



Los impuestos de salida

Juan José Villalba Rodríguez

*Graduado en Derecho y en Administración y Dirección de Empresas
Interventor*

Extracto

Los impuestos de salida suponen la tributación de plusvalías latentes con ocasión del cambio de residencia fiscal. Se trata de una figura jurídica que entra en conflicto con las libertades comunitarias, en el seno de la Unión Europea. Igualmente, genera problemas de doble imposición. Todo ello hace necesario que se analice la manera de compatibilizar los impuestos de salida con ambas cuestiones.

Palabras clave: impuestos de salida; imposición directa; doble imposición; libertades comunitarias; Unión Europea.

Fecha de entrada: 10-07-2018 / Fecha de aceptación: 07-09-2018 / Fecha de revisión: 03-04-2019

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





Exit taxes

Juan José Villalba Rodríguez

Abstract

Exit taxes involve the taxation of latent capital gains on the occasion of the change of fiscal residence. It is a legal figure that conflicts with European freedoms, within the European Union. Likewise, it generates double taxation problems. All this makes it necessary to analyze how to make exit taxes compatible with both issues.

Keywords: exit taxes; direct taxation; double taxation; European freedoms; European Union.

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



Sumario

Introducción

1. Delimitación del concepto de impuestos de salida y su tipología
2. Jurisprudencia del TJUE
 - 2.1. Planteamiento general
 - 2.2. La peculiar naturaleza de las personas jurídicas
 - 2.3. Los criterios establecidos por el TJUE
 - 2.4. Conclusiones sobre la jurisprudencia del TJUE
3. Actividad de los órganos de la UE
 - 3.1. Comunicación de la Comisión sobre los impuestos de salida
 - 3.2. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo
 - 3.3. Resolución del Consejo
 - 3.4. Conclusiones sobre la actividad de los órganos de la UE
4. La directiva antiabuso
 - 4.1. Cuestiones generales de la directiva antiabuso
 - 4.2. Elementos estructurales de la imposición de salida
 - 4.2.1. Supuestos de hecho habilitantes para su exigencia
 - 4.2.2. Supuestos de hecho que inhiben la tributación de salida
 - 4.2.3. Determinación de la base imponible
 - 4.2.4. Eliminación de casos de no imposición y de doble imposición
 - 4.3. Transposición nacional de la directiva y adaptación al ordenamiento europeo
 - 4.4. Conclusiones sobre la directiva antiabuso
5. Los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición
 - 5.1. Compatibilidad de los impuestos de salida con el Derecho Internacional Tributario
 - 5.2. Riesgo de doble imposición y vías de solución
 - 5.3. Relación de la directiva antiabuso con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición
 - 5.4. Otras medidas sobre la emigración previstas en los CDI internacional suscritos por España
 - 5.5. Conclusiones sobre los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición



6. La imposición de salida en el ordenamiento español
 - 6.1. Tributación de salida de los contribuyentes del impuesto sobre sociedades
 - 6.1.1. Régimen de tributación de salida
 - 6.1.2. Adecuación al derecho de la UE
 - 6.1.3. Tributación de salida en las operaciones de fusión y asimiladas
 - 6.2. Tributación de salida de los contribuyentes del IRNR
 - 6.3. Tributación de salida de los contribuyentes del IRPF
 - 6.3.1. Tributación de las rentas pendientes de imputación
 - 6.3.2. Tributación de plusvalías latentes
 - 6.3.3. Breve mención al traslado de residencia a paraísos fiscales
 - 6.4. Conclusiones sobre la imposición de salida en el ordenamiento español

7. Conclusiones

Referencias bibliográficas

Introducción

Tradicionalmente, con la intención de no perder ninguna renta generada en su territorio, aunque esta no se haya puesto de manifiesto, los distintos ordenamientos nacionales han venido estableciendo la tributación, no solo de las rentas manifestadas sino de las plusvalías latentes de activos de personas físicas y jurídicas, con ocasión del traslado de jurisdicción fiscal de estas.

Como destaca Guerra Reguera (2010, p. 162), la situación de los impuestos de salida en los distintos ordenamientos se caracteriza por la heterogeneidad extraordinariamente recargada y compleja.

En este contexto, se planteaba cierta problemática desde distintos frentes. Por un lado, los impuestos de salida suponen una restricción a las libertades comunitarias, en tanto generan un gravamen por el mero hecho del cambio de residencia, que no lo prohíbe pero que sí lo desincentiva. Por otro, el contribuyente padece cierta incertidumbre legal fruto de la descoordinación entre ordenamientos, como pone de manifiesto, entre otros, Panayi (2009, p. 463), que puede desencadenar una doble imposición, ya sea porque el Estado de destino tome valores distintos a los otorgados por el Estado de salida, ya sea porque aquel no reconoce un crédito fiscal respecto del tributo ya satisfecho en origen.

Todo ello ha generado cierta reacción, si bien dichas medidas se limitan al ámbito europeo, lo que va a limitar la solución que las distintas instituciones europeas han tratado de instaurar.

Así, han sido múltiples los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE). En el caso de España, interesa destacar que se abren dos procedimientos judiciales por parte del mencionado TJUE contra España (asuntos C-269/09 –NFJ047562– y C-64/11 –NFJ050566–), que lleva a modificar varios preceptos del ordenamiento tributario español, exponiendo así la importancia de la materia.

No es tardía la reacción de los órganos de la Unión Europea (en adelante UE), que comienzan a emitir recomendaciones a los Estados miembros (en adelante EE. MM.), apostando principalmente por la asistencia mutua como principal solución. En dicho contexto prospera la Directiva 2016/1164/UE, de 12 de julio (en adelante directiva antiabuso), que establece normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, más conocida, como veremos, como la directiva antiabuso.

Durante todo este proceso los países comienzan a adaptar su ordenamiento tributario a la normativa comunitaria, como es, insistimos, el caso del derecho tributario español.

En cuanto a la doble imposición, va a resultar clave la herramienta de los convenios bilaterales para evitar la doble imposición (en adelante CDI), aunque ya veremos si se aprovechan las posibilidades que dicho elemento ofrece.

1. Delimitación del concepto de impuestos de salida y su tipología

Para poder profundizar en la amplia casuística que plantean los impuestos de salida, lo primero que debemos definir es el concepto de los mismos. Pese a encontrarnos ante un concepto bastante intuitivo, la doctrina no ha tendido a la convergencia cuando se trata de delimitar, no tanto el concepto, pero sí su amplitud.

Quizás la autora que ofrezca un concepto más amplio y exhaustivo sea Ribes Ribes (2014, pp. 27-29), quien, de hecho, parte de la expresión «impuestos a la emigración», la cual identifica con los impuestos de salida en sentido amplio. Así, el concepto de impuestos de salida en sentido amplio comprende «todos aquellos gravámenes susceptibles de ser aplicados por un Estado cuando se abandona la residencia»¹.

Encontramos necesario, a nuestro parecer, realizar dos puntualizaciones recientemente señaladas por Sanz Gadea (2018, p. 39). Por un lado, con abandono de residencia debe entenderse «traslado de residencia fiscal», es decir, debe haber relevancia fiscal. Por otro, la circunstancia que verdaderamente constituye el supuesto de hecho que permite hablar de imposición de salida es la «pérdida del nexo o punto de conexión con el ordenamiento fiscal de la jurisdicción fiscal de salida». Y este criterio es precisamente el que se puede identificar en la directiva antiabuso, cuyo artículo 5 regula la imposición de salida y que será debidamente analizado más adelante.

Dentro de ese concepto de impuestos de salida en sentido amplio, Ribes Ribes (2014, pp. 27-29) identifica distintos tipos de impuestos de salida, a saber:

- a) Impuestos de salida en sentido estricto o *exit taxes*: gravámenes aplicados sobre las plusvalías latentes cuando se abandona la residencia. Dentro de los impuestos de salida en sentido estricto diferenciamos los impuestos de salida generales o *general exit taxes* (gravan plusvalías devengadas, pero todavía no obtenidas, más comúnmente denominadas plusvalías latentes, provenientes de todo tipo de bienes) y los impuestos de salida limitados o *limited exit taxes* (gravan plusvalías latentes provenientes solo de determinados bienes).

¹ Ribes Ribes (2014, p. 257) denomina Estado *outbound* al Estado de salida y Estado *inbound* al Estado de destino.

- b) Impuestos perseguidores o *trailing taxes*: gravan rentas futuras y solo se aplican después del cambio de residencia.
- c) Métodos de recuperación o *recapture or clawback of tax deductions*: suponen la exigencia de la devolución de beneficios fiscales que el contribuyente venía disfrutando, con ocasión de la emigración, atendiendo a la legitimación del Estado de destino para gravar tales rentas fiscalmente favorecidas.

Señala Sanz Gadea (2018, p. 39) que el fundamento de los impuestos de salida estriba en que pretenden gravar rentas que se han generado durante la estancia del contribuyente en el Estado de salida. No obstante, los EE. MM. de la UE han venido tratando de justificar frente al TJUE la imposición de salida con distintos motivos que posteriormente analizaremos².

2. Jurisprudencia del TJUE

Pese a la importancia que la doctrina reconocía a los primeros pronunciamientos del TJUE, así es el caso, por ejemplo, de Panayi (2009, p. 459), actualmente contamos con una cantidad considerable de sentencias y una directiva que sienta las bases del régimen fiscal de salida a la que deben ajustar sus ordenamientos los diferentes EE. MM.

Por este motivo, y dentro de lo posible, intentaremos ser concisos en la síntesis de los distintos casos planteados, centrándonos en la jurisprudencia que se deriva de tales pronunciamientos.

2.1. Planteamiento general

Como ya adelantamos en la introducción, una de las figuras jurídicas con la que mayor confrontación han presentado los impuestos de salida ha sido las libertades comunitarias.

En este sentido, el título IV del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) establece la libre circulación de personas, libertad de establecimiento, libre

² Tradicionalmente ha sido más generalizado el análisis exclusivo de lo que hemos definido como impuestos de salida en sentido estricto, es el caso de Martín Jiménez y Calderón Carrero (2007, p. 5), De Miguel Canuto (2017, p. 8), De Juan Casadevall (2010, p. 1), Guerra Reguera (2010, p. 158), Panayi (2009, p. 459) o Sanz Clavijo (2009, p. 4). No obstante, tampoco ha faltado doctrina que ha ido reconociendo el sentido amplio de los impuestos de salida, así cabe citar a Burlada Echeveste y Burlada Echeveste (2014, p. 1) y Herrera Molina (2013, pp. 5 y 6).

Por su parte, las instituciones de la UE se han centrado, aunque no de forma exclusiva como veremos, en analizar la problemática de los impuestos de salida en sentido estricto.

prestación de servicios y libre movimiento de capitales. Por su parte, el título II se dedica a la libre circulación de mercancías.

Aunque podría fundamentarse una afectación general a todas las libertades, como bien señalan Burlada Echeveste y Burlada Echeveste (2014, p. 1), por su naturaleza, los impuestos de salida representan un ataque a algunas libertades comunitarias, concretamente, a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de personas.

Este conflicto surge cuando un contribuyente de un EM desea trasladar su residencia fiscal a otro EM y el EM de origen le impone una serie de gravámenes que, como ha venido señalando el TJUE en los casos que a continuación abordaremos, no prohíbe, pero sí restringe el ejercicio de las libertades mencionadas.

El traslado de estos conflictos al tribunal se ha producido por una doble vía. La vía habitual ha sido a instancia de los sujetos afectados que han provocado la presentación de una cuestión prejudicial³. Además, la Comisión Europea en su función de velar por el respeto del ordenamiento comunitario ha llevado también ante el TJUE normas nacionales de tributación de salida contrarias a las libertades comunitarias, en este caso a través del recurso de incumplimiento⁴.

Si bien hay dos pronunciamientos tempranos, como son el caso *Biehl* (C-175/88 –NFJ054680–) y el caso *Daily Mail* (C-81/87 –NFJ073074–), los que verdaderamente despertaron el interés de la doctrina fueron *Lasteyrie du Saillant* (C-9/02 –NFJ017164–) y el caso *N* (C-470/04 –NFJ024030–).

Esta circunstancia reside en que si bien los dos primeros versan sobre casos de impuestos de salida en sentido amplio⁵, los dos siguientes (*Lasteyrie* y *N*) sí que versan ya puramente sobre un gravamen aplicado a plusvalías no realizadas con motivo del traslado de residencia de una persona física a otro EM.

2.2. La peculiar naturaleza de las personas jurídicas

Dejando, por el momento, la tributación de salida de personas físicas a un lado, debemos poner de relieve que la aplicación de impuestos de salida a personas jurídicas ha sido objeto de estudio separado. Y ello porque ostentan una naturaleza distinta.

³ Es el caso más generalizado, podemos citar como ejemplo el caso *Lasteyrie du Saillant* (asunto C-9/02 –NFJ017164–).

⁴ Sin ir más lejos fue, por ejemplo, el caso *Reino de España* (asunto C-269/09 –NFJ047562–).

⁵ En *Biehl*, un exceso de retenciones cuyo derecho a devolución se perdía si se cambiaba de residencia (lo que anteriormente definimos como método de recuperación), y en *Daily Mail*, la salida de una sociedad quedaba sometida a una autorización previa supeditada a la venta de parte de sus activos (lo cual convierte plusvalías latentes en plusvalías realizadas).

Lo cierto es que las sentencias *Daily Mail* (C-81/87 –NFJ073074–), *Centros* (C-212/97 –NFJ044265–) y *Uberseering* (C-208/00) ponen de relieve que en los ordenamientos nacionales europeos podemos encontrar dos criterios distintos para determinar el punto de conexión de una sociedad con un Estado a efectos de determinar su residencia (y por ende su *lex societatis*): doctrina de la constitución y de la sede real.

Así, señala Herrera Molina (2013, p. 7) que, por un lado, encontramos la teoría de la constitución, en virtud de la cual «la sociedad constituida con arreglo a la ley nacional mantiene su personalidad jurídica aunque la sede de dirección efectiva se traslade al extranjero». Además, desde la sentencia *Daily Mail*, el TJUE admite la posibilidad de que un Estado supedita el mantenimiento de la personalidad jurídica de una sociedad mientras conserve la sede de dirección efectiva en su territorio.

En este último caso, resulta evidente que la pérdida de la personalidad va a suponer la liquidación de la sociedad y, por tanto, la tributación de plusvalías que hasta ese momento no se habían realizado.

A este respecto, Martín Jiménez y Calderón Carrero (2007, p. 15) concluyen (de las sentencias anteriormente citadas) que «cuando el traslado de la sede de dirección efectiva determine la pérdida de personalidad jurídica en el ordenamiento de origen no existirá problema alguno en la exigencia de los impuestos correspondientes como si una disolución o liquidación se tratara». Ello con base en que, afirman los autores, no es un impuesto de salida sino la consecuencia inherente al cambio de *lex societatis*.

Realmente, si analizamos una tributación de salida de plusvalías latentes con el caso anteriormente expuesto, concluiríamos que materialmente no es que sea igual de restrictivo, de hecho el presente caso es incluso más restrictivo, al conllevar la disolución de una sociedad y la constitución de otra en el Estado de destino.

No obstante, debe ponerse de relieve la Sentencia del TJUE (en adelante STJUE) de 16 de diciembre de 2008 (asunto C-210/06 –NCJ047440–), más conocido como el caso *Cartesio*. Dicho asunto, como expone Panayi (2009, p. 467), distingue aquellos casos en que el traslado de una sociedad supone un cambio de *lex societatis* de aquellos en que la sociedad conserva su residencia o punto de conexión inalterado. Precisamente, cuando el traslado supone un cambio de jurisdicción fiscal, imponer la disolución y liquidación de una sociedad para que esta se transforme en una sociedad de derecho nacional del otro EM, supone una restricción al derecho de libre establecimiento, si bien podría justificarse mediante una razón imperiosa de interés general (apartado 113 de la sentencia), mecanismo este último que en materia de impuestos de salida también se aplica, y, por tanto, analizaremos a continuación⁶.

⁶ Lo que no es contrario a la libertad de establecimiento es que una norma de derecho nacional impida a una sociedad constituida conforme a su ordenamiento trasladar su domicilio a otro EM manteniendo su condición de sociedad regida por el derecho nacional del EM original.

2.3. Los criterios establecidos por el TJUE

Como ya habíamos adelantado, no han sido pocos los pronunciamientos del TJUE sobre la tributación de salida, en la medida en que esta contraría el ordenamiento jurídico europeo. Concretamente, los casos más significativos en los que el TJUE se manifiesta sobre la tributación de salida son⁷:

- *Daily Mail* (STJUE de 27 de septiembre de 1988, asunto C-81/87 –NFJ073074–).
- *Biehl* (STJUE de 8 de mayo de 1990, asunto C-175/88 –NFJ054680–).
- *Centros* (STJUE de 9 de marzo de 1999, asunto C-212/97 –NFJ044265–).
- *Uberseering* (STJUE de 5 de noviembre de 2002, asunto C-208/00).
- *Lasterye de Saillant* (STJUE de 11 de marzo de 2004, asunto C-9/02 –NFJ017164–).
- *N* (STJUE de 7 de septiembre de 2006, asunto C-470/04 –NFJ024030–).
- *National Grid Indus* (STJUE de 29 de noviembre de 2011, asunto C-371/10 –NFJ045002–).
- *Reino de España* (STJUE de 12 de julio de 2012, asunto C-269/09 –NFJ047562–).
- *Comisión/Portugal* (STJUE de 6 de septiembre de 2012, asunto C-38/10 –NFJ048196–).
- *Reino de los Países Bajos* (STJUE de 31 de enero de 2013, asunto C-301/11).
- *Reino de España* (STJUE de 25 de abril de 2013, asunto C-64/11 –NFJ050566–).
- *Reino de Dinamarca* (STJUE de 18 de julio de 2013, asunto C-261/11).
- *Comisión/Portugal* (STJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto C-503/14 –NFJ064992–).
- *Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements* (STJUE de 14 de septiembre de 2017, asunto C-646/15 –NFJ067704–).

En las soluciones que el tribunal ha ido aportando a cada caso, puede observarse una evolución y sobre todo la consolidación de un procedimiento específico para determinar el posible ajuste a derecho de la regulación de la tributación de salida.

En este sentido, Herrera Molina (2013, pp. 16-22), analizando hasta el caso *Comisión/Portugal* (C-38/10 –NFJ048196–), identifica el procedimiento y criterios que el TJUE fragua

⁷ A dichos pronunciamientos haremos alusión por el nombre del caso, especificando además el número de asunto cuando haya varios del mismo país, como es el caso de España o Portugal.

y que, con ciertas matizaciones, ha venido manteniendo. Será este autor el que tomaremos como referencia a continuación⁸.

En su inicio, principalmente en el caso *Biehl*, el TJUE se para a examinar si la tributación de salida que se establece constituye un trato discriminatorio, si se compara con la tributación a que se somete un nacional que no traslada su residencia. Ello, a través de un análisis de comparabilidad con el objeto de examinar si concurren circunstancias que expliquen la diferencia de trato.

Ya en *Daily Mail* el tribunal comienza a cambiar la orientación de sus argumentos, centrándose en examinar si la tributación de salida supone, no una prohibición, pero sí una restricción de las libertades comunitarias⁹.

Una vez se comprueba que existe una restricción de las libertades comunitarias, el tribunal analiza la posible justificación de la tributación de salida, se trata pues de realizar un análisis teleológico de la norma, atendiendo a motivos denominados por el tribunal «razón imperiosa de interés general», concretamente:

- Prevenir el riesgo de evasión fiscal: causa que solo admite cuando la norma persiga exclusivamente comportamientos puramente artificiosos. No puede admitirse esta justificación cuando el gravamen se aplica indistintamente, sin establecer medidas que busquen esa artificiosidad (*Lasteyrie*).
- Reparto equilibrado del poder tributario: se aplica por primera vez en las sentencias *N* y *National Grid Indus*, precisándose en *Reino de España* (asunto C-269/09 –NFJ047562–) que este fundamento solo puede justificar impuestos de salida en sentido estricto¹⁰.
- Coherencia del sistema tributario: el tribunal define este argumento como la «relación directa entre la ventaja fiscal de que se trate y la compensación de dicha

⁸ No obstante, a la hora de abordar el análisis de la jurisprudencia del TJUE, se han tenido en cuenta otros autores, entre los que cabe destacar Burlada Echeveste y Burlada Echeveste (2014), Martín Jiménez y Calderón Carrero (2007), De Juan Casadevall (2010), Guerra Reguera (2010) y Sanz Clavijo (2009). El posicionamiento de la doctrina es clara y unánime, como lo es el tribunal en cuanto al procedimiento que este último sigue para analizar el respeto de las libertades comunitarias por parte de los impuestos de salida establecidos en los ordenamientos nacionales.

⁹ Desde *Daily Mail* (apartado 16) el tribunal puntualiza que las libertades, si bien conforme a la literalidad del TFUE se proponen alcanzar la igualdad de trato en el EM de acogida, se oponen igualmente a que el EM de origen obstaculice el ejercicio de dichas libertades. Así se reitera en *Lasteyrie*, apartado 43; *Reino de España* (asunto C-269/09 –NFJ047562–) y *Comisión/Portugal* (asunto C-38/10 –NFJ048196–).

¹⁰ Solo es aplicable a impuestos de salida en sentido estricto en tanto que estos se refieren a rentas que, de otro modo, no tributarían en origen. En contraposición, no se aplica a aquellos gravámenes que, de cualquier modo, iban a tributar en origen y la norma lo único que hace es anticipar el gravamen.

ventaja mediante un gravamen fiscal determinado». En la práctica, además de resultar difícil demostrar esa relación directa, el tribunal apunta que esta causa puede solaparse con la necesidad de preservar el reparto equilibrado del poder tributario (*National Grid Indus*, apartado 80, y *Reino de España*, asunto C-269/09, apartado 86 –NFJ047562–). Estas circunstancias van a llevar al TJUE a centrarse en el análisis del reparto equilibrado en el caso *Reino de España* (asunto C-269/09 –NFJ047562–).

Una vez que el TJUE ha concluido, en su caso, que la restricción tiene base justificativa en alguno de los motivos anteriormente expuestos (y conforme a los términos referidos), pasa a analizar si esa restricción justificada es proporcional, es decir, si es la mínima necesaria para conseguir el objetivo perseguido. Y esa proporcionalidad se analiza respecto a tres aspectos:

- Plusvalías generadas después del traslado: el EM de origen solo está obligado a tener en cuenta en el cálculo del impuesto las minusvalías posteriores cuando se trate de una persona física (casos *Lasteyrie* y *N*). Sin embargo, cuando se trata de una persona jurídica, el EM de origen no está obligado a tener en consideración dicho concepto (caso *National Grid Indus*¹¹). Si, por ejemplo, nos encontramos ante un traslado de residencia de una persona física, según esta postura del tribunal, si el EM de salida tenía en cuenta las minusvalías posteriores, la medida era proporcional.
- Exigencia de garantía bancaria: el TJUE venía exigiendo que se permitiera al contribuyente optar entre el pago inmediato del impuesto y el pago aplazado, en este último caso, si se trataba de persona jurídica se permitía la exigencia de garantía bancaria (*National Grid Indus*), si bien ya desde el caso *Comisión/Portugal* (C-38/10 –NFJ048196–), el tribunal admite tácitamente que en un caso análogo a *National Grid Indus Portugal* debía otorgar al contribuyente la opción entre el pago inmediato y el pago aplazado con intereses, sin mencionar la posibilidad de exigir garantía bancaria.
- Exigencia de intereses de demora: tanto en *National Grid Indus* como en *República Portuguesa*, el TJUE admite que se podrán exigir intereses «en su caso». Aprecia

¹¹ Dicha diferenciación la argumenta el tribunal en dos razones. Por un lado, la afectación de los bienes a la actividad va a determinar la posibilidad de la empresa de deducir sus pérdidas patrimoniales, si con posterioridad las hubiera. Por otro, las plusvalías y minusvalías serán tomadas en consideración por el Estado de acogida, y si este no lo hiciera sería una consecuencia de una disparidad entre ordenamientos nacionales. Cuestiona Herrera Molina (2013, p. 13) esta diferenciación tan radical en el tratamiento entre personas físicas y jurídicas, y con razón, pues también el Estado de destino puede tomar en consideración las minusvalías cuando se trata de una persona física (empresario individual), además una sociedad puede obtener bienes con una finalidad puramente especulativa, no afecta a la actividad.

Herrera Molina (2013, p. 22) en este punto un margen para entender que los intereses solo serán exigibles en casos especiales.

Más recientemente, Sanz Gadea (2018, p. 46), al analizar el caso *Reino de los Países Bajos* (asunto C-301/11), concluye que la justificación de los impuestos de salida reside (parece que se refiere en exclusividad¹²) en el reparto equilibrado de los ingresos fiscales, en relación con el principio de territorialidad.

Añade el autor, además, que la determinación de la plusvalía y el cálculo de la deuda en el momento de salida son actos que se ajustan al derecho comunitario, no así la exigencia del pago inmediato, debiendo ofrecerse la opción del pago diferido (sin entrar a analizar el tribunal hasta cuándo duraría ese diferimiento, parece ser que hasta la realización de la plusvalía). Cabe la posibilidad de exigir intereses de demora. Las minusvalías posteriores no deben modificar necesariamente el importe de la plusvalía determinado en el momento de la salida. Por último, el autor aprecia inconsistencia en la exigencia de garantías.

Puede apreciarse en las conclusiones de Sanz Gadea (2018, p. 46) que ya no hace referencia a un trato distinto entre personas físicas y personas jurídicas. Y esa no distinción, puede apreciarse en *Comisión/Portugal* (asunto C-503/14 –NFJ064992–), apartado 56, al afirmar el propio tribunal que no existe razón objetiva para establecer una distinción entre la tributación a la salida de las personas físicas y la de las personas jurídicas por las plusvalías latentes (si bien lo hace a efectos de analizar la justificación basada en el reparto equilibrado de la potestad tributaria).

Así pues, las dos distinciones que identificaba Herrera Molina (2013, p. 13) en los pronunciamientos del TJUE entre personas físicas y personas jurídicas (la obligación del EM de salida de tener en cuenta las minusvalías y la posibilidad de exigir garantías bancarias) parece ser que son eliminadas por el tribunal, solo lo parece.

En cuanto a las minusvalías, el TJUE niega que el EM de origen deba volver a liquidar en caso de que se produzca posteriormente una minusvalía. Con ello entendemos que ni en caso de personas físicas ni jurídicas se va a exigir al EM de origen tener en cuenta posibles minusvalías posteriores.

El problema de esta igualdad reside en la exigencia de garantía bancaria, pues el TJUE la mantiene en el caso de personas jurídicas (apartado 60).

Por todo lo anterior, puede apreciarse como la jurisprudencia del TJUE va evolucionando hacia una unidad de criterios a efectos de analizar la tributación de salida de personas

¹² En el caso *Comisión/Portugal* (asunto C-503/14 –NFJ064992–), puede apreciarse que se mantiene el análisis de las tres razones (apartados 51, 62 y 66).

físicas y jurídicas. Si bien es cierto que las líneas generales del posicionamiento actual del TJUE respecto a la tributación de salida las encontrábamos ya con los casos *Lasteyrie* y *N*, analizados, entre otros, por Sanz Clavijo (2009, pp. 2-5).

Por último, en el caso *Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements* (asunto C-646/15 –NFJ067704–), puede observarse como el tribunal aplica el procedimiento anteriormente descrito cuando el contribuyente que traslada su residencia es un fideicomiso (o *trust* en términos sajones)¹³.

Llama la atención que ninguna de estas dos últimas sentencias hagan mención a la directiva antiabuso, si bien, se entiende que dicha omisión se debe a que esta no estaba vigente en el momento en que sucedieron los hechos de los litigios. No obstante, habría sido interesante hacer referencia a la misma después de haber defendido en pronunciamientos anteriores la importancia de la asistencia mutua y la coordinación entre Estados, de modo que la posibilidad de hacer efectivas sus deudas tributarias un EM no se limitara al tiempo en que el contribuyente se encuentre en su territorio (sobre todo cuando el impuesto de salida se difiere hasta la realización de la plusvalía latente).

Otra aportación destacable del TJUE, quizás fundamental para la realización de esa coordinación y cooperación, ha sido la mención de lo positiva y necesaria que sería la adopción de medidas legislativas.

Estos dos últimos postulados del TJUE han sido criticados principalmente por Ribes Ribes (2014, p. 91), pues recurrir a fuentes no comunitarias, tanto el TJUE como la Comisión Europea (en adelante CE), es el caso de los CDI, resulta una medida inadecuada e inconsistente, dado que no garantiza el objetivo marcado, sino que más bien lo deja donde está, en la voluntad de los EE. MM. Destaca la autora la necesaria actuación conjunta del TJUE, CE y Consejo Europeo.

2.4. Conclusiones sobre la jurisprudencia del TJUE

Los pronunciamientos del TJUE han supuesto el inicio del establecimiento de los criterios que determinen el ajuste a derecho de la tributación de salida establecida por los ordenamientos nacionales.

¹³ Conforme al apartado 3 de la sentencia, el término fideicomiso «se refiere en principio a una operación triangular, mediante la cual el fideicomitente transmite los bienes a una persona, el administrador fiduciario, para que los gestione según el acto constitutivo del fideicomiso en beneficio de una tercera persona, el beneficiario». Se trata de un patrimonio sin personalidad, de manera similar a los referidos en el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, General Tributaria.

En un primer momento, el TJUE analizaba la posible existencia de discriminación a contribuyentes que trasladaban su residencia fiscal a otro EM respecto a los nacionales que la mantenían.

Pronto el TJUE abandona dicha fundamentación, centrándose en analizar si hay, al menos, una mera restricción de las libertades comunitarias. En caso afirmativo, se plantea si dicha restricción está sustentada en una razón imperiosa de interés general (se han venido analizando tres: prevención del riesgo de evasión fiscal, reparto equilibrado de la potestad tributaria, coherencia del sistema tributario).

Si efectivamente la tributación de salida establecida encuentra sustento en alguna razón imperiosa de interés general, el tribunal pasa a analizar si la medida establecida es la mínima necesaria para conseguir el objetivo perseguido. Ello lo cumplirá si se otorga al contribuyente la posibilidad de optar entre el pago inmediato y el pago diferido, en este último caso es posible la exigencia de intereses de demora y, cuando se trata de personas jurídicas, se permite la posibilidad de supeditar el aplazamiento a la constitución de garantía bancaria.

El tribunal no especifica el límite temporal del diferimiento, si bien se entiende que se permitirá hasta la realización de la plusvalía latente. Tampoco especifica en qué casos se permite la exigencia de intereses de demora, dado que parece que hace referencia a que solo serán exigibles en casos concretos.

Se observa cierta tendencia del tribunal a equiparar los criterios a tener en cuenta, ya se trate de una persona física o jurídica, quedando como única diferenciación clara la posibilidad de exigir garantía bancaria a personas jurídicas en caso de aplazamiento del pago del impuesto.

La labor del tribunal se considera loable pero insuficiente, siendo necesaria la labor añadida de la CE y el Consejo Europeo, así como el perfeccionamiento de los CDI que coordinen las administraciones tributarias nacionales.

3. Actividad de los órganos de la UE

Ante la incapacidad del TJUE, reconocida por el mismo para aportar soluciones, los órganos de la UE se ponen en movimiento, colocándose en vanguardia la CE a través de dos vías. Por un lado, a través del recurso de incumplimiento, como ya comentábamos, llevando ante el TJUE normativa nacional de tributación de salida contraria al derecho europeo y, por otro, a través de una comunicación.

Los distintos órganos de la UE comienzan a emitir recomendaciones sobre la necesidad de que sean los legisladores nacionales y la diplomacia los que instauren un sistema armónico al respecto y perfeccionen acuerdos bilaterales para evitar la doble imposición.

En efecto, se elaboran la Comunicación de la Comisión de 19 de diciembre de 2006, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 26 de septiembre de 2007 y, por último, la Resolución del Consejo (Ecofin) de 2 de diciembre de 2008.

3.1. Comunicación de la Comisión sobre los impuestos de salida

A colación de las Sentencias *Lasteyrie* y *N*, la Comisión emite la Comunicación sobre Imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros, COM(2006) 825. Es curioso que la CE parta del fundamento de que existe discriminación¹⁴, siguiendo los primeros pasos del TJUE, si bien es cierto que, en la fecha en que se emite esta Comunicación, el TJUE se ha pronunciado sobre los casos *Lasteyrie* y *N*, sentencias en las que ya el tribunal abandona dicho fundamento.

En dicha Comunicación, manifiesta su posición sobre las mencionadas sentencias. Posición que De Juan Casadevall (2010, pp. 5-6) resume en tres ideas (que no dejan de ser una reproducción de lo antedicho por el tribunal):

- La imposición inmediata de plusvalías latentes por cambio de residencia a otro EM es una restricción contra la libertad de establecimiento.
- El EM de origen tiene potestad para liquidar la deuda devengada y asegurar su pago siempre que no suponga una exacción inmediata.
- El EM debe conceder un aplazamiento incondicional de la deuda tributaria mientras no se produzca la realización de la plusvalía.

En cuanto a los Estados del Espacio Económico Europeo (en adelante EEE), la CE señala que no están obligados a aplicar el derecho derivado europeo y, por ende, las directivas sobre asistencia mutua y sobre cobro.

Por último, la Comunicación hace referencia a la problemática que se plantea con terceros Estados a los que solo les es aplicable la libre circulación de capitales y de pagos. Sobre este punto critica Ribes Ribes (2014, p. 93) la falta de precisión por parte de la CE.

Además, como señala Sanz Gadea (2018, p. 46), por medio de dicha Comunicación, la CE abre un debate sobre la problemática de la doble imposición y no imposición que se deriva de la falta de coordinación entre EE. MM. Las soluciones que la Comisión ofrece al respecto es, en definitiva, una necesaria coordinación y reconocimiento mutuo entre EE. MM.¹⁵

¹⁴ Así lo pone de manifiesto Sanz Clavijo (2009, p. 6).

¹⁵ También la doctrina se ha preocupado durante todo este proceso de intentar proponer soluciones, como Guerra Reguera (2010, p. 168), si bien, bajo la premisa de una previa coordinación entre EE. MM.

3.2. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo

No fue tardía la reacción del resto de instituciones europeas a la anterior Comunicación. Así, el 26 de septiembre de 2007, el Comité Económico y Social Europeo emite dictamen en el que, entre otras de la CE, se pronuncia sobre la anteriormente expuesta.

En definitiva, dicho dictamen (en su apartado 5) pone de relieve dos cuestiones clave. Por un lado, critica que la Comisión trate de igual modo la tributación de salida de personas físicas y jurídicas, en tanto se basa en dos sentencias del TJUE que versan sobre personas físicas¹⁶. Por otro, el Comité hace hincapié en esa necesidad de cooperación entre Estados, tratando de evitar un excesivo o innecesario intercambio de información entre Estados.

3.3. Resolución del Consejo

Posteriormente, el Consejo de la UE emite Resolución de 2 de diciembre de 2008, sobre la coordinación en materia de imposición de salida. Considera dicha resolución que la tributación de salida es correcta.

Como señalan Burlada Echeveste y Burlada Echeveste (2014, p. 12), esta resolución viene a sugerir principios rectores para paliar esa doble imposición que la CE acusaba, provocada por el divergente tratamiento de la transferencia de actividades económicas, dando un concepto y relacionando los dos casos en que esta se produce.

Así, se entiende que hay transferencia de actividades económicas cuando «un contribuyente sujeto al impuesto de sociedades o una persona física dedicada a una actividad empresarial» cambia de jurisdicción fiscal o cuando transfiere «una rama de actividad de una empresa matriz o un establecimiento permanente en el Estado de salida a un establecimiento permanente o a una empresa matriz en el Estado de acogida».

Además, Burlada Echeveste y Burlada Echeveste (2014, pp. 12-13) proponen soluciones a dos casos. En primer lugar, el Estado de acogida puede asumir reservas constituidas y recuperar provisiones constituyéndolas conforme a sus reglas de valoración y tomarlas en consideración para el resultado imponible. Por otro lado, si el Estado de salida grava plusvalías latentes sobre activos, el Estado de acogida debería tomar como referencia la valoración de aquel Estado para calcular la plusvalía efectivamente realizada.

Llama la atención que Ribes Ribes (2014, p. 95) aprecie en el apartado «E» de la resolución un criterio del Consejo divergente respecto al mantenido por la CE, al apreciar que

¹⁶ Apréciase que la sentencia de referencia de la tributación de salida fue *National Grid Indus*, posterior a la Comunicación de la CE y el presente dictamen.



el Consejo acepta el pago inmediato del impuesto, si bien dicho apartado dice específicamente que el «Estado de salida ha ejercido¹⁷ o ejercerá sus derechos», lo cual no se separa de esa opción que debe otorgarse al contribuyente del pago inmediato o diferido señalada por el TJUE y reproducida por la CE. No se aprecia, por tanto, disparidad en este aspecto.

3.4. Conclusiones sobre la actividad de los órganos de la UE

Los tres documentos anteriormente analizados destacan, como señala Ribes Ribes (2014, p. 96), por no tener carácter vinculante¹⁸. Por ello, teniendo en cuenta que no van más allá de reproducir (en el caso de la Comunicación) la postura del TJUE y de destacar, de una forma u otra, la necesidad de coordinación entre Estados.

Así, esta circunstancia lleva a Ribes Ribes (2014, p. 96) a concluir que en este punto no existe todavía suficiente claridad en torno a la aplicación de los impuestos de salida en consonancia con el derecho comunitario. Siguen siendo necesarias medidas adicionales en este sentido.

4. La directiva antiabuso

Ante la insuficiencia de las fuentes analizadas hasta ahora para unificar criterios y coordinar los distintos ordenamientos nacionales, se promulga la Directiva (UE) 2016/1164, de 12 de julio, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, más conocida, como ya habíamos adelantado, como la directiva antiabuso. Así, dicho texto regula en su artículo 5 la tributación de salida.

Como advierten Calderón Carrero y Martín Jiménez (2017, p. 22), el objeto político de la directiva es limitar determinadas transferencias de residencia y activos en el seno de prácticas de planificación fiscal agresivas, aunque la memoria justificativa de la directiva se apoye en mayor medida en el principio de territorialidad impositiva. Por su parte, Sanz Gadea (2018, p. 47) destaca que el objetivo del artículo 5 de la directiva antiabuso es que los EE. MM. establezcan una estructura común y, además, que dicha estructura común sea compatible con el derecho comunitario.

¹⁷ Refiriéndose en su contexto al momento de salida del contribuyente.

¹⁸ Señala Ribes Ribes (2014, p. 96) el carácter de *soft law* de la Comunicación, considerando además que la CE no tiene competencia exclusiva en este campo. Frente a ello, aunque la resolución del Consejo tampoco tiene carácter vinculante, al menos se adoptó por unanimidad.

4.1. Cuestiones generales de la directiva antiabuso

Antes de analizar el precepto concreto de la directiva sobre tributación de salida, haremos alusión a dos cuestiones a tener en cuenta: ámbito de aplicación y dimensión temporal de la norma.

En cuanto al ámbito de aplicación, el artículo 1 señala que la directiva será de aplicación «a todos los contribuyentes sujetos al impuesto sobre sociedades en uno o varios Estados miembros, incluidos los establecimientos permanentes en uno o varios Estados miembros de entidades residentes a efectos fiscales en un tercer país».

Aprécia Sanz Gadea (2018, p. 49) que quedan fuera del ámbito de aplicación las personas físicas, sobre las que deberá estarse a la jurisprudencia del TJUE, aunque parece claro que también será útil el artículo 5 de la directiva antiabuso para configurar la tributación de salida de las personas físicas.

En cuanto al ámbito temporal, establece el artículo 12 de la directiva que esta entrará en vigor a los 20 días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Pero lo realmente relevante del ámbito temporal es el periodo de transposición, teniendo los EE. MM. hasta el 31 de diciembre de 2019 para transponer la directiva, siendo de eficacia directa desde el 1 de enero de 2020. Se retrasan así, en el artículo 11.5, los plazos de transposición y eficacia directa, un año respecto a los plazos generales (31 de diciembre de 2018 y 1 de enero de 2019, respectivamente, conforme al art. 11.1 del mismo texto); así lo advierten Calderón Carrero y Martín Jiménez (2017, p. 26).

4.2. Elementos estructurales de la imposición de salida

Siguiendo el esquema identificado por Sanz Gadea (2018, p. 49), del artículo 5 de la directiva antiabuso, se pueden extraer los siguientes elementos estructurales:

- Supuestos de hecho habilitantes para su exigencia.
- Supuestos de hecho que inhiben la tributación de salida.
- Determinación de la base imponible.
- Eliminación de la doble imposición.

4.2.1. Supuestos de hecho habilitantes para su exigencia

En el artículo 5.1 de la directiva antiabuso encontramos los supuestos de hecho en los que un contribuyente «será gravado», es decir, no se prevé la posibilidad de que se aplique

tributación de salida, se establece de hecho que en esos supuestos debe exigirse tributación de salida. Ello, en principio, supondría que, si el legislador de un EM no regula la tributación de salida, a partir del 1 de enero de 2020 la Administración tributaria de dicho EM podría exigirla en virtud del principio de eficacia directa.

Concretamente, dicho artículo 5.1 establece cuatro supuestos de hecho:

- a) Cuando el contribuyente traslade activos desde su sede de dirección a su establecimiento permanente en otro EM o en un tercer país, en la medida en que, debido al traslado, el EM en el que se encuentra la sede ya no tenga derecho a gravar dichos activos.
- b) Cuando el contribuyente traslade activos desde su establecimiento permanente en un EM a su sede de dirección o a otro establecimiento permanente en otro EM o en un tercer país, en la medida en que, debido al traslado, el EM en el que se encuentra el establecimiento permanente ya no tenga derecho a gravar dichos activos.
- c) Cuando el contribuyente traslade su residencia fiscal a otro EM 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 EM.
- d) Cuando el contribuyente traslade la actividad realizada por su establecimiento permanente de un EM a otro o a un tercer país, en la medida en que, debido al traslado, el EM en el que se encuentra el establecimiento permanente ya no tenga derecho a gravar dichos activos.

En todos los supuestos aprecia Sanz Gadea (2018, p. 50) la concurrencia de dos requisitos. Por una parte, debe haber un traslado entre jurisdicciones fiscales, apréciase que el Estado de acogida puede ser un EM o un tercer país, proyectándose el artículo 5.1 sobre relaciones extracomunitarias. Por otra, debe concurrir la extinción del derecho a gravar la plusvalía latente por parte del Estado de salida.

La proyección del artículo 5.1 sobre relaciones extracomunitarias, entendemos, encuentra su fundamento en que si no se mantuviera una estructura común cuando se trata de tributación de salida a un tercer país, se producirían traslados de residencia intracomunitarios, buscando hacer la salida a un tercer país desde el EM con una tributación de salida más ventajosa. Ello afectaría a la libertad de establecimiento en tanto condicionaría el establecimiento de las sociedades en un EM u otro y, sobre todo, generaría movimientos artificiosos.

Critica el citado autor que la directiva antiabuso no regule los supuestos de hecho que comprenden un traslado de activos, actividades o de residencia fiscal. Queda, por tanto, en manos de los ordenamientos nacionales la calificación de traslado de activos, actividades o de residencia fiscal. Por otro lado, la pérdida del derecho a gravar la plusvalía latente debe apreciarse igualmente en virtud del ordenamiento del Estado de salida, el cual marcará los puntos de conexión del contribuyente con dicho Estado.

Aprecia el autor que pueden existir conflictos negativos, en los que un Estado aprecie que hay traslado y otro no. Considera que sería irrelevante dado que es una cuestión que se va a resolver conforme al ordenamiento del Estado de salida. Sin embargo, aunque no sea un problema directamente relacionado con la tributación de salida, puede ocurrir que en el Estado de salida no se reconozca el traslado y en el de llegada sí, produciéndose un caso de doble imposición. En un caso opuesto, estaríamos ante una no imposición.

Cuestión distinta, continúa el autor, es que dos jurisdicciones se consideren jurisdicción de salida, como ocurriría en un caso de doble residencia fiscal.

La problemática descrita en los dos párrafos anteriores debería ser objeto de solución mediante un CDI.

Sostiene Sanz Gadea (2018, p. 51) que la pérdida del derecho a gravar se deriva de dos casos: extinción del punto de conexión del contribuyente con el Estado de salida y exención de las rentas generadas por los activos y actividades trasladados a otro Estado. Como el propio autor plantea, el segundo caso supone que el Estado decide no gravar una determinada renta; esa decisión solo puede tomarse sobre rentas que se tiene derecho a gravar, por lo que, consideramos, tal exención no supone la pérdida del derecho a gravar entendida como una pérdida de competencia que imposibilite el gravamen, es decir, en este caso el Estado no pierde la potestad tributaria sobre el contribuyente.

No obstante, cuando un Estado exime rentas de activos y actividades ubicados en el extranjero suele deberse a un CDI, por lo que queda dentro del ámbito convencional y fuera del precepto ahora analizado.

Por último, vamos a tratar algunos casos concretos, analizados por el mismo autor cuya inclusión en los supuestos de hecho anteriormente relacionados podría plantearse, a efectos de delimitar todo lo posible el supuesto de hecho del artículo 5.1.

En el caso de que una entidad traslade su residencia, y sus activos queden afectos a un establecimiento permanente del Estado de salida, no hay pérdida del derecho a gravar, por lo que no hay tributación de salida.

La exposición de motivos (apartado 10) aclara que las transferencias de activos, incluido el efectivo, entre una entidad matriz y sus filiales quedan fuera del ámbito de esta norma. Ello encuentra su lógica en el hecho de que hay dos personas jurídicas distintas, por lo que no hay un traslado sino una transmisión. A efectos prácticos, el resultado es el mismo que en la tributación de salida: se va a tributar por la plusvalía puesta de manifiesto.

Tampoco hay tributación de salida en caso de fusión inversa, en la que una entidad filial constituida en otro Estado absorbe a la entidad matriz, lo cual no implica que no vaya a producirse tributación de las plusvalías latentes. Así, la Directiva 2009/133/CE prevé la tributación diferida de dichas plusvalías latentes, imputables a los activos que resten afectos.

tados a un establecimiento permanente que se encuentre en la jurisdicción fiscal de la entidad absorbida¹⁹.

Para finalizar, Sanz Gadea (2018, p. 53) se plantea la posibilidad de considerar comprendido en el artículo 5.1 el supuesto de disolución de una sociedad motivado por el cambio de residencia fiscal²⁰, concluyendo que el caso parece ir más allá de un mero traslado de residencia, y ello pese a que se trata de un caso que materialmente restringe de igual modo la libertad de establecimiento. Encontramos en la Sociedad Anónima Europea²¹, una posible vía de solución a esta restricción, pues a esta se le permite el traslado de residencia sin perder la personalidad jurídica, estableciéndose la tributación diferida de las plusvalías latentes conforme al régimen de operaciones de fusión y asimiladas intracomunitarias²².

4.2.2. Supuestos de hecho que inhiben la tributación de salida

De modo similar, *mutatis mutandis*, a los supuestos de exención, identifica Sanz Gadea (2018, pp. 53 y 54) en el precepto analizado, una suerte de delimitación negativa del supuesto de hecho de la norma. Se trata, pues, de casos en los que, pese a que se cumple el supuesto de hecho, la norma específica que no producirán tributación de salida.

De esta forma, el artículo 5.7 de la directiva antiabuso establece que dicho artículo no será de aplicación «siempre que se prevea que los activos deben volver al Estado miembro del responsable de la transferencia en un plazo de doce meses», a los siguientes casos:

¹⁹ De este modo, aclara Sanz Gadea (2018, p. 52) cuando se realiza una fusión inversa frente a una jurisdicción fiscal tercera, los EE. MM. pueden optar entre gravar o no las plusvalías latentes, cuando se trata de una jurisdicción fiscal comunitaria pueden abstenerse de gravarlas (aunque los activos afectados no resten afectos a un establecimiento permanente), pero no podrán gravarlas aplicando el régimen de diferimiento establecido en la directiva mencionada.

²⁰ Como ya comentamos, en relación con las sentencias *Daily Mail* (C-81/87 –NFJ073074–), *Centros* (C-212/97 –NFJ044265–) y *Uberseering* (C-208/00), Martín Jiménez y Calderón Carrero (2007, p. 15), concluyen (de las sentencias anteriormente citadas) que «cuando el traslado de la sede de dirección efectiva determine la pérdida de personalidad jurídica en el ordenamiento de origen no existirá problema alguno en la exigencia de los impuestos correspondientes como si una disolución o liquidación se tratara». Ello con base en que (afirman los autores) no es un impuesto de salida sino la consecuencia inherente al cambio de *lex societatis*.

²¹ Artículo 8.1 del Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE).

²² Como comentamos anteriormente, se trata de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro (capítulo V).

- Traslado de activos relacionados con la financiación de garantías.
- Entrega de activos como garantía.
- Transferencia de activos para cumplir requisitos prudenciales de capital o a efectos de gestión de liquidez.

En este punto, el mencionado autor considera que la condición de que se prevea el retorno de los activos en los próximos 12 meses es de aplicación solo al primero de los supuestos. Sin embargo, si se realiza una labor hermenéutica tomando como referencia el aspecto teleológico de la norma (establecer la tributación de plusvalías latentes cuando vaya a producirse una ruptura del punto de conexión del contribuyente con el Estado de salida), se apreciará que se trata de casos de traslados accidentales y transitorios que no determinan una ruptura definitiva del punto de conexión del contribuyente con el Estado correspondiente. De hecho, critica el autor que la norma no inhiba de tributación de salida la transferencia de activos con carácter general (entendemos, cuando dicho traslado sea inferior a 12 meses). No obstante, De Miguel Canuto (2017, p. 9) coincide en que el límite de 12 meses solo se aplica en el primer supuesto.

Además, uno de los supuestos de hecho habilitantes (art. 5.1 c) contiene un supuesto de no aplicación de la tributación de salida, esto es, la vinculación de activos, de una entidad que se traslada a un establecimiento permanente en sede de la jurisdicción de salida. Al igual que en los casos anteriores, la *ratio legis* es la misma, no hay pérdida del punto de conexión del contribuyente con el Estado (en este caso respecto a los bienes que quedan afectos al establecimiento permanente).

4.2.3. Determinación de la base imponible

Establece el propio artículo 5.1 que en los casos de tributación de salida analizados, el 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». Tenemos, por tanto, dos valores de referencia: el valor de mercado y el valor del bien a efectos fiscales.

En cuanto al valor de mercado, el propio artículo 5.6 de la directiva antiabuso lo define al señalar que «se entenderá por “valor de mercado” el importe por el que puede intercambiarse un activo o por el que pueden liquidarse las obligaciones recíprocas entre compradores y vendedores interesados independientes en una transacción directa»²³.

²³ Recuerda Sanz Gadea (2018, pp. 54 y 55) la similitud, e incluso equivalencia, con el concepto de la *comparable uncontrolled transaction in comparable circumstances* del capítulo II de la *Guía de precios de transferencia de la OCDE*.

En cuanto a la posible compensación de plusvalías y minusvalías, Sanz Gadea (2018, p. 55) entiende que no se encuentra en el tenor literal del precepto, sin embargo, encontraría fundamento jurídico en el principio de capacidad económica.

Cuestiona el mismo autor la posibilidad de declarar exentas las plusvalías latentes objeto de la tributación de salida. Así no deberían gravarse rentas que en caso de tener carácter interno (dentro del Estado competente) estén exentas²⁴. Ello, principalmente, porque iría en contra de las libertades comunitarias, en cuanto restringiría la libertad de establecimiento.

Por último, no se aprecia inconveniente en que los Estados establezcan el gravamen de rentas adicionales a las recogidas en el artículo 5 de la directiva antiabuso, por ejemplo, es el caso de rentas devengadas y diferidas o ajustes pendientes.

4.2.4. Eliminación de casos de no imposición y de doble imposición

Uno de los problemas que suele generar la tributación de salida se sustancia cuando el Estado de acogida no toma como referencia el valor atribuido por el Estado de salida²⁵. Ello puede generar casos de doble imposición (cuando el valor de mercado otorgado por el Estado de salida es superior al valor fiscal atribuido por el Estado de destino) y casos de no imposición (cuando el Estado de salida asocia al bien un valor de mercado inferior al valor fiscal atribuido en el Estado de destino). Por tanto, para que el contribuyente tribute por la renta efectivamente realizada, debe coincidir el valor de mercado en el Estado de salida con el valor fiscal en el Estado de llegada.

Por este motivo, el artículo 5.5 establece que el EM de llegada «aceptará el valor determinado por el Estado miembro del contribuyente o del establecimiento permanente como valor de base de dichos activos a efectos fiscales, a menos que no refleje el valor de mercado». Obsérvese que ahora solo se hace referencia al EM de llegada, y ello porque, aunque la directiva se aplique en caso de cambio de residencia a un tercer país o a un Estado parte del EEE (no sujetos al derecho derivado de la UE), esta no puede imponer obligaciones para dichos países.

Realmente poco soluciona este precepto, pues, por una parte, si el EM de destino considera que el valor de mercado que atribuyó el EM de origen no es adecuado puede no aceptarlo, y, por otra, si el traslado se produce a un tercer país, el problema continúa sin solución, quedando en manos de la vía convencional: los CDI.

²⁴ Hace alusión Sanz Gadea (2018, p. 55) al caso de las participaciones cualificadas del artículo 21 de la Ley 27/2014.

²⁵ Cuestión ya introducida por la CE en la Comunicación de 19 de diciembre de 2006.

Consideramos que, de forma acertada, Sanz Gadea (2018, p. 56) propone como solución más eficaz el arbitraje, con ocasión de la aprobación de la Directiva 2017/1852, del Consejo, de 10 de octubre de 2017, sobre los mecanismos de resolución de litigios fiscales de la UE. Mecanismo que, por otro lado, solo sería aplicable cuando el traslado se produce a otro EM. Coincidiendo en lo anterior, otra solución alternativa, adicionalmente plantean Calderón Carrero y Martín Jiménez (2017, p. 26) el uso del nuevo instrumento multilateral MLI BEPS 2016²⁶, aunque su aplicación resulta difícil si se tiene en cuenta que el impuesto de salida no se aplica con base en el CDI.

4.3. Transposición nacional de la directiva y adaptación al ordenamiento europeo

Atendiendo al artículo 3 de la directiva antiabuso, se puede decir que esta representa un nivel mínimo de protección. En este sentido, Sanz Gadea (2018, p. 57) apunta que cuando la jurisdicción fiscal de llegada sea un EM o un Estado del EEE²⁷, deberán respetarse las previsiones sobre aplazamiento y pago. Así se desprende de los supuestos mencionados en el artículo 5.2 de la directiva antiabuso.

Dichas previsiones, recogidas en los apartados 2 y 3 del artículo 5, son:

- Opción al contribuyente de fraccionar el pago (en lugar, lógicamente, del pago inmediato) de la deuda tributaria a lo largo de cinco años.
- Opción a los EE. MM. de exigir intereses de demora.
- Constitución de garantía, solo en caso de riesgo de impago real y demostrable. Puntualiza, en este aspecto, De Miguel Canuto (2017, p. 10) que aun en este caso «no se exigirá la garantía cuando la legislación del Estado del establecimiento permanente o del contribuyente residente prevea la posibilidad de cobro de la deuda tributaria a través de otro contribuyente que sea miembro del mismo grupo y residente a efectos fiscales en ese Estado». Como la norma no discrimina, debe comprenderse tanto el mismo grupo fiscal como el mismo grupo consolidado.

Por último, el artículo 5.4 de la directiva antiabuso relaciona los casos en que el pago aplazado se interrumpe, pasando a ser exigible la deuda tributaria, a saber:

- Los activos trasladados o la actividad realizada por el establecimiento permanente del contribuyente se vendan o se enajenen de algún otro modo.

²⁶ *Multilateral Instrument of Base Erosion and Profit Shifting.*

²⁷ Siempre que hayan suscrito un acuerdo de asistencia mutua para el cobro de créditos fiscales.

- Los activos trasladados se trasladen posteriormente a un tercer país.
- La residencia fiscal del contribuyente o la actividad realizada por su establecimiento permanente se trasladen posteriormente a un tercer país²⁸.
- El contribuyente se halle en situación de quiebra o liquidación.
- El contribuyente incumpla sus obligaciones en relación con los pagos fraccionados y no corrija su situación a lo largo de un periodo razonable, que no excederá de 12 meses.

Destaca Sanz Gadea (2018, p. 58) que no se atribuye el mismo trato a un traslado intracomunitario que a un traslado producido dentro de un EM. Un trato equivalente hubiera exigido diferir el pago al momento de realización de la plusvalía en virtud de la transmisión. Se aplica, precisamente, ese trato discriminatorio en el que el TJUE basó sus primeros pronunciamientos sobre la tributación de salida, y que posteriormente siguió la CE en su Comunicación, ya analizada.

4.4. Conclusiones sobre la directiva antiabuso

El artículo 5 de la directiva antiabuso viene a armonizar la tributación de salida cuando el Estado de salida es un EM, ya tenga el contribuyente como destino otro EM, un Estado parte del EEE o un tercer país. Siendo de aplicación solo a contribuyentes del impuesto sobre sociedades.

Así, puede apreciarse como la tributación de salida que establece el artículo 5 de la directiva antiabuso afecta a varios elementos sustanciales del tributo: base imponible (diferencia entre el valor de mercado y el valor fiscal del bien que se traslada), hecho imponible (en qué casos debe someterse a gravamen dicha renta) y, el más importante, el devengo (en tanto el principal efecto de la tributación de salida es adelantar la tributación de rentas que, de no haberse producido traslado de residencia, no tributarían todavía).

En cuanto al supuesto de hecho, regula igualmente aquellos casos en los que, pese a producirse este, no se va a devengar tributación de salida.

Para evitar casos de doble imposición y no imposición, el Estado de destino deberá tomar como referencia el valor asignado por la jurisdicción de salida, excepto si dicho valor no refleja el valor de mercado. Dicha regla no se aplica cuando el Estado de destino es un

²⁸ Puntualiza De Miguel Canuto (2017, p. 10) que el segundo y tercer supuesto no se aplican cuando se trate de un Estado tercero parte del EEE, con el que exista acuerdo sobre asistencia mutua en materia de cobro de créditos tributarios que sea equivalente a la asistencia mutua prevista en la Directiva 2010/24.

tercer país o un Estado parte del EEE, en tanto que dichos países quedan fuera del alcance de la directiva antiabuso.

Además, cuando el Estado de destino sea un EM o un Estado parte del EEE, debe darse opción al contribuyente entre el pago inmediato y el pago fraccionado a lo largo de cinco años, los EE. MM. podrán exigir intereses de demora. Se prevé, igualmente, la posibilidad de exigir la constitución de garantía cuando exista un riesgo demostrable y real de impago.

5. Los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición

Pese al gran avance armonizador que representa la directiva antiabuso, los elementos hasta ahora analizados siguen dejando cuestiones sin resolver. Principalmente problemas de doble imposición y de no imposición cuando, como concluíamos en el epígrafe anterior, el Estado de destino es un tercer país o un Estado parte del EEE (al quedar fuera del ámbito del art. 5.5 de la directiva antiabuso). Problemática similar deja latente la jurisprudencia del TJUE. En este sentido, resulta fundamental el papel que representan los CDI.

Critica Ribes Ribes (2014, p. 257) la ausencia de una regulación específica que determine las consecuencias fiscales que comporta el cambio de residencia por parte de un contribuyente. De hecho, al margen de menciones limitadas, no se aborda dicha cuestión ni el Convenio Modelo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante CM OCDE) ni el Convenio Modelo de la Organización de las Naciones Unidas. Dado que España sigue el esquema del CM OCDE en todos sus CDI, nos centraremos en dicho Convenio Modelo.

En materia de impuestos de salida, hay dos artículos en el CM OCDE que Ribes Ribes (2014, p. 258) considera que podrían entrar en conflicto con la imposición de salida. Concretamente, sus artículos 13.5²⁹ y 18 atribuyen en exclusiva al Estado de residencia del transmitente o perceptor la competencia para gravar las ganancias patrimoniales derivadas, respectivamente, de acciones, o de la pensión.

5.1. Compatibilidad de los impuestos de salida con el Derecho Internacional Tributario

La fuente principal del Derecho Internacional Tributario, la conforman, como bien es sabido, los CDI. Por tanto, lo que nos proponemos dilucidar es si los impuestos de salida son

²⁹ El apartado 5 del artículo 13 funciona a modo de cláusula residual, en tanto solo se aplicará sobre las ganancias procedentes de bienes no comprendidos en los apartados anteriores.

compatibles con los CDI o, dicho de otra manera, si los impuestos de salida no suponen un incumplimiento del CDI por parte del Estado que los establece.

Lo primero que debe mencionarse es que la solución ideal de la problemática de los impuestos de salida se resolviera, precisamente, mediante CDI. Y lo cierto es que la mención a la tributación de salida en dichos convenios es prácticamente nula. Resulta un caso excepcional, indica Sanz Gadea (2018, p. 76), el convenio hispano-alemán³⁰. Puntualiza el autor que, en los casos en que la tributación de salida esté prevista en un CDI, debe aplicarse la norma interna con las matizaciones o modificaciones contenidas en la norma convenida.

Uno de los supuestos controvertidos respecto a los preceptos citados anteriormente es, precisamente, el caso de la tributación de salida (de ahí que en el caso del convenio hispano-alemán se introduzca una previsión en el propio art. 13), en tanto supone la tributación de unas ganancias latentes, no materializadas, y que, si no existiera tributación de salida, se someterían a gravamen por el Estado que determinara el CDI (estamos hablando lógicamente de un caso de cambio de residencia fiscal que quede al margen de la directiva antiabuso o de la jurisprudencia del TJUE).

Existen dos posturas en nuestra doctrina respecto a esta cuestión, una corriente que considera que los impuestos de salida son contrarios a los artículos 13 y 18 del CM OCDE, mientras que la otra los considera compatibles.

La primera, defendida, entre otros, por Ribes Ribes (2014, pp. 261 y 262), estima que el Estado que establece impuestos de salida ejercita derechos de imposición sobre ganancias patrimoniales pese a haber renunciado con carácter previo a favor del Estado en el que el contribuyente es residente cuando efectúa la transmisión.

La segunda, de cuyo sector destacamos a Sanz Gadea (2018, p. 76), el cual hace alusión a la Acción 6 del Proyecto contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BEPS), en cuyos apartados 65, 66 y 67, aborda, precisamente, la compatibilidad de la tributación de salida con los artículos 13 y 18. En este sentido, determina que en tanto la obligación nazca en el tiempo que el contribuyente es todavía residente de un Estado y este

³⁰ En efecto, el artículo 13.7 del convenio, al tratar las ganancias de capital, establece: «Cuando una persona física haya sido residente de un Estado contratante durante 5 o más años y se convierta en residente del otro Estado contratante, lo dispuesto en el apartado 6 no impedirá al Estado mencionado en primer lugar someter a imposición, conforme a su normativa interna, las plusvalías procedentes de acciones o participaciones en una sociedad correspondientes al periodo de residencia de esa persona física en el Estado mencionado en primer lugar, siempre que la enajenación de las acciones o participaciones se realice en el plazo de 5 años desde la fecha en la que esa persona hubiera cesado en su condición de residente del Estado mencionado en primer lugar».

no grave rentas posteriores al traslado de residencia, ninguna disposición del convenio (en particular los arts. 13 y 18) impedirá la aplicación de este tipo de obligaciones.

Recuerda el mismo autor, además, la doctrina del caso *N*, según la cual la exigencia del tributo antes del cambio de residencia evidenciaría el cumplimiento del primer requisito. Sin embargo, como bien apunta el autor, BEPS habla del nacimiento de la obligación tributaria, y no del momento de pago.

Apreciando más fundada la corriente liderada, precisamente, por este autor, identifiquemos dos requisitos exigibles para que la tributación de salida sea compatible con los CDI:

- El nacimiento de la obligación tributaria debe producirse antes de que el contribuyente pierda la condición de residente en el Estado de salida.
- El impuesto de salida establecido no puede gravar rentas posteriores al cese de residencia.

Resulta paradójico el primer requisito pues, en el caso de la tributación de salida, podría interpretarse que el supuesto de hecho es precisamente la pérdida del punto de conexión, y es cierto. Sin embargo, debe diferenciarse el supuesto de hecho de la tributación de salida del hecho imponible del impuesto, el cual es la generación de una renta durante la residencia del contribuyente³¹.

En cuanto al segundo requisito, si la renta se calcula por referencia al valor de mercado en la fecha del devengo del último periodo impositivo que el contribuyente fue residente, las rentas posteriores no deberían quedar afectadas.

5.2. Riesgo de doble imposición y vías de solución

Añadido a la escasa mención que de la tributación de salida figura en los CDI, Sanz Gadea (2018, p. 78) identifica un riesgo de doble imposición derivado de la falta de coordinación en tributación de salida entre Estados, carencia que hemos venido acusando durante el presente estudio.

Efectivamente, en el caso de someter a un contribuyente a tributación de salida, la plusvalía latente gravada podría verse nuevamente gravada si el Estado de acogida no reconoce el valor atribuido por el Estado de salida o, alternativamente, no concede un crédito fiscal con base en la tributación ya realizada en el extranjero.

³¹ Recuérdese que el artículo 21.1 de la Ley 58/2003, General Tributaria, establece que: «El devengo es el momento en el que se entiende realizado el hecho imponible y en el que se produce el nacimiento de la obligación tributaria principal».

Y esta problemática es la que verdaderamente necesita encontrar una solución incorporada en los CDI. Dado que no se ha tenido esta previsión, el autor encuentra una vía alternativa de solución, debiendo acudir en estos casos al procedimiento amistoso del artículo 25 del CM OCDE.

5.3. Relación de la directiva antiabuso con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición

Debe ahora analizarse qué ocurriría en caso de que entrara en conflicto la consecuencia jurídica otorgada por la directiva antiabuso y la otorgada por un CDI. Ello ocurriría, conforme a Sanz Gadea (2018, p. 79), si un CDI suscrito por España con un Estado tercero otorgara la competencia para gravar una plusvalía latente a la jurisdicción fiscal de llegada, excluyendo tributación de salida.

Si bien es cierto que una directiva se transpone mediante una norma interna, por dicha transposición, la directiva no desaparece ni se sustituye, sino que perdura paralelamente como norma comunitaria, la cual en este caso prevalecería frente al CDI por aplicación del principio de preferencia. Exigiría, por tanto, la renegociación del CDI.

No obstante, se aprecia poco probable la ocurrencia de dicho conflicto si se tiene en cuenta, como hemos dicho, la prácticamente nula existencia de menciones a la tributación de salida en los CDI.

5.4. Otras medidas sobre la emigración previstas en los CDI internacional suscritos por España

Por su parte, Ribes Ribes (2014, pp. 272-287) identifica una serie de medidas que, si bien no versan directamente sobre la tributación de salida, sí que inciden indirectamente sobre la materia, concretamente, se trata de cuestiones que van a determinar que se produzca la salida de una jurisdicción fiscal a otra en un momento distinto.

Dichas cláusulas destacan por su escasez y heterogeneidad. Estas cláusulas se clasifican por la autora en función de su contenido, así hay cláusulas que consisten en la sustitución de la residencia por la nacionalidad como criterio de sujeción al tributo (es el caso de los CDI suscritos por España con Bulgaria, EE. UU. y Filipinas), en la ampliación del concepto de residencia (por ejemplo, en el caso del CDI de España con Bulgaria) o a la atribución de potestad tributaria que los CDI establecen (así ocurre, por ejemplo, en relación con ganancias derivadas de inmuebles en los CDI suscritos por España con EE. UU., Albania, Barbados, Georgia, Kazajistán, Pakistán, Panamá, Singapur, Uruguay y Hong Kong).

Por último, la autora también identifica medidas anecdóticas en relación con las personas físicas que atienden más bien a concesiones puntuales, que suponen, bien una modificación del concepto de residencia, bien otro tipo de ampliación de la potestad tributaria.

5.5. Conclusiones sobre los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición

Se aprecia un enfoque poco preciso en el Derecho Internacional Tributario. El problema que plantea la tributación de salida es que el sometimiento a gravamen de plusvalías latentes genere al contribuyente una situación de doble imposición cuando el Estado de destino no tome como referencia los valores otorgados por el Estado de salida. Insistimos, cuando el contribuyente pierde el punto de conexión respecto al primer Estado.

Problemática distinta de la que se vienen a ocupar los CDI, pues estos se proponen resolver aquellos casos en que hay más de un punto de conexión en un momento concreto, cosa que no ocurre, en sentido estricto, en la tributación de salida. Cuestión distinta sería que el Estado de salida quisiera reclamar la competencia de una renta puesta de manifiesto con posterioridad a la salida del contribuyente, pero no es el caso que nos ocupa.

Por tanto, aunque es importante resaltar la compatibilidad de la tributación de salida con los CDI en tanto abordan cuestiones distintas, la cuestión principal y de la que no se han encargado los CDI³² es el reconocimiento de los valores otorgados por el Estado de salida a efectos de determinar la renta efectivamente producida una vez ha entrado el contribuyente en su jurisdicción o, en su defecto, el reconocimiento de un crédito fiscal por el impuesto efectivamente satisfecho en el extranjero.

6. La imposición de salida en el ordenamiento español

En el contexto jurídico descrito hasta ahora, nos interesa plantearnos qué impuestos de salida encontramos en el ordenamiento tributario español y si estos se adaptan a las fuentes anteriormente citadas.

Concretamente, dado que España es un EM de la UE, siempre que se produzca una salida de un contribuyente del impuesto sobre sociedades originariamente vinculado a España, la norma de referencia va a ser la directiva antiabuso. En caso de personas físicas (a las que no les resulta aplicable la directiva antiabuso), deberá respetarse la jurisprudencia del

³² Apréciase que ni en el caso del convenio hispano-alemán se hace referencia a dichos valores.

TJUE ya descrita. Ambas fuentes, como ya comentábamos en el epígrafe anterior, priman frente a los CDI en aplicación del principio de primacía (téngase presente que la jurisprudencia del TJUE se fundamenta en la aplicación de normas europeas).

En último término, para lo que no esté contemplado en ambas fuentes, resultará de aplicación los CDI suscritos por España, si bien en una salida de territorio español, el principal interés que generan los CDI sería a efectos de que el Estado de acogida tomara como referencia los valores atribuidos por España o, alternativamente, otorgara al contribuyente un crédito fiscal por el impuesto satisfecho en España (solución hasta la fecha prácticamente inexistente en los CDI, como ya hemos comprobado).

En nuestro ordenamiento, la tributación de salida se incardina, atendiendo a la naturaleza del contribuyente, en cada impuesto directo.

6.1. Tributación de salida de los contribuyentes del impuesto sobre sociedades

Nos proponemos ahora analizar la tributación de salida de los contribuyentes del impuesto sobre sociedades, por lo que analizaremos, en primer lugar, su regulación, así como su adecuación al derecho de la UE. Por último, trataremos el régimen especial de las operaciones de fusión y asimiladas.

6.1.1. Régimen de tributación de salida

Su previsión se encuentra en el artículo 19.1 de la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante LIS), en virtud del cual se integrará en la base imponible la diferencia entre el valor de mercado³³ y el valor fiscal de los elementos patrimoniales que sean propiedad de una entidad residente en territorio español que traslada su residencia fuera del mismo, salvo si dichos elementos quedan afectos a un establecimiento permanente de dicha entidad situado en territorio español.

En el anterior texto normativo, Real Decreto legislativo 4/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, la tributación de salida se recogía en el artículo 17.1, letras a) y c), analizado, entre otros por Burlada Echeveste y Burlada Echeveste (2014, pp. 5 y 6); dicho artículo fue considerado contrario al derecho de la UE en la STJUE de 25 de abril de 2013 (asunto C-64/11 –NFJ050566–), al hacer exigible el

³³ Aquel que se hubiera acordado por personas o entidades independientes en condiciones que respeten el principio de libre competencia (art. 18 LIS).

pago inmediato del gravamen sobre plusvalías latentes con ocasión del traslado de residencia de una sociedad.

Volviendo al actual artículo 19 de la LIS destaca Sanz Gadea (2018, p. 58) que no se grava, como puede observarse, el traslado de activos y actividades al extranjero para su afectación a un establecimiento permanente.

La residencia fiscal se regula en el artículo 8 de la LIS, en virtud del cual será necesario el traslado de sede de dirección efectiva y, a su vez, de domicilio social³⁴ (fuera de España, que no significa que deban trasladarse ambos al mismo Estado). No obstante, el traslado del domicilio social solo será posible si el Estado de destino permite el mantenimiento de la personalidad jurídica (art. 93 de la Ley 3/2009).

Tal mantenimiento de la personalidad jurídica con ocasión del traslado de residencia debe garantizarse, señala el referido autor, bien mediante CDI³⁵, bien por otro tipo de acuerdo amistoso entre las jurisdicciones fiscales en cuestión, o bien mediante la normativa mercantil interna del Estado de destino. Fuera de estos supuestos, deberá procederse a la disolución de la entidad (disolución que va a provocar la tributación de las plusvalías pero que no ha venido considerándose estrictamente una tributación de salida sino una simple tributación inherente a la disolución, aunque el efecto práctico sea el mismo al hacer referencia el art. 17.4 y 5 LIS al valor de mercado).

El traslado de residencia genera la conclusión del periodo impositivo, conforme al artículo 27.2 b) de la LIS. Critica el autor que dicha ley no aborde qué ocurre con las situaciones fiscales que puedan surtir efectos en periodos impositivos sucesivos (sería el caso, por ejemplo, de bases imponibles negativas pendientes de compensación).

En cuanto a las plusvalías latentes de qué activos son gravables, Sanz Gadea (2018, p. 60) afirma la posibilidad de gravar activos no contabilizados y rentas imputables a toda clase de instrumentos de patrimonio. Sin embargo, tras analizar las Consultas de la Dirección General de Tributos (en adelante DGT) V2477/2012 –NFC046087–, V0928/2015 –NFC054144– y V3879/2015 –NFC057446–, concluye que serán de aplicación todas las reglas relativas a la determinación de la renta derivada de la transmisión de participaciones.

Esta cuestión es importante para que entendamos que la tributación de salida en un sentido estricto solo «modifica» el régimen general de tributación en el devengo, adelantando el sometimiento a gravamen de una plusvalía que existe pero que no se ha manifestado, por lo demás, debe aplicarse, *mutatis mutandis*, el régimen general de tributación (especialmente a efectos de cálculo de la base imponible).

³⁴ Se sigue en España, por tanto, la teoría de la sede real.

³⁵ Piénsese en el caso de una sociedad que traslada solo su domicilio social y el CDI entre España y el Estado de destino determina residente al contribuyente en aquel Estado donde tenga el domicilio social.

Al igual que la directiva antiabuso, el precepto analizado establece como supuesto de inhibición de la tributación de salida la afectación de los activos a un establecimiento permanente³⁶ situado en territorio español³⁷.

Mención aparte merece la Sociedad Anónima Europea³⁸, la cual conforme al artículo 76.7 de la LIS aplicará, opcionalmente, el régimen de diferimiento propio de las operaciones de fusión y asimiladas a las «operaciones de cambio social [...], respecto de los bienes y derechos situados en territorio español que queden afectados con posterioridad a un establecimiento permanente situado en territorio español».

6.1.2. Adecuación al derecho de la UE

La adecuación del precepto al derecho de la UE, de acuerdo con Sanz Gadea (2018, p. 65), se pretende alcanzar mediante el aplazamiento del pago, establecido en el precepto³⁹, de la deuda hasta la fecha de transmisión⁴⁰ de los elementos patrimoniales afectados.

Debe tenerse en cuenta que el aplazamiento conlleva, según la Ley 58/2003, General Tributaria, la exigencia de intereses de demora y la constitución de garantías⁴¹.

Por tanto, para adaptar la tributación de salida de los contribuyentes de la LIS al derecho de la UE, debería concederse al contribuyente la opción de diferir el ingreso de la deuda tributaria, posibilitándose la exigencia de intereses de demora y la constitución de garantías,

³⁶ El artículo 16.1 del Real Decreto legislativo 5/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (en adelante LIRNR), establece que se consideran elementos patrimoniales afectos al establecimiento permanente los vinculados funcionalmente al desarrollo de la actividad que constituye su objeto. Tratándose de instrumentos de patrimonio, la afectación requiere que el establecimiento permanente esté formalizado mediante sucursal registrada en el Registro Mercantil, así como su inscripción en los registros contables de la misma.

³⁷ Dicho establecimiento permanente mantendría el derecho a compensar las bases imponibles negativas que tuviera pendientes la sociedad que se traslada y que mantiene su personalidad jurídica (Consulta Vinculante de la DGT V1347/2009 –NFC033693–).

³⁸ De acuerdo con el artículo 8.1 del Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE): «se podrá trasladar el domicilio social de la SE a otro Estado miembro con arreglo a lo dispuesto en los apartados 2 a 13. Dicho traslado no dará lugar a la disolución de la SE ni a la creación de una nueva persona jurídica».

³⁹ Cuando el traslado se produzca a un EM o a un país del EEE con el que exista un efectivo intercambio de información.

⁴⁰ Fecha lógica, si bien recordamos que no se establece ni en la directiva ni en la jurisprudencia del TJUE, aunque insistimos en que en el impuesto sobre sociedades la referencia es la directiva antiabuso.

⁴¹ Artículo 65 de la ley y artículos 44 y ss. del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación.

si bien para las garantías (y esta es la carencia del régimen actual) deberá valorarse que exista un riesgo demostrable y real de impago.

Igualmente debe reconocerse el valor de mercado otorgado por un EM de salida cuando España sea Estado de acogida.

Por su parte, el Anteproyecto de Ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal⁴² pretende excluir de gravamen las transferencias de bienes 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 art. 19.1 LIS). Aspecto, a ojos de Hernández González-Barreda, que parece ser la parte más conflictiva del anteproyecto.

Por otro lado, el citado anteproyecto⁴³ hace referencia al *step-up*, incluyendo (también en el art. 19.1 LIS) dicha regla en los términos de la directiva (art. 5.3 de la misma).

Además, el anteproyecto (párrafos segundo, tercero y cuarto del art. 1.Uno) pretende sustituir la opción del contribuyente de aplazamiento a la fecha de enajenación a terceros por la opción del pago del gravamen en cinco anualidades, debiendo indicar la opción en la misma liquidación del ejercicio concluido con ocasión del traslado, y procediendo el primer pago en el periodo voluntario de declaración de dicho periodo impositivo y las cuatro fracciones restantes, junto a los intereses de demora se producirá de forma sucesiva anualmente, desde la finalización del plazo voluntario de declaración correspondiente al último periodo impositivo. Añade igualmente, los supuestos de interrupción del fraccionamiento en consonancia con la directiva (párrafo séptimo del art. 1.Uno), se prevé la posibilidad de que dicha interrupción sea parcial en atención a los bienes afectados, en caso de interrupción el plazo de ingreso de las cantidades pendientes sería de un mes, en caso de impago se prevé el inicio del procedimiento de apremio perdiéndose el fraccionamiento de todos los pagos pendientes⁴⁴.

6.1.3. Tributación de salida en las operaciones de fusión y asimiladas

Esta tributación encuentra su regulación específica en el capítulo VII del título VII de la LIS. La tributación de los socios se recoge en el artículo 81 de la LIS (el apartado 3 trata la

⁴² <<http://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/Tributarios/ANTEPROYECTO%20LEY%20ATAD.pdf>> (acceso 3 de abril de 2018).

⁴³ Párrafo octavo del art. 1.Uno.

⁴⁴ En este sentido, Hernández González-Barreda aprecia que el anteproyecto es mucho más restrictivo que la directiva que otorga un plazo de 12 meses para el pago, sin embargo, puntualiza el autor, dicho régimen más restrictivo no es contrario a la directiva ni resulta desproporcionado conforme a las libertades comunitarias.

tributación de salida en caso de cambio de residencia). En el Real Decreto legislativo 4/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, se regulaba en el artículo 88.3, cuya redacción era contraria a la jurisprudencia del TJUE (que era la fuente de referencia en dicha época), como advertía Ribes Ribes (2014, p. 113) al no prever el diferimiento de la tributación⁴⁵.

Según Sanz Gadea (2018, p. 75), se aplica a los socios, personas físicas o jurídicas, que han participado en una operación de canje, fusión o escisión, previéndose el diferimiento de las rentas generadas, positivas o negativas.

Ahora bien, si dichos socios pierden la condición de residentes en territorio español, estos deberán integrar en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado⁴⁶ y el valor fiscal⁴⁷ de las acciones o participaciones recibidas.

Este régimen es equivalente al previsto en los artículos 19 de la LIS y 95 bis de la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante LIRPF) que posteriormente analizaremos.

Los socios, personas físicas, no parece que deban tributar (conforme a los arts. 80.4 y 81.3 LIS) por las plusvalías que no estarían afectadas por el artículo 95 bis de la LIRPF, por no alcanzar los importes establecidos. Igualmente, se estima que los socios personas jurídicas podrían beneficiarse del régimen de exención del artículo 21 de la LIS. Todo ello conforme al principio de neutralidad que informa este régimen.

En cambio, cuando se trata de socios, personas físicas, que trasladan su residencia a un EM, a un Estado parte del EEE con el que exista efectivo intercambio de información, el régimen previsto en los artículos 80.4 y 81.3 de la LIS es más gravoso que el recogido en el artículo 95 bis de la LIRPF, al exigir intereses de demora y la constitución de garantías. De nuevo, con base en el principio de neutralidad, Sanz Gadea (2018, p. 75) considera que sería aplicable el artículo 95 bis de la Ley 30/2006.

En cuanto a la adecuación al derecho de la UE de este régimen, nos remitimos a lo expuesto respecto al artículo 19 de la LIS, cuando se trate de contribuyentes del impuesto sobre sociedades. En cuanto al artículo 95 bis de la LIRPF, lo analizaremos posteriormente, cuando tratemos la tributación de salida de las personas físicas.

⁴⁵ Se permitía el aplazamiento con la correspondiente constitución de garantía y exigencia de intereses de demora.

⁴⁶ Deduce Sanz Gadea (2018, p. 75) del momento en que surta efecto el cambio de residencia.

⁴⁷ Dicho valor fiscal será el valor fiscal de las acciones o participaciones entregadas en ejecución de aquellas operaciones (arts. 80.4 y 81.3 LIS).

6.2. Tributación de salida de los contribuyentes del IRNR

Los contribuyentes que tributan a través de un establecimiento permanente situado en España están sometidos a tributación de salida cuando trasladan al extranjero activos afectos a este.

No obstante, solo se puede hablar de tributación de salida si la actividad de dicho establecimiento permanente se continúa por la entidad no residente titular o por otro establecimiento permanente de titularidad de la misma ubicado en el extranjero.

La misma tributación correspondería en caso de cese de la actividad del establecimiento permanente.

A diferencia de la LIS, aprecia Sanz Gadea (2018, p. 68), en este caso la plusvalía latente se determina, conforme al artículo 18.5 de la LIRNR, por la diferencia entre el valor de mercado y el valor contable, y ello pese a que la base imponible del establecimiento permanente se determina conforme a las disposiciones del régimen general del impuesto sobre sociedades.

Respecto a la adecuación al derecho de la UE, mantenemos lo expuesto respecto a la tributación de salida de los contribuyentes de la LIS, salvo que se trate de personas físicas a los que no se les aplicaría la directiva y debería tomarse como referencia la jurisprudencia del TJUE.

El Anteproyecto de Ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal⁴⁸ pretende introducir un apartado c) del artículo 18.5 de la LIRNR, incluyendo la tributación de salida para aquellos bienes afectos a un establecimiento permanente situado en el territorio español que traslada su actividad al extranjero. Por otro lado, el citado anteproyecto hace referencia al *step-up*, incluyendo (también en el art. 18 LIRNR, en un nuevo apartado 7) dicha regla en los términos de la directiva (art. 5.3 de la misma).

Además, el anteproyecto (art. 2.Uno, incluyéndose un nuevo apartado 6 del art. 18 LIRNR) pretende sustituir la opción del contribuyente de aplazamiento a la fecha de enajenación a terceros por la opción del pago del gravamen en cinco anualidades, debiendo indicar la opción en la misma liquidación del ejercicio concluido con ocasión del traslado, y procediendo el primer pago en el periodo voluntario de declaración de dicho periodo impositivo y las cuatro fracciones restantes, junto a los intereses de demora se producirá de forma sucesiva anualmente, desde la finalización del plazo voluntario de declaración correspondiente al último periodo impositivo. Añade, igualmente, los supuestos de interrupción del

⁴⁸ <<http://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/Tributarios/ANTEPROYECTO%20LEY%20ATAD.pdf>> (acceso 3 de abril de 2018).

fraccionamiento en consonancia con la directiva (sería el párrafo sexto del nuevo art. 18.6 LIRNR), se prevé la posibilidad de que dicha interrupción sea parcial en atención a los bienes afectados; en caso de interrupción el plazo de ingreso de las cantidades pendientes sería de un mes, en caso de impago se prevé el inicio del procedimiento de apremio perdiéndose el fraccionamiento de todos los pagos pendientes⁴⁹.

6.3. Tributación de salida de los contribuyentes del IRPF

En la LIRPF, la tributación de salida se incardina en los artículos 14.3 y 95 bis, este último añadido por la Ley 26/2014. Dichos artículos hacen referencia a rentas pendientes de imputación y a plusvalías latentes, respectivamente.

6.3.1. Tributación de las rentas pendientes de imputación

El artículo 14.3 ha sido la causa de la apertura por la CE de un procedimiento de infracción contra España. Como ya advertía Sanz Clavijo (2009, pp. 7-10), este artículo en su anterior redacción no era compatible con la jurisprudencia del TJUE, y ello pese a que, como el propio autor señala, unido a otros como Burlada Echeveste y Burlada Echeveste (2014, p. 17), Herrera Molina (2013, p. 14), no estamos ante un impuesto de salida en sentido estricto.

En esta línea, el TJUE emite la Sentencia de 12 de julio de 2012 (asunto C-269/09 –NFJ047562–), poniendo de manifiesto que dicho artículo era contrario a las libertades comunitarias, siguiendo el planteamiento de los casos *Lasteyrie y N.* No obstante, como proponía Guerra Reguera (2010, p. 164), se optó por la modificación del artículo, en lugar de suprimirlo.

En efecto, cuando el contribuyente pierde su condición por cambio de residencia, este deberá integrar en la base imponible del último periodo que deba declarar las rentas pendientes de imputación.

En caso de que el contribuyente traslade su residencia a otro EM de la UE, el contribuyente podrá optar por ir presentando declaraciones complementarias correspondientes al último periodo que debió declararse, sin sanción ni intereses de demora. Nada se dice tampoco respecto a la exigencia de garantías.

Apréciase que el artículo no hace referencia a plusvalías latentes sino a rentas ya realizadas, si bien no imputadas, por lo que no podemos hablar de impuesto de salida en sentido

⁴⁹ En este sentido, Hernández González-Barreda aprecia que el anteproyecto es mucho más restrictivo que la directiva que otorga un plazo de 12 meses para el pago, sin embargo, puntualiza el autor, dicho régimen más restrictivo no es contrario a la directiva ni resulta desproporcionado conforme a las libertades comunitarias.

estricto. Al no ser de aplicación la directiva antiabuso, tomando como referencia la jurisprudencia del TJUE, entendemos este precepto ajustado al derecho de la UE.

6.3.2. Tributación de plusvalías latentes

Por su parte, el artículo 95 bis de la LIRPF somete a gravamen las plusvalías latentes relativas a participaciones significativas, con ocasión del cambio de residencia fiscal del contribuyente titular de las mismas. Ello siempre que hubiera tenido la condición de contribuyente⁵⁰ durante al menos 10 de los 15 periodos impositivos anteriores al último periodo impositivo que deba declararse.

Para que se dé el sometimiento a tributación, debe concurrir, alternativamente, una de las siguientes circunstancias:

- Que el valor de mercado de las acciones y participaciones poseídas en la fecha del devengo del último periodo impositivo que deba declararse sea superior a cuatro millones de euros.
- Que las acciones y participaciones ostentadas representen más del 25 % del capital social de la entidad en cuestión, siempre que el valor de mercado de aquellas supere el millón de euros.

El apartado tercero regula qué se entiende por valor de mercado a estos efectos, haciendo alusión al valor de cotización cuando los títulos coticen y, en caso contrario, al mayor del valor contable (Patrimonio neto/Número de acciones o participaciones) y el valor obtenido de capitalizar al 20 % el resultado medio de los tres ejercicios cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del impuesto. En caso de títulos de participación en instituciones de inversión colectiva, se hace referencia al «valor liquidativo aplicable en la fecha de devengo del último periodo impositivo que deba declararse por este impuesto o, en su defecto, por el último valor liquidativo publicado» y, en defecto de ambos, el valor contable.

Sanz Gadea (2018, p. 71) advierte que, efectivamente, el precepto hace referencia a las ganancias patrimoniales, y no a las pérdidas, en disonancia con el impuesto sobre sociedades.

También recuerda el autor la exención del artículo 21 de la LIS, la cual actúa limitando el gravamen que se pueda derivar de este artículo.

En el caso de que exista un CDI aplicable con cláusula de intercambio de información, el ingreso de la deuda tributaria quedará automáticamente aplazado durante cinco ejercicios,

⁵⁰ Materia regulada en los artículos 8, 9 y 10 de la LIRPF.

más otros cinco ejercicios prorrogable en caso de desplazamiento por motivos laborales. Ello, no obstante, el aplazamiento devenga intereses de demora y motiva la constitución de garantía conforme a la Ley 58/2003, General Tributaria.

En caso de que el contribuyente recuperara de nuevo tal condición y no haya transmitido los valores, podrá solicitar la rectificación de la autoliquidación y obtener la devolución con intereses de demora conforme al apartado 5 del artículo analizado.

Cuando el cambio de residencia se produzca a otro EM de la UE, o del EEE con el que exista un efectivo intercambio de información tributaria, el apartado 6 otorga al contribuyente la posibilidad de optar por un diferimiento incondicional de la renta. De hecho, solo va a haber tributación de salida dentro de los 10 años de plazo que establece la norma si se transmiten los títulos o se cambia de residencia a un Estado que del EEE sin efectivo intercambio de información tributaria o a un Estado tercero o incumple las obligaciones de información⁵¹.

El régimen de tributación de salida se endurece cuando el traslado se produce a un país o territorio considerado como paraíso fiscal (apartado 7), aplicándose la tributación de salida con ocasión del cambio de residencia, aunque mantenga durante ese periodo y los cuatro siguientes la condición de contribuyente.

Igualmente, cuando se trate de contribuyentes que hubieran optado por el régimen fiscal especial aplicable a los trabajadores desplazados a territorio español, el apartado 8 establece que se computarán los 10 periodos impositivos que se exigen como contribuyente desde el primer ejercicio en que no estén acogidos a dicho régimen.

En cuanto a la adecuación al derecho de la UE, dado que estamos tratando personas físicas y no les resulta aplicable la directiva antiabuso, debe contrastarse con la jurisprudencia del TJUE, la cual consideramos que respeta.

6.3.3. Breve mención al traslado de residencia a paraísos fiscales

El artículo 8.2 de la LIRPF establece que conservarán la condición de contribuyentes del impuesto las personas que trasladen su residencia a un país o territorio considerado paraíso fiscal. Realmente, aunque se ha venido tratando dentro del concepto de impuestos de salida⁵², lo cierto es que no constituye un impuesto de salida propiamente dicho, conforme

⁵¹ Aunque en dicha tributación los valores que se tendrán en cuenta son los determinados con ocasión del cambio de residencia.

⁵² Así, entre otros, Martín Jiménez y Calderón Carrero (2007, pp. 6-8), Guerra Reguera (2010, pp. 164 y 165) y Ribes Ribes (2014, pp. 108-110).

a Martín Jiménez y Calderón Carrero (2007), de ahí que haya autores como Sanz Gadea (2018) que directamente omitan su mención.

Lo cierto es que no puede hablarse de impuesto de salida en sentido estricto en tanto el cambio de residencia no genera la tributación de plusvalías latentes. Tampoco podemos negar que suponga una restricción a las libertades comunitarias, pues, como señala Guerra Reguera (2010, p. 165), dichas libertades se aplicarían en el caso de traslado a paraísos fiscales europeos como Gibraltar, Chipre o Malta.

Debe tenerse presente que al no aplicarse la directiva antiabuso a las personas físicas, la fuente de referencia es la jurisprudencia del TJUE, que se apoya principalmente en las libertades comunitarias, y estas son de aplicación cuando el traslado se produce dentro de los países de la UE. Este precepto podría, como Guerra Reguera (2010, p. 165) señala, llegar a contravenir la doctrina elaborada por el TJUE⁵³, pudiendo llegar a derivarse, como augura Ribes Ribes (2014, p. 110), la iniciación de un nuevo procedimiento de infracción por parte de la CE contra España.

Pese a lo anterior, aunque haya una restricción de las libertades comunitarias, no se puede hablar de desproporción en tanto no se impone el pago inmediato de rentas no realizadas, aunque sea cierto que genere un gravamen para el contribuyente que se traslada y genere, según De Juan Casadevall (2010, p. 6), una presunción absoluta de evasión fiscal. Quizás, el problema que se plantea debería enfocarse, más bien, desde la perspectiva de la doble imposición.

6.4. Conclusiones sobre la imposición de salida en el ordenamiento español

Como puede apreciarse, en el Reino de España se han establecido, dentro de la imposición directa, impuestos de salida, tanto a personas físicas como jurídicas. Destaca la existencia de dos SSTJUE declarando contrarios al derecho de la UE dos impuestos de salida, uno sobre tributación de salida de personas físicas y otro sobre tributación de salida de personas jurídicas.

En el caso de las personas jurídicas, se distingue un régimen general de tributación de salida (art. 19 LIS) y un régimen específico para el caso de operaciones de fusión y asimiladas (arts. 80 y 81 LIS). Se hace necesaria una adaptación a la directiva antiabuso, concedida al contribuyente la opción de diferir el ingreso de la deuda tributaria, debe limitarse la exigencia de intereses de demora y la constitución de garantías, concretamente, para las

⁵³ En ello coinciden Martín Jiménez y Calderón Carrero (2007, p. 7).

garantías deberá valorarse que exista un riesgo demostrable y real de impago. Igualmente debe reconocerse el valor de mercado otorgado por un EM de salida cuando España sea Estado de acogida.

Las mismas conclusiones procede exponer cuando se trate de contribuyentes del impuesto sobre sociedades (visto desde una perspectiva internacional) respecto a la tributación de salida de los contribuyentes del IRNR (art. 18.5 LIRNR); sobre este impuesto cuando el contribuyente sea persona física, lo analizamos a continuación.

En cuanto a los contribuyentes del IRPF, se distingue la tributación de rentas pendientes de imputación (art. 14.3 LIRPF), que no constituye un impuesto de salida en sentido estricto en tanto no grava plusvalías latentes sino rentas ya realizadas. Por otro lado, se establece la tributación de plusvalías latentes con ocasión del cambio de residencia del contribuyente (art. 95 bis LIRPF). Dado que no es de aplicación la directiva antiabuso, contrastamos el precepto con la jurisprudencia del TJUE, a la cual consideramos que se ajusta, de ahí que Sanz Gadea (2018, p. 72) afirme que las previsiones del artículo 95 bis de la LIRPF procuren una tributación exactamente igual al cambio de domicilio puramente local. Todo ello, claro está, siempre que el TJUE no decida basarse en la directiva antiabuso cambiando su postura actual respecto a la tributación de salida de personas físicas.

Por último, en cuanto al precepto que regula la consideración del contribuyente del IRPF durante el periodo de cambio de residencia a paraíso fiscal durante el periodo impositivo de dicho cambio y los cuatro siguientes (art. 8.2 LIRPF), aunque no constituye un impuesto de salida en sentido estricto, la doctrina advierte que es cuestionable que respete el derecho de la UE.

7. Conclusiones

En virtud de lo expuesto a lo largo del presente estudio, cabe concluir que los países acostumbran a establecer impuestos de salida, entendiendo por estos la tributación de plusvalías latentes de activos del contribuyente con ocasión del cambio de jurisdicción fiscal.

La jurisprudencia del TJUE ha venido pronunciándose, tomando como principal referente y fundamento las libertades comunitarias, sobre el ajuste al derecho de la UE de los impuestos de salida establecidos por los EE. MM.

Cuando el Estado de salida es un EM, se aplicará la directiva antiabuso siempre que se trate de contribuyentes sujetos al impuesto sobre sociedades, mientras que cuando se trate de persona física a cuyo traslado resulte de aplicación las libertades comunitarias encontrará respaldo en la jurisprudencia del TJUE.

Tanto la directiva antiabuso como la jurisprudencia del TJUE exigen el diferimiento incondicional del impuesto de salida hasta el momento de la realización del hecho imponible. En

relación con las personas físicas, el TJUE ha venido permitiendo la exigencia de intereses de demora, pero no garantía bancaria. Por su parte, la directiva antiabuso permite la exigencia tanto de intereses de demora como la constitución de garantía, si bien este último elemento se reserva a casos de riesgo demostrable y real de impago.

En materia de doble imposición, en el seno de la directiva se establece el deber del Estado de acogida (cuando este sea EM) de tomar como referencia los valores otorgados por el EM de salida, quizás este principio sea trasladado por la jurisprudencia del TJUE a la tributación de salida de personas físicas. Fuera de esta casuística, se hace necesario acudir a los CDI, si bien la mención a la tributación de salida en los mismos es prácticamente nula, por lo que poco se ha avanzado en esta materia en el Derecho Internacional Tributario.

En el ordenamiento tributario español, se identifican impuestos de salida tanto en relación con personas físicas como jurídicas.

En el caso del impuesto sobre sociedades, se distingue un régimen general de gravamen de plusvalías latentes (art. 19 LIS) del régimen específico en caso de canje de valores y operaciones de fusión y asimiladas (arts. 80 y 81 LIS). Respecto a estos preceptos se hace necesaria una reforma que adapte su texto legal a la directiva antiabuso, en lo que se refiere a exigencia de intereses de demora y, sobre todo, la exigencia de garantía. Igualmente debe reconocerse el valor de mercado del EM de origen cuando España sea el Estado de destino.

Las mismas conclusiones procede exponer cuando se trate de contribuyentes del impuesto sobre sociedades (visto desde una perspectiva internacional) respecto a la tributación de salida de los contribuyentes del IRNR (art. 18.5 LIRNR); sobre este impuesto cuando el contribuyente sea persona física, lo analizamos a continuación.

En cuanto al IRPF, el impuesto de salida en sentido estricto se localiza en el artículo 95 bis de la LIRPF, si bien el supuesto de hecho que se establece es muy limitado y la tributación se difiere cuando el traslado se produzca a otro EM o país del EEE con el que exista un efectivo intercambio de información tributaria. Se considera este precepto, por tanto, ajustado al derecho de la UE. El artículo 14.3 de la LIRPF aunque no constituye un impuesto de salida en sentido estricto se ha adaptado igualmente al derecho de la UE tras la STJUE de 12 de julio de 2012 (asunto C-269/09 –NFJ047562–). Todo ello, claro está, siempre que el TJUE no decida basarse en la directiva antiabuso cambiando su postura actual respecto a la tributación de salida de personas físicas. Sí que se cuestiona el ajuste al ordenamiento europeo del artículo 8.2 de la LIRPF pese a que tampoco constituye un impuesto de salida en sentido estricto.

Referencias bibliográficas

- Burlada Echeveste, I. y Burlada Echeveste, J. (2014). Los impuestos de salida. *Quincena Fiscal*, 13, 19-59.
- Calderón Carrero, J. M. y Martín Jiménez, A. (2017). La Directiva UE 2016/1164 contra las prácticas de elusión fiscal que inciden en el Mercado Interior: ¿el principio del final de un IS nacional o una pieza más de descoordinación en el nuevo orden post-BEPS? *Revista de Contabilidad y Tributación*, 407, 5-56.
- Guerra Reguera, M. (2010). Los impuestos de salida (*exit taxes*) en el ámbito de la Unión Europea (págs. 157-168). En J. Lasarte y F. Adame (edits.), *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea*. Madrid: CEF.
- Hernández González-Barreda, P. (2019). Los impuestos de salida de personas jurídicas en la Directiva anti-elusión y su transposición en España. *Quincena Fiscal*, 4, 119-154.
- Herrera Molina, P. M. (2013). *Exit taxes* y libertades comunitarias: ¿Contradicciones o evolución en la jurisprudencia del TJUE? *Revista General de Derecho Europeo*, 29.
- Juan Casadevall, J. de (2010). El *exit tax* en el Derecho español: una perspectiva comunitaria. *Impuestos*, 1(11), 369 y ss.
- Martín Jiménez, A. y Calderón Carrero, J. (2007). *Los Impuestos de Salida y el Derecho Comunitario Europeo a la luz de la Legislación Española*. Instituto de Estudios Fiscales.
- Miguel Canuto, E. de (2017). Instrumentos europeos sobre elusión fiscal en la imposición sobre sociedades. *Quincena Fiscal*, 10, 23-50.
- Panayi, C. H. (2009). Corporate Mobility in the European Union and Exit Taxes. *Bulletin for International Taxation*, 459-473.
- Ribes Ribes, A. (2014). Los impuestos de salida. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sanz Clavijo, A. (2009). ¿Constituye el artículo 14.3 LIRPF (y concordantes) una medida de imposición de salida? *Impuestos*, 1(9), 339 y ss.
- Sanz Gadea, E. (2018). La directiva antiabuso (IV). La tributación de salida. *Revista de Contabilidad y Tributación*, 421, 35-84.