias, O. (2021). El impuesto de salida a las personas jurídicas en la Ley de impuesto sobre sociedades española. *Dereito: Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, 30(2).
- Domínguez Puntas, A. (2013). Nacionalidad, domicilio social y residencia fiscal de las sociedades mercantiles (III). *Crónica Tributaria*, 148.
- Escribano, E. (2023). *La residencia fiscal de las sociedades en un mundo globalizado: pasado, presente y futuro: ¿reinención o abandono?* Tirant lo Blanch.
- Hernández González-Barreda, P. (2018). Los impuestos de salida sobre personas jurídicas: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la directiva antielusión y la normativa española. En J. M. Almudí Cid, J. A. Ferreras Gutiérrez y P. Hernández González-Barreda (eds.), *La armonización de las normas contra la alusión fiscal relativas a la fiscalidad directa en la Unión Europea* (pp. 243-307). Aranzadi Thomson Reuters.
- Herrera Molina, P. M. (2013). Exit taxes y libertades comunitarias: ¿Contradicciones o evolución de la jurisprudencia del TJUE? *Revista General de Derecho Europeo*, 29.
- Juan Casadevall, J. de (2021). La transposición interna del exit tax armonizado por la directiva contra la elusión fiscal en el sistema tributario español. *Crónica Tributaria*, 181.
- Kubicova, J. (2016). *Exit Tax in the World of International Migration of Companies and Individuals, Conference Proceedings*. 16th International Scientific Conference Globalization and Its Socio-Economic Consequences. Zilina (Slovak Republik). University of Zilina. The Faculty of Operation and Economics of Transport and Communication, Department of Economics.
- Letizia, G. (2020). The Recent Restrictive ECJ Approach to Exit Tax and the ATAD Implementation. *EC Tax Review*, 29(1).
- Martínez-Carrasco Pignatelli, J. M. (2023). Gravámenes de salida sobre personas físicas en el derecho tributario español, derecho convencional y en el derecho comunitario. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 480.
- Panayi, C. (2010-2011). Exit Taxation as an Obstacle to Corporate Emigration from the Spectre of EU Tax Law. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 13.
- Peeters, S. (2017). Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool. *EC Tax Review*, 26(3).
- Piñel López, E. (2023). *Novedades fiscales para 2023*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Sección Derecho Financiero y Tributario (sesión de 26 de abril de 2023).
- Ribes Ribes, A. (2014). La problemática de los exit tax en la Unión Europea. En F. Adame Martínez y J. Ramos Prieto (coords.), *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público. Homenaje al profesor Dr. D. Javier Lasarte Álvarez*. Instituto de Estudios Fiscales.
- Rigaut, A. (2016). Anti Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons. *European Taxation*, 11.
- Souza de Man, F. y Tiiu, A. (2011). Contradicting Views of Exit Taxation under OECD MC and TFEU: Are Exit Taxes Still Allowed in Europe? *Intertax*, 39(12).



Valls Aracil, X. (2023). Sin novedades en los papeles de Pandora. *Món Jurídic. Revista del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona*, 345, 20-21.

Villalba Rodríguez, J. J. (2019). Los impuestos de salida. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 434, E1-E44.

Zubimendi Cavia, A. (2023). Tributación de las transmisiones intragrupo de activos a la luz de las libertades fundamentales: STJUE de 16 de febrero de 2023, C-707/20 (Gallagher). *Técnica Tributaria*, 141, 229-235.

José Miguel Martínez-Carrasco Pignatelli. Profesor titular de Universidad. Desarrolla su actividad investigadora en proyectos de investigación en el ámbito de la fiscalidad internacional y de la fiscalidad empresarial, procedimientos tributarios y figuras impositivas de nuestro sistema tributario vigente. Actualmente, imparte docencia universitaria en la Facultad de Derecho y en la Facultad de Economía y Empresa de la Universidad Autónoma de Barcelona. Ha colaborado y colabora puntualmente con universidades privadas, colegios profesionales, escuelas de negocios, despachos de abogados, economistas y gestores tributarios. Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Española (RAJLE). Miembro de la Asociación Española de Asesores Fiscales (AEDAF) y de la Asociación Española de Derecho Financiero (AEDF). <https://orcid.org/0000-0003-4539-654X>