

La directiva antiabuso (IV). La tributación de salida

Eduardo Sanz Gadea

*Licenciado en Derecho y en Ciencias Económicas
Graduado en Ciencias Políticas y de la Administración*

EXTRACTO

El presente estudio versa, principalmente, sobre la regulación que de la tributación de salida está contenida en la Directiva (UE) 2016/1164, de 12 de julio. A poco que se profundice en la materia, se encuentra su íntima relación con principios y estructuras básicas de la imposición. Así:

- Con el principio de capacidad económica, en la medida en que la tributación de salida recae sobre una plusvalía no realizada frente a terceros.
- Con las libertades comunitarias, puesto que la tributación de salida afecta a los desplazamientos intracomunitarios, pero no a los puramente internos.
- Con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, habida cuenta de que la tributación de salida pone en contacto a dos jurisdicciones fiscales.
- Con las técnicas antiabuso, en la medida en que una tributación de salida bien construida debería frustrar los desplazamientos con finalidad puramente fiscal.

Las normas principales que regulan la imposición directa española (leyes de los impuestos sobre la renta de las personas físicas, sobre sociedades y sobre la renta de no residentes) también regulan la tributación de salida. Un breve recordatorio de sus líneas maestras ayudará a la mejor comprensión de la normativa comunitaria.

Palabras clave: salida; directiva antiabuso; residencia fiscal; convenio bilateral; capacidad económica.

The anti-tax avoidance directive (IV). Exit tax

Eduardo Sanz Gadea

ABSTRACT

The present paper covers, mainly the regulation of exit tax contained in the Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016. If we focus on this subject, we will find its close relationship with tax principles and basic tax structures. Hence:

- With the principle of economic capacity, insofar exit tax is levied on the unrealized gain against third parties.
- With community freedoms, given that exit tax affects intracommunity shifting, but not domestic ones.
- With bilateral agreements to eliminate double taxation, provided that exit tax involves two different tax jurisdictions.
- With anti-avoidance techniques, so long as a well-built exit tax regulation should deter shifts due solely to tax reasons.

The main provisions governing direct tax in Spain (personal income tax law, corporate income tax law and non-resident income tax law) also regulate exit tax. A brief reminder of their key aspects will lead to a better understanding of EU regulations.

Keywords: exit tax; anti-tax avoidance directive; tax residence; bilateral agreement; economic capacity.

Sumario

1. La tributación de salida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia
2. La tributación de salida en la directiva antiabuso
 - 2.1. Elementos estructurales de la imposición de salida
 - 2.1.1. Los supuestos de hecho habilitantes
 - 2.1.2. Los supuestos de hecho que inhiben la tributación de salida
 - 2.1.3. La determinación de la base imponible
 - 2.1.4. Eliminación de la doble imposición
 - 2.2. La protección mínima
 - 2.3. La adecuación de la tributación de salida al Derecho de la Unión
3. La tributación de salida en la imposición directa española
 - 3.1. Tributación de salida de los contribuyentes del impuesto sobre sociedades
 - 3.1.1. Ámbito de la tributación de salida
 - 3.1.2. Determinación de la renta gravable
 - 3.1.3. Inhibición de la tributación de salida
 - 3.1.4. Incidencia en los socios
 - 3.1.5. Adecuación al Derecho de la Unión Europea
 - 3.1.6. Régimen de la tributación de llegada
 - 3.2. Tributación de salida de los contribuyentes del impuesto sobre la renta de no residentes
 - 3.2.1. Ámbito de la tributación de salida
 - 3.2.2. Determinación de la base imponible
 - 3.2.3. Adecuación al Derecho de la Unión Europea
 - 3.3. Tributación de salida de los contribuyentes del impuesto sobre la renta de las personas físicas
 - 3.3.1. Tributación sobre las rentas pendientes de imputación
 - 3.3.2. Tributación sobre las plusvalías latentes
 - 3.3.2.1. Elementos de la tributación sobre las plusvalías latentes
 - 3.3.2.2. Adecuación al Derecho de la Unión Europea (apartado 6 del art. 95 bis)
 - 3.3.2.3. Concurrencia de un convenio bilateral para eliminar la doble imposición (apartado 4 del art. 95 bis)
 - 3.3.2.4. Concurrencia de un paraíso fiscal (apartado 7 del art. 95 bis)

4. La tributación de salida en las operaciones de fusión y asimiladas
 - 4.1. Semejanzas y diferencias del régimen especial de las fusiones y operaciones asimiladas con la tributación de salida
 - 4.2. Las normas sobre tributación de salida incrustadas en el régimen especial de las fusiones y operaciones asimiladas
5. La tributación de salida en los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición
 - 5.1. Compatibilidad de la tributación de salida con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición
 - 5.2. Riesgo de doble imposición y su eliminación
 - 5.3. Tributación de salida contemplada expresamente en un convenio bilateral para eliminar la doble imposición
 - 5.4. Relación de la directiva antiabuso con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición
6. Valoración de la tributación de salida
 - 6.1. Pros y contras de la tributación de salida
 - 6.2. Elementos de una tributación de salida consistente
7. Conclusiones

Referencias bibliográficas

NOTA: Silvia López Ribas ha tenido, una vez más, la amabilidad de leer el artículo y, como siempre, ha formulado valiosas observaciones. Los errores que pudiera haber son de la exclusiva responsabilidad del autor.

Cómo citar este estudio:

Sanz Gadea, E. (2018). La directiva antiabuso (IV). La tributación de salida. *RCyT. CEF, 421*, 35-84.

La sociedad digital nos enfrenta también a una potencial acentuación de la desigualdad... Dibujemos un escenario extremo para ilustrar el peligro. En el futuro, los países que sepan atraer a los mejores actores de la economía digital podrán entrar en la cadena de valor de todos los sectores y se apropiarán de inmensas riquezas, mientras que los demás se quedarán solo con las migajas... la movilidad de los talentos, hoy totalmente globalizados a diferencia de ayer, hará que aquellos y aquellas que creen esa riqueza opten por establecerse en países que les ofrezcan las mejores condiciones, incluidas las fiscales...

Jean Tirole

La Economía del Bien Común, pp. 450 y 451

El artículo 5 de la Directiva (UE) 2016/1164, o directiva antiabuso, regula la denominada tributación de salida. No es una figura tributaria desconocida en nuestro sistema tributario. En efecto, el impuesto sobre sociedades, el impuesto sobre la renta de las personas físicas y el impuesto sobre la renta de no residentes la regulan.

En sentido estricto, la tributación de salida implica gravar las plusvalías latentes en los activos de las personas o entidades que trasladan su residencia fiscal a otra jurisdicción fiscal o en los activos que son desplazados a la misma. En sentido más amplio, la tributación de salida comprende todos los gravámenes que derivan de los referidos hechos.

La tributación de salida se exige cuando los contribuyentes o sus activos cruzan la frontera siempre que ello implique una pérdida del nexo o punto de conexión con el ordenamiento fiscal de la jurisdicción fiscal de salida.

Su fundamento reside en que la plusvalía, aunque no realizada en el momento del desplazamiento, se ha generado durante el tiempo en el que el contribuyente mantuvo un nexo o punto de conexión con la jurisdicción fiscal de salida, ya sea por razón del lugar de su residencia o por el lugar donde se ubican sus bienes o pueden ejercitarse sus derechos.

1. LA TRIBUTACIÓN DE SALIDA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

La regulación que de la tributación de salida se contiene en la directiva antiabuso y en la legislación vigente está fuertemente influida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Las sentencias del Tribunal de Justicia concernientes a la tributación de salida han sido relativamente numerosas. Cabe destacar:

- Lasteyrie du Saillant (asunto C-9/02 –NFJ017164–)¹.
- N (asunto C-470/04 –NFJ024030–)².
- Grid (asunto C-371/10 –NFJ045002–)³.
- Reino de España (asunto C-269/09 –NFJ047562–)⁴.

¹ «El principio de libertad de establecimiento enunciado en el artículo 52 del Tratado CE (actualmente artículo 43 CE, tras su modificación) debe ser interpretado en el sentido de que se opone a que un Estado miembro establezca, a fin de prevenir un riesgo de evasión fiscal, un régimen de imposición de las plusvalías latentes como el previsto en el artículo 167 bis del code général des impôts francés, en caso de traslado del domicilio fiscal de un contribuyente fuera de este Estado».

² «1) Puede invocar el artículo 43 CE un ciudadano comunitario, como el demandante en el procedimiento principal, que, desde el traslado de su domicilio, reside en un Estado miembro y que es titular de la totalidad de las participaciones de sociedades establecidas en otro Estado miembro.

2) El artículo 43 CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro establezca un régimen de tributación de las plusvalías en caso de traslado del domicilio de un contribuyente fuera de ese Estado miembro, como el controvertido en el asunto principal, que sujete la concesión del aplazamiento de pago de dicho impuesto a la condición de que se presten garantías y que no tenga totalmente en cuenta las minusvalías que puedan producirse con posterioridad al traslado de domicilio del interesado y que el Estado miembro de acogida no hubiera tenido en cuenta.

3) Un obstáculo derivado de la prestación de una garantía exigida con infracción del Derecho comunitario no puede suprimirse, con efecto retroactivo, por la mera liberación de esa garantía. La forma del acto sobre cuya base se haya liberado la garantía en modo alguno influye sobre esta apreciación. Cuando el Estado miembro establezca el pago de intereses de demora con motivo de la restitución de una garantía exigida con infracción del Derecho interno, igualmente se adeudan tales intereses en caso de violación del Derecho comunitario. Además, corresponde al órgano jurisdiccional remitente, de conformidad con las orientaciones dadas por el Tribunal de Justicia y respetando los principios de equivalencia y de efectividad, apreciar la existencia de responsabilidad del Estado miembro interesado a causa del perjuicio irrogado por la obligación de prestar tal garantía».

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

2) El artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que:

- no se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual el gravamen sobre las plusvalías latentes correspondientes a los elementos del patrimonio de una sociedad se liquida definitivamente –sin tener en cuenta ni las minusvalías ni las plusvalías que puedan realizarse posteriormente– en el momento en el que la sociedad, con motivo del traslado de su sede de dirección efectiva a otro Estado miembro, deja de percibir beneficios imponibles en el primer Estado miembro; a este respecto, carece de relevancia el hecho de que las plusvalías latentes gravadas se refieran a diferencias positivas de cambio que no pueden hacerse patentes en el Estado miembro de acogida teniendo en cuenta el régimen tributario allí vigente;
- se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la que debe procederse al cobro inmediato del gravamen sobre las plusvalías latentes correspondientes a los elementos del patrimonio de una sociedad que traslada su sede de dirección efectiva a otro Estado miembro en el momento mismo de dicho traslado».

⁴ «Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 18 CE, 39 CE y 43 CE, al haber adoptado y mantenido en vigor, en el artículo 14, apartado 3, de la Ley 35/2006, de 28 de noviem-

- República Portuguesa (asunto C-38/10 –NFJ048196–)⁵.
- Reino de España (asunto C-64/11 –NFJ050566–)⁶.
- Reino de los Países Bajos (asunto C-301/11)⁷.
- Reino de Dinamarca (asunto C-261/11)⁸.

El punto de partida común a todas las sentencias es que el desplazamiento, sea de la residencia o de activos, puramente local, en sus distintas modalidades, no genera imposición alguna, en tanto que el desplazamiento transfronterizo, ya sea en el ámbito comunitario o en el del espacio económico europeo, desata la tributación de salida. En esa diferencia de trato el tribunal advierte una discriminación o, más concretamente, una restricción a una libertad comunitaria, generalmente la de establecimiento. A partir de aquí, el tribunal se adentra en el análisis de las posibles causas de justificación. Ha sido este análisis el que, precisamente, ha trazado los límites de la tributación de salida en el ámbito comunitario.

bre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, una disposición que impone a los contribuyentes que trasladan su residencia a otro Estado miembro la obligación de incluir todas las rentas pendientes de imputación en la base imponible del último ejercicio fiscal en el que se les haya considerado contribuyentes residentes».

⁵ «Declarar que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 TFUE al adoptar y mantener en vigor los artículos 76 A y 76 B del Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (Código del impuesto sobre sociedades), aplicables en el supuesto de que una sociedad portuguesa traslade a otro Estado miembro su domicilio social y su dirección efectiva o de que una sociedad no residente en Portugal transfiera de Portugal a otro Estado miembro todo o parte de los activos vinculados a un establecimiento permanente portugués, que establecen el gravamen inmediato de las plusvalías latentes relativas a los activos en cuestión pero no de las plusvalías latentes derivadas de transacciones exclusivamente nacionales».

⁶ «Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 TFUE al adoptar el artículo 17, apartado 1, letras a) y c), del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, establecido por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba dicho texto refundido, y en virtud del cual, en los casos de traslado, a otro Estado miembro, de la residencia de una sociedad establecida en España y de transferencia, a otro Estado miembro, de activos de un establecimiento permanente situados en España, las plusvalías no realizadas se integran en la base imponible del ejercicio fiscal, mientras que tales plusvalías no tienen consecuencias inmediatas si esas operaciones tienen lugar dentro del territorio español».

⁷ «En ayant adopté et maintenu en vigueur une réglementation nationale prévoyant l'imposition des plus-values non réalisées lors du transfert d'une entreprise ou lors du transfert du siège social statutaire ou réel d'une société dans un autre État membre, le Royaume des Pays-Bas a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 49 TFUE».

⁸ «(1) Declarar que el Reino de Dinamarca ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 TFUE y del artículo 31 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, al haber adoptado y mantenido en vigor el artículo 8, apartado 4, de la Ley sobre la tributación de las sociedades anónimas y otros (lovbekendtgørelse nr. 1376 om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v.), de 7 de diciembre de 2010, relativo al gravamen inmediato de los beneficios de las sociedades anónimas, y, por tanto, un régimen fiscal que prevé la tributación inmediata de las plusvalías latentes correspondientes a la transmisión de activos realizada por una sociedad domiciliada en Dinamarca hacia otro Estado miembro de la Unión Europea o hacia un Estado tercero que sea parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992».

En *Lasteyrie*, se debatió la pertinencia de sujetar a tributación la plusvalía latente en una participación significativa titularidad de una persona física que trasladó su residencia desde Francia a los Países Bajos.

El Gobierno francés alegó la necesidad de *prevenir el fraude y la evasión fiscal, la merma de recaudación y la coherencia del sistema tributario*.

El tribunal observó que la norma concernida no tenía por objeto específico combatir montajes puramente artificiales cuya finalidad fuera eludir la normativa tributaria francesa, sino que se aplicaba con carácter general. Por otra parte, incluso admitiendo que la norma pudiera tener por objeto combatir los traslados transitorios del domicilio fiscal para tributar por las plusvalías derivadas de la transmisión de la participación de acuerdo con leyes extranjeras más benignas, tal objetivo, ciertamente ligado al combate del fraude y la evasión fiscal, podía lograrse mediante otra norma más ajustada que contemplase exclusivamente esa situación fraudulenta.

En cuanto a la merma de ingresos fiscales, el tribunal se limitó a reiterar su conocida jurisprudencia, en el sentido de que no podía considerarse como una razón imperiosa de interés general, y en cuanto a la coherencia, el tribunal no halló los mimbres para construirla.

El Gobierno alemán alegó la *distribución de competencias* para gravar la plusvalía entre el Estado de salida y el Estado de destino. Esa distribución de competencias resultaba para el Gobierno neerlandés conforme con el *principio de territorialidad*.

La sentencia, en cierto modo, eludió examinar la alegación, afirmando que no era objeto del litigio el reparto de la competencia fiscal, ni estaba en cuestión el derecho a hacer tributar las plusvalías de acuerdo con el principio de territorialidad, sino la forma en cómo se había ejercitado esa competencia, de todo punto contraria al derecho de establecimiento.

En *N* se planteó un debate similar al de *Lasteyrie*, esto es, la tributación de las plusvalías latentes de una participación significativa con ocasión del cambio del domicilio de una persona física desde los Países Bajos al Reino Unido, pudiéndose evitar el pago inmediato del gravamen mediante la declaración de la plusvalía latente y la constitución de garantía.

El tribunal nacional remitente explicó que el fundamento de la norma neerlandesa consistía en garantizar un *reparto, sobre la base del principio de territorialidad, de la potestad impositiva* de las plusvalías entre los Estados miembros, evitando, al tiempo, la doble imposición. La sentencia entró de lleno en esta alegación, recordando que *Marks&Spencer* alumbró tal causa de justificación.

Observó el tribunal que la norma neerlandesa se inspiraba en el *principio de territorialidad* puesto que la plusvalía sobre la que recaía la tributación de salida se refería a bienes situados en Países Bajos y se había generado durante el tiempo de estancia en los Países Bajos del titular de la participación, y concluyó que una norma que servía al reparto de la potestad impositiva sobre la base del principio de territorialidad perseguía un objetivo de interés general que la justificaba.

Ahora bien, la consecución de tal objetivo debía hacerse de manera proporcionada. La sentencia consideró que era proporcionado exigir una declaración para calcular la plusvalía, pero que la constitución de garantía iba más allá de lo necesario.

Por otra parte, el tribunal también consideró restrictivo que, en el cálculo del impuesto con carácter definitivo en el momento de la transmisión de la participación a terceros, no se tuvieran en cuenta las minusvalías posteriores al momento del traslado, reproche que, sin embargo, podía ser subsanado mediante la toma en consideración de las mismas por el Estado de llegada.

En *Grid*, el objeto fue la liquidación y el cobro de las plusvalías latentes con ocasión del traslado de la sede social de una entidad desde un Estado miembro (Países Bajos) a otro Estado miembro (Reino Unido), determinando dicho traslado la pérdida de la condición de contribuyente en el Estado miembro de salida.

El tribunal examinó tres causas de justificación, a saber, *el reparto de los ingresos fiscales* entre los Estados miembros, la necesidad de *mantener la coherencia del sistema fiscal* y la pertinencia de *evitar el fraude y la evasión fiscal*.

En relación con la primera, el tribunal entendió que el traslado de la sede de dirección efectiva a otro Estado miembro justificaba gravar la plusvalía generada en el tiempo en que la entidad tuvo su sede en el Estado de salida. Advirtió el tribunal que la tributación de esa plusvalía procuraba un correcto reparto de los ingresos fiscales entre el Estado miembro de salida (Países Bajos) y el de llegada (Reino Unido), de acuerdo con el artículo 13.4 del correspondiente convenio bilateral.

La restricción estaba justificada. Mas no bastaba con ello, sino que era preciso que la restricción fuera proporcionada y adecuada al objetivo de interés general, en este caso, el correcto reparto de los ingresos fiscales. El tribunal observó que la norma concernida no solo obligaba a la liquidación de la plusvalía sino también al ingreso de la deuda tributaria correspondiente, produciendo una desventaja de tesorería que no era imprescindible para asegurar el correcto reparto de los ingresos fiscales, esto es, el cobro de la deuda tributaria sobre la plusvalía latente, pues bien podría haberse establecido un régimen de cobro con ocasión de la realización efectiva de la plusvalía, incluso adicionando intereses de demora y una garantía bancaria, y sin necesidad de tomar en consideración las minusvalías posteriores, concediendo al contribuyente, eso sí, la posibilidad de pagar la deuda tributaria en el momento del traslado.

Frente a la forma de configurar la tributación de salida sugerida por el tribunal, no cabía, según el mismo, alegar cargas o dificultades administrativas insuperables para el Estado miembro de salida, habida cuenta de los mecanismos de asistencia mutua entre Estados miembros.

Tras estos razonamientos, el examen de las otras dos causas de justificación poca novedad podía deparar. Con respecto a la coherencia, el tribunal destacó, haciéndola suya, la reflexión del abogado general, según la cual la coherencia fiscal y del reparto equilibrado de la potestad tributaria se asentaban sobre elementos en gran parte coincidentes. Y con respecto al riesgo de fraude o evasión fiscal, el tribunal señaló que el mero hecho de que una sociedad trasladase su sede a otro Estado miembro

no podía fundamentar una presunción general de fraude fiscal, ni servir de justificación a una medida que fuera en detrimento del ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el tratado.

En *Reino de España*, se debatió la tributación de salida por causa del traslado del domicilio social o de los activos y actividades de un establecimiento permanente desde un Estado miembro a otro Estado miembro, resolviendo un recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión.

El tribunal no negó el derecho de los Estados miembros a los ingresos fiscales derivados de la tributación de las plusvalías latentes, pero sí se opuso, con base en la libertad de establecimiento, a que la percepción de aquellos ingresos se produjera, de manera inmediata, como consecuencia del traslado del domicilio o de activos. En suma, era correcta la liquidación, pero no el cobro, que debería diferirse hasta el momento de la transmisión de los activos, razonamiento que, como bien se ve, ya se aplicó en el caso *Grid*.

Ciertamente, el contribuyente podía aplazar el pago mediante la prestación de garantía, en los términos previstos en la Ley General Tributaria, mas como quiera que la concesión del aplazamiento no fuera automática, el tribunal dictó sentencia condenatoria.

En *República Portuguesa*, en el contexto de un recurso de incumplimiento, se debatió en relación con una norma que exigía la tributación sobre las plusvalías diferidas en una previa operación de canje de valores, con ocasión del traslado de la residencia fiscal a otro Estado miembro.

El Gobierno portugués alegó la *necesidad de preservar el reparto equilibrado de la potestad tributaria*, la *necesidad de preservar la coherencia del régimen fiscal* y la *necesidad de garantizar los controles fiscales y la lucha contra el fraude y la evasión fiscales*.

El tribunal apreció que la norma concernida gravaba una capacidad económica que correspondía a Portugal, pero no al país de llegada, y de ahí que estimara la causa de justificación primera, pero, al tiempo, señaló que no cumplía con el requisito de proporcionalidad, por cuanto un régimen de pago diferido, incluso garantizado, podía cumplir el mismo objetivo de manera más respetuosa con el ordenamiento comunitario.

Respecto de la segunda causa, el tribunal, después de recordar la doctrina del vínculo directo, pero sin hacer alusión al requisito de mismo sujeto y mismo impuesto, no halló la relación entre la ventaja fiscal concedida a los desplazamientos puramente internos con una ulterior compensación de esa ventaja mediante un gravamen fiscal.

Ciertamente, la plusvalía diferida en el canje de valores estaba llamada a tributar con ocasión de la transmisión de la participación, de manera tal que, si Portugal perdiera el punto de conexión por causa del traslado de la residencia fiscal, bien podría sostenerse la tesis de la coherencia. Sin embargo, también podría objetarse que Portugal hubiera podido abordar la cuestión mediante medidas más proporcionadas.

La última causa de justificación no fue examinada, por cuanto Portugal no la desarrolló.

En *Reino de los Países Bajos*, el tribunal se remitió a *Grid*.

En *Reino de Dinamarca* se debatió, en el contexto de un recurso de incumplimiento, respecto de la tributación inmediata de las plusvalías latentes con ocasión de la transferencia de activos a un Estado perteneciente al espacio económico europeo.

El tribunal entró a valorar la *necesidad de garantizar la recaudación del impuesto*. En particular, se trataba de decidir si la liquidación y cobro del tributo con ocasión del acto de transferencia era la única posibilidad de gravar las plusvalías que, posteriormente, se pondrían de manifiesto con ocasión de la transmisión de los activos a terceros. Hubo de tomar en consideración que los países del espacio económico europeo no estaban relacionados con los Estados miembros mediante vínculos de información y asistencia tan intensos como los existentes entre los mismos.

La cuestión, pues, se planteó en términos de proporcionalidad. Pues bien, a pesar de esa menor intensidad en la red de asistencia e información, el tribunal constató que, continuando la entidad transferente como sujeto pasivo en Dinamarca, las posibilidades de captar la información pertinente para liquidar el impuesto sobre las plusvalías latentes, cuando el activo transferido se transmitiera a terceros, eran plenas.

Finalmente, en *Reino de España*, en el contexto de un recurso de incumplimiento, se debatió respecto de una norma que obligaba a ingresar las cuotas devengadas, pero cuyo ingreso había sido aplazado, cuando el obligado tributario trasladaba su domicilio a otro Estado miembro.

El Gobierno español alegó la necesidad de *garantizar la recaudación de la deuda tributaria diferida*, el *reparto de la potestad tributaria* y la necesidad de *preservar la coherencia del sistema tributario*.

La primera causa fue desestimada con base en la existencia de mecanismos de colaboración entre los Estados miembros. Por el contrario, al no existir estos mecanismos en relación con los países del espacio económico europeo, la medida se reputó justificada.

También lo fue la segunda, aun cuando, en rigor, la cuestión debatida no encajaba en la misma, ya que no se trataba de determinar y liquidar una renta correspondiente a una jurisdicción fiscal para deslindarla de la correspondiente a otra, sino de recaudar una deuda correspondiente a una renta pretérita ya realizada. En cualquier caso, el tribunal reiteró su doctrina que amparaba la liquidación de las plusvalías latentes con ocasión del traslado del domicilio, aunque no la exigencia de su ingreso inmediato, puesto que las mismas correspondían a la jurisdicción fiscal de partida, de acuerdo con el principio de territorialidad.

Tampoco prosperó la alegación de necesidad del mantenimiento de la coherencia, por cuanto el tribunal no advirtió la relación directa entre una ventaja fiscal y un gravamen fiscal. En efecto, la ventaja del diferimiento se perdía por razón de una presunta dificultad en el cobro de la deuda, pero no por razón de un mecanismo de compensación fiscal de ventajas y gravámenes.

La doctrina del Tribunal de Justicia, concerniente a la tributación de salida, puede ser resumida, a grandes rasgos, en los siguientes puntos:

- La tributación de salida, en sí misma correcta desde una perspectiva de técnica tributaria al servicio del principio de territorialidad, supone una restricción a la libertad de establecimiento, cuando afecta a situaciones intracomunitarias o relativas al espacio económico europeo.
- La tributación de salida está justificada en la causa del reparto equilibrado de los ingresos fiscales, íntimamente asociada al principio de territorialidad. En este sentido, la determinación de la plusvalía en el momento de la salida y el cálculo de la deuda tributaria inherente es correcta.
- El pago inmediato de la deuda tributaria infringe el principio de proporcionalidad, de manera tal que debe ofrecerse al contribuyente la posibilidad de pago diferido. Aun cuando el tribunal no profundiza en la duración del diferimiento, parece inclinarse por alargarla hasta el momento de la transmisión del activo o activos a terceros.
- Ese diferimiento puede estar acompañado de la liquidación de intereses de demora. También de garantías, aun cuando en este punto pueden observarse ciertas inconsistencias.
- Las minusvalías posteriores a la salida no necesariamente deben modificar el importe de la plusvalía determinado en el momento de la salida.

Al hilo de las sentencias *Lasteyrie y N*, la Comisión (COM (2006)825) propuso abrir un debate en relación con los problemas de doble imposición y no imposición que podían suscitarse por causa de la tributación de salida.

Efectivamente, si tanto el Estado miembro de salida como el de llegada pretenden gravar la misma plusvalía habrá doble imposición, y no habrá imposición si ambos renuncian a gravarla, lo que acontece cuando el Estado de llegada toma como valor de referencia el valor de mercado en el momento de la transferencia y el Estado de salida no grava la plusvalía latente.

En la comunicación se sugieren varias alternativas, como la consistente en dividir la plusvalía sobre la base del valor de mercado en el momento de la transferencia o la aceptación por parte del Estado de llegada de un crédito fiscal por el importe del impuesto liquidado por el Estado de salida. En ambos casos se requiere una coordinación y reconocimiento mutuo entre los Estados miembros concernidos, y la Comisión sugiere una coordinación a nivel europeo.

Una resolución del Ecofin de 2 de diciembre de 2008 sostuvo que la tributación de salida era correcta, si bien el Estado miembro receptor debía atribuir al activo transferido el valor asignado por el Estado miembro de salida a efectos de la tributación de salida.

La tributación de salida quedaba así, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos para cuya implantación se postulaba una acción coordinada⁹, legitimada en el ámbito comunitario, no tanto como medida antiabuso sino como técnica al servicio de la correcta distribución de ingresos entre las jurisdicciones fiscales concernidas.

2. LA TRIBUTACIÓN DE SALIDA EN LA DIRECTIVA ANTIABUSO

Según la exposición de motivos de la directiva antiabuso la función de los impuestos de salida es garantizar que cuando un contribuyente traslade sus activos o su residencia fuera de la jurisdicción fiscal de un Estado, dicho Estado grave el valor económico de cualquier plusvalía creada en su territorio aun cuando la plusvalía todavía no se haya realizado en el momento de la salida.

Ahora bien, la exposición de motivos añade que esa función debe realizarse de manera compatible con las libertades comunitarias, de manera tal que *es necesario abordar, dentro de la Unión, la aplicación del impuesto de salida e ilustrar las condiciones para atenerse al Derecho de la Unión.*

La regulación que de la tributación de salida se establece en el artículo 5 de la directiva antiabuso pretende, de una parte, que todos los Estados miembros establezcan la tributación de salida de acuerdo con una estructura común, y de otra, hacer efectiva tal compatibilidad con el ordenamiento comunitario¹⁰.

⁹ Ribes Ribes, A. (2014). La problemática de los «exit taxes» en la Unión Europea. En F. D. Adame Martínez y J. Ramos Prieto (coords.), *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público: Homenaje al Profesor Dr. D. Javier Lasarte Álvarez*. Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.

¹⁰ Artículo 5. *Imposición de salida*

«1. Un contribuyente será gravado por un importe igual al valor de mercado de los activos trasladados, en el momento de la salida de los activos, una vez deducido el valor de estos últimos a efectos fiscales, en cualquiera de las circunstancias siguientes:

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

2. Se otorgará al contribuyente el derecho a aplazar el pago del impuesto de salida a que se refiere el apartado 1, fraccionándolo a lo largo de cinco años, en cualquiera de las circunstancias siguientes:

Como es sabido, la directiva antiabuso se aplica respecto de los contribuyentes del impuesto sobre sociedades vigente en los Estados miembros, y de los establecimientos permanentes ubi-

- a) cuando el contribuyente traslade activos desde su sede de dirección a su establecimiento permanente en otro Estado miembro o en un tercer país que sea parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE);
- b) cuando el contribuyente traslade activos desde su establecimiento permanente en un Estado miembro a su sede de dirección o a otro establecimiento permanente en otro Estado miembro o en un tercer país que sea parte en el Acuerdo sobre el EEE;
- c) cuando el contribuyente traslade su residencia fiscal a otro Estado miembro o a un tercer país que sea parte en el Acuerdo sobre el EEE;
- d) cuando el contribuyente traslade la actividad realizada por su establecimiento permanente a otro Estado miembro o a un tercer país que sea parte en el Acuerdo sobre el EEE.

El presente apartado será de aplicación a terceros países que sean parte en el Acuerdo sobre el EEE en el caso de que hayan celebrado un acuerdo con el Estado miembro del contribuyente o con la Unión sobre asistencia mutua en materia de cobro de créditos tributarios que sea equivalente a la asistencia mutua prevista en la Directiva 2010/24/UE del Consejo.

3. Si un contribuyente procede al aplazamiento del pago de conformidad con el apartado 2, se le podrán aplicar intereses de conformidad con la legislación del Estado miembro del contribuyente o del establecimiento permanente, según el caso.

En caso de que exista un riesgo demostrable y real de impago, se podrá exigir además a los contribuyentes que constituyan una garantía como condición para el aplazamiento del pago de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2. El párrafo segundo no será de aplicación cuando la legislación del Estado miembro del contribuyente o del establecimiento permanente 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 miembro.

4. Cuando sea de aplicación el apartado 2, el aplazamiento del pago se interrumpirá de manera inmediata y la deuda tributaria será exigible cuando:

- a) los activos trasladados o la actividad realizada por el establecimiento permanente del contribuyente se vendan o se enajenen de algún otro modo;
- b) los activos trasladados se trasladen posteriormente a un tercer país;
- c) la residencia fiscal del contribuyente o la actividad realizada por su establecimiento permanente se trasladen posteriormente a un tercer país;
- d) el contribuyente se halle en situación de quiebra o liquidación;
- e) 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 doce meses.

Las letras b) y c) no serán de aplicación a terceros países que sean partes en el Acuerdo sobre el EEE en el caso de que hayan celebrado un acuerdo con el Estado miembro del contribuyente o con la Unión sobre asistencia mutua en materia de cobro de créditos tributarios que sea equivalente a la asistencia mutua prevista en la Directiva 2010/24/UE.

5. En caso de que los activos, la residencia fiscal o la actividad realizada por el establecimiento permanente se trasladen a otro Estado miembro, este último 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.
6. A efectos de los apartados 1 a 5, 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.
7. Siempre que se prevea que los activos deben volver al Estado miembro del responsable de la transferencia en un plazo de doce meses, el presente artículo no se aplicará a las transferencias de activos relacionados con la financiación de garantías, los activos entregados como garantía o si la transferencia de activos se efectúa para cumplir requisitos prudenciales de capital o a efectos de gestión de liquidez».

cados en algún Estado miembro de entidades residentes en un país tercero (art. 1). Quedan fuera de su campo de aplicación las personas físicas. Sin embargo, las legislaciones nacionales suelen también aplicar la imposición de salida a las personas físicas, la cual, igualmente, deberá atenderse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y estableciendo el artículo 5 de la directiva antiabuso reglas a tal efecto, parece claro que también será útil para configurar la tributación de salida de las personas físicas.

La imposición de salida puede adoptar forma autónoma o incrustarse en la imposición directa sobre la renta, cual es el caso de España. Los Estados miembros, al transponer las previsiones de la directiva a su ordenamiento interno, podrán elegir una u otra modalidad.

La regulación que de la tributación de salida efectúa el artículo 5 de la directiva consta de dos partes diferenciadas, a saber, la que versa sobre sus elementos estructurales y la que se refiere a su adecuación a las exigencias del ordenamiento comunitario.

2.1. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA IMPOSICIÓN DE SALIDA

Son elementos estructurales de la tributación de salida los siguientes:

- Los supuestos de hecho habilitantes para su exigencia.
- Los supuestos de hecho que inhiben la tributación de salida.
- La determinación de la base imponible.
- La eliminación de la doble imposición.

2.1.1. Los supuestos de hecho habilitantes

El artículo 5.1 de la directiva antiabuso contempla cuatro supuestos:

- Traslado de activos desde la sede de dirección a un establecimiento permanente, cualquiera que sea su ubicación, y *el Estado miembro en el que se encuentra la sede ya no tenga derecho a gravar dichos activos.*
- Traslado de activos desde un establecimiento permanente ubicado en un Estado miembro a la sede de dirección o a un establecimiento permanente, cualquiera que sea su ubicación, y *el Estado miembro en el que se encuentra el establecimiento permanente ya no tenga derecho a gravar dichos activos.*
- Traslado de la residencia fiscal, cualquiera que sea la jurisdicción fiscal de destino, *excepto en relación con aquellos activos que sigan estando vinculados de manera efectiva a un establecimiento permanente.*

- Traslado de la actividad realizada por un establecimiento permanente, cualquiera que sea el destino de la actividad. Trasladar la actividad es dejar de estar presente en la jurisdicción fiscal de un Estado miembro y establecerla en otra jurisdicción fiscal, y *el Estado miembro en el que se encuentra el establecimiento permanente ya no tenga el derecho a gravar dichos activos.*

Véase, por tanto, que todos los supuestos determinantes de la tributación de salida se integran por dos elementos, a saber, el traslado entre jurisdicciones fiscales y la extinción del derecho a gravar la renta futura por parte de la jurisdicción fiscal de salida.

Se requiere la concurrencia de dos jurisdicciones fiscales, debiendo ser la de salida la de un Estado miembro, en tanto que la de llegada puede ser la de un Estado miembro o la de un Estado tercero. En este sentido, el artículo 5.1 se proyecta sobre relaciones extracomunitarias.

La directiva antiabuso no regula en virtud de qué hechos puede considerarse realizado el traslado de activos o actividades o el de la residencia fiscal. Las referencias contenidas en los apartados 6 (transferencia de activos), 7 (traslado de residencia fiscal) y 8 (traslado de una actividad realizada por un establecimiento permanente), todos ellos del artículo 2, son meras descripciones que no van más allá de ilustrar el objeto de la tributación de salida.

Tanto el traslado de activos y actividades como el de residencia fiscal son hechos jurídicos, pues son el fruto de la calificación que el ordenamiento jurídico de la jurisdicción fiscal de salida otorga a ciertos hechos.

A su vez, la pérdida del derecho a gravar los activos y actividades, o mejor, las plusvalías latentes soportadas en los mismos, así como la vinculación efectiva de activos a un establecimiento permanente, ha de determinarse de acuerdo con las normas de la jurisdicción fiscal de salida.

Es posible que las jurisdicciones fiscales concernidas tengan puntos de vista distintos, generándose así conflictos negativos, en cuanto una jurisdicción fiscal aprecie la salida de activos o actividades o la extinción de la residencia fiscal, y la otra jurisdicción fiscal no aprecie la llegada de activos o actividades o la constitución de residencia fiscal. Esta divergencia es irrelevante respecto de la tributación de salida, puesto que la misma se regula, y exige, exclusivamente por la jurisdicción fiscal de salida.

Cuestión distinta es que dos o más jurisdicciones fiscales reclamen su condición de jurisdicción fiscal de salida lo que, entre otros supuestos, podría acontecer en el caso de doble residencia fiscal. Se trata de un problema que rebasa el campo de la tributación de salida, y que se resolverá, generalmente, mediante las normas establecidas al efecto en el correspondiente convenio bilateral para eliminar la doble imposición.

Traslado, más pérdida del derecho a gravar, todo ello determinado de acuerdo con las normas de la jurisdicción fiscal de salida, entre las que, obvio es decirlo, se encuentran los convenios

bilaterales para eliminar la doble imposición, son los elementos desencadenantes de la tributación de salida.

La pérdida del derecho a gravar deriva de dos causas.

La primera es la extinción del punto de conexión o nexo del contribuyente con la jurisdicción fiscal de salida, lo cual ocurre con el cambio de residencia o con el desplazamiento de activos o actividades.

La segunda es la exención de las rentas derivadas de los activos y actividades trasladados a territorio extranjero, permaneciendo el punto de conexión o nexo del contribuyente con la jurisdicción fiscal de salida, lo cual ocurre cuando la jurisdicción de salida no grava las rentas de los activos ubicados en territorio extranjero.

Se trata de dos causas que dependen de la legislación de cada Estado miembro. Por esta razón el artículo 5 de la directiva no las regula. Podría así acontecer que, ante unos mismos hechos, en un Estado miembro se exija tributación de salida y en otro no, aun cuando lo normal será la convergencia, habida cuenta de que los Estados miembros comparten los criterios propuestos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en materia de fiscalidad internacional, si bien la concreción de los mismos en relación con la tributación de salida no es muy precisa.

Las dos causas tienen una contextura diferente. La primera se fundamenta, normalmente, en los límites naturales al ejercicio de la soberanía fiscal, en tanto que la segunda descansa sobre una decisión de política fiscal.

Podría sostenerse que la decisión de política fiscal de eximir las rentas de activos y actividades ubicados en el extranjero, propiedad de entidades residentes, no implica la pérdida del *derecho a gravar dichos activos* o actividades, sino la renuncia a hacerlo. Así, los Estados miembros, entre ellos España, que han establecido el método de exención respecto de las rentas obtenidas a través de establecimiento permanente, no gravan las rentas de los activos y actividades desplegadas por los mismos no porque hayan perdido el punto de conexión o nexo sino porque han decidido evitar de esa forma la doble imposición. Ahora bien, esa decisión de política fiscal no lleva a modo de corolario la improcedencia de la tributación de salida. Nótese que las rentas que se eximen son las que se realizan, en tanto que la tributación de salida versa sobre una renta ya generada pero todavía no realizada.

Los Estados miembros que apliquen el método de imputación en relación con los activos y actividades de los establecimientos permanentes no pierden *el derecho a gravar dichos activos*. En tal caso, parece que la directiva no habilita la tributación de salida. Sin embargo, la tributación sobre las rentas derivadas de esos activos y actividades varía sustancialmente a raíz del traslado, por cuanto la tributación en el extranjero determina un crédito de impuesto. Además, la tributación de salida no grava rentas futuras, sino rentas ya generadas, aun cuando todavía no puestas de manifiesto mediante una transacción con terceros. En consecuencia, la continuidad del derecho a gravar,

bajo las circunstancias enunciadas, no debería obstruir la tributación de salida. El carácter de protección mínima de la directiva antiabuso, regulado en su artículo 3, permitiría mantener ese criterio.

Más dudoso es que, a cargo de ese carácter, además pueda sostenerse que la tributación de salida también procede aún en el caso en que los activos de la entidad que traslada su residencia fiscal queden efectivamente vinculados a un establecimiento permanente ubicado en la jurisdicción fiscal de salida, en la medida en que el régimen fiscal de las rentas derivadas de aquellos haya podido modificarse, y ello porque, junto al carácter de protección mínima de todas las normas de la directiva antiabuso, también ha de considerarse el carácter armonizador de la misma. Por otra parte, una tributación distinta no es probable ya que, eventualmente, tropezaría con la propia libertad de establecimiento. Más bien, en tal caso, lo que acontece es que la jurisdicción fiscal de salida no ha perdido el derecho a gravar, aunque haya podido modificarse su contenido y, por ende, no cabe la tributación de salida.

En la exposición de motivos de la directiva se dice que es conveniente aclarar que las transferencias de activos, incluido el efectivo, entre una sociedad matriz y sus filiales no entran en el ámbito de aplicación de la norma prevista sobre la imposición de salida. Efectivamente, este tipo de relaciones, trabadas entre dos entidades dotadas de personalidad, se regulan por las normas generales. Así, si la transferencia se hace a título oneroso, la plusvalía latente se pone de manifiesto, y será valorada de acuerdo con las normas de la jurisdicción fiscal de la entidad transmitente, generalmente referenciadas al valor de mercado por aplicación del principio de libre competencia. Y lo propio sucederá si se efectúa a título gratuito.

La tributación de salida regulada en la directiva antiabuso no versa sobre este tipo de relaciones, si bien, desde una perspectiva meramente cuantitativa, el resultado práctico que procura el régimen general normalmente determinará la tributación de la plusvalía generada hasta el momento de la operación, al igual que acontece en la tributación de salida.

Tampoco versa sobre una de las formas más típicas de desconexión con una determinada jurisdicción fiscal, a saber, la fusión inversa, en la que una entidad filial constituida en otra jurisdicción fiscal absorbe a la entidad matriz. En efecto, en tal supuesto no se traslada la residencia fiscal, ni los activos a un establecimiento permanente. Naturalmente, de ello no se sigue que las plusvalías latentes en los activos de la entidad disuelta no sean susceptibles de tributación, pero no bajo el concepto de tributación de salida de la directiva antiabuso. Esta materia permanece en la competencia plena de las distintas jurisdicciones fiscales, las cuales, sin embargo, cuando la operación se produzca en el ámbito intracomunitario, deberán atenerse a la Directiva 2009/133/CE, la cual prevé la tributación diferida de las plusvalías latentes imputables a los activos que resten afectados a un establecimiento permanente ubicado en la jurisdicción fiscal de la entidad absorbida.

Por tanto, en una operación de fusión inversa frente a una jurisdicción fiscal tercera, los Estados miembros pueden gravar, o no, las plusvalías latentes, y frente a una jurisdicción fiscal comunitaria pueden abstenerse de gravarlas, aun cuando los activos afectados no resten afectos a un establecimiento permanente, pero no podrán gravarlas en aplicación del régimen de diferimiento previsto en aquella directiva.

Se notará que los efectos prácticos de una fusión inversa y de un traslado de residencia fiscal son equivalentes. En efecto, en los dos supuestos se extingue el nexo de conexión de una entidad con una jurisdicción fiscal y, en los dos supuestos, concurren activos potencialmente portadores de plusvalías latentes generadas en esa jurisdicción fiscal. En este sentido, tal vez hubiera sido oportuno que la directiva antiabuso se hubiera proyectado sobre esta operación.

Nótese que la armonización deparada por la Directiva 2009/133/CE es parcial pues solo se proyecta en el ámbito intracomunitario y con el único efecto de diferir la tributación de las plusvalías latentes, bajo ciertas condiciones.

Podría sostenerse que la directiva antiabuso es también aplicable a los procesos de disolución de sociedades motivados por el objetivo de trasladar el domicilio social cuando de los mismos también se deriva el traslado de la residencia fiscal pues, en definitiva, se trata del traslado de la residencia fiscal. Sin embargo, este supuesto parece ir más allá del puro traslado de residencia fiscal, en cuanto implica la extinción de una entidad y la constitución de otra, por más que el patrimonio social no se altere.

Ciertamente, cuando tal operación se produzca entre dos Estados miembros, la tributación de las plusvalías latentes determina una restricción a la libertad de establecimiento, que sería útil resolver en los términos previstos en el artículo 5.2 de la directiva antiabuso. Con todo, el régimen mercantil de la sociedad anónima europea¹¹, que permite el traslado del domicilio social conservando la personalidad jurídica, así como la tributación diferida de las plusvalías latentes en los términos previstos para las operaciones de fusión y asimiladas intracomunitarias¹², ha dado una vía de respuesta a este problema.

2.1.2. Los supuestos de hecho que inhiben la tributación de salida

A pesar de producirse el traslado de activos o actividades o el cambio de residencia fiscal, no se devengará la tributación de salida en los siguientes casos:

- Traslado de activos relacionados con la financiación de garantías, cuando se prevea el retorno dentro de un plazo no superior a doce meses (art. 5.7).
- Traslado de activos para cumplir requisitos prudenciales de capital (art. 5.7).

¹¹ 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). Artículo 8.1. «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».

¹² 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 a efectos de gestión de liquidez (art. 5.7).
- Vinculación efectiva de activos de la entidad que ha trasladado su residencia a un establecimiento permanente ubicado en la jurisdicción fiscal de salida (art. 5.1 c).

Se trata de causas tasadas, de manera tal que no caben otras. Bajo tal premisa se echa de menos que la transferencia temporal de activos no tenga, con carácter general, la consideración de supuesto de hecho inhibitorio de la tributación de salida.

La principal causa inhibitoria es la afectación de activos a un establecimiento permanente en sede de la jurisdicción de salida. La directiva no describe los hechos determinantes de la afectación, de manera tal que se aplicarán las normas de los Estados miembros, incluidos los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

2.1.3. La determinación de la base imponible

Cuando se presente alguno de los supuestos de hecho habilitantes y no concurra causa inhibitoria, 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* (art. 5.1).

Esta tributación debe aplicarse cualquiera que sea la jurisdicción fiscal de llegada, esto es, también frente a jurisdicciones fiscales de Estados terceros.

La directiva no regula la forma en cómo debe establecerse la tributación de salida. Los Estados miembros podrán definir la que estimen más pertinente, si bien deberán aplicarla a todas las entidades que sean contribuyentes del impuesto sobre sociedades y a los establecimientos permanentes. Así, cabe la tributación autónoma, pero también la incrustada en los impuestos que gravan la renta, entre otras.

La segunda opción, que es, seguramente, la que se halla implícitamente contemplada como la más idónea en la directiva antiabuso, tiene la ventaja de atemperar los efectos de la tributación de salida con cualesquiera incentivos fiscales que pudieran contenerse en dichos impuestos, al tiempo que resuelve la cuestión del tipo de gravamen. Una tributación de salida autónoma, desvinculada del tipo de gravamen del impuesto sobre sociedades o de aquel que recae sobre la renta de los establecimientos permanentes, no respondería al espíritu y finalidad de la directiva antiabuso.

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* (art. 5.6).

Bajo tan alambicada fórmula no parece cobijarse nada diferente de la *comparable uncontrolled transaction in comparable circumstances* a que se refiere el capítulo II de la Guía de precios

de transferencia de la OCDE, o del *valor que hubiera sido acordado por personas o entidades independientes en condiciones que respeten el principio de libre competencia*, del artículo 18.1 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

La valoración por el valor de mercado se predica respecto de los *activos trasladados*. Están, por tanto, afectados todos los activos, cualquiera que sea su naturaleza o función en la empresa. En consecuencia, los tangibles, los intangibles y los financieros, ya pertenezcan al activo fijo o al corriente, y con independencia de que se hallen o no registrados en libros de contabilidad. Lo decisivo es que se trate de activos respecto de los que se haya producido el supuesto habilitante de la tributación de salida, sin estar amparados por un supuesto inhibitorio.

Así, el fondo de comercio generado por el propio contribuyente formará parte de la base imponible de la tributación de salida, cuando el traslado afecte a todo el patrimonio empresarial o a una parte del mismo constitutivo de rama de actividad respecto de la cual sea predicable tal fondo de comercio. Y lo propio cabe decir de las patentes y marcas creadas por la propia entidad que traslada su actividad empresarial, las cuales no necesariamente se hallarán contablemente registradas.

Cuando se trasladan varios activos, o la propia actividad, cabe preguntarse por la posibilidad de compensar plusvalías con minusvalías. La literalidad de la directiva no apoya la compensación, pero la fuerza expansiva del principio de capacidad económica sí parece hacerlo.

Y cuando se trasladan activos de aquellos cuyas plusvalías manifestadas a través de actos traslativos frente a terceros están exentas, la literalidad de la directiva también parece rechazar la exención. Así acontecería en España con las participaciones cualificadas en el sentido del artículo 21 de la Ley 27/2014. Sin embargo, la tributación de salida no debería gravar plusvalías latentes cuando las imputables a los mismos activos y efectivamente realizadas mediante transacciones con terceros no lo estarían.

En suma, la tributación de salida debe insertarse armónicamente en el sistema de imposición sobre la renta de las entidades jurídicas y de los establecimientos de la jurisdicción de salida, lo que exige que no recaiga sobre plusvalías latentes que, caso de ser efectivas, no estarían gravadas o lo estarían de manera más liviana.

Es cierto que esta conclusión podría ser puesta en cuestión, de una parte, en virtud del tenor literal de la directiva y, de otra, por razón del carácter de norma antiabuso que se predica de la tributación de salida, de manera tal que se esperaría que los Estados miembros llevaran tal régimen fiscal hasta sus últimos confines. Sin embargo, se estima que debe pesar más la adecuada integración de la tributación de salida en el sistema de imposición sobre la renta de las entidades jurídicas y de los establecimientos permanentes del respectivo Estado miembro.

Por otra parte, con ocasión de los hechos que dan lugar a la tributación de salida, los Estados miembros podrán regular situaciones que rebasen las previsiones de la directiva. Así, la integración en la base imponible de las rentas devengadas y diferidas o, en su caso, de los ajustes pendientes.

No obstante, debe observarse que ese efecto, en parte, se deriva de la propia directiva antiabuso, en la medida en que el minuendo para determinar la base imponible es el valor fiscal, y no el valor de adquisición.

2.1.4. Eliminación de la doble imposición

La tributación de salida provoca doble imposición cuando la jurisdicción fiscal de llegada no reconoce los valores asignados por la jurisdicción fiscal de salida. Se trata, como bien se ve, de un supuesto de doble imposición totalmente análogo a aquel que se produce cuando una jurisdicción fiscal asigna un valor a una operación entre partes vinculadas que la otra jurisdicción fiscal concernida no acepta.

El artículo 5.5 resuelve la cuestión, en el ámbito intracomunitario, imponiendo a la jurisdicción fiscal de llegada el valor asignado por la jurisdicción de salida, excepto si dicho valor no refleja el valor de mercado.

Bien se comprende que la excepción, en sí misma lógica, echa agua al vino de la solución. En efecto, si la jurisdicción fiscal de llegada rechaza el valor de mercado asignado por la jurisdicción fiscal de salida habrá doble imposición, en el importe no concurrente de los valores asignados por las referidas jurisdicciones fiscales. El remedio eficaz para solventar el conflicto es el arbitraje.

En la exposición de motivos de la directiva antiabuso, al tiempo que se afirma que es necesario permitir que el Estado receptor impugne el valor de los activos trasladados establecido por el Estado de salida cuando este valor no corresponda al de mercado, se indica que los Estados miembros podrán recurrir para ello a los mecanismos existentes de resolución de litigios.

Tras la aprobación de la Directiva 2017/1852, del Consejo, de 10 de octubre de 2017, relativa a los mecanismos de resolución de litigios fiscales en la Unión Europea, los contribuyentes afectados podrán acogerse a los procedimientos establecidos en la misma, los cuales pueden depurar un dictamen de la comisión consultiva o de la comisión de resolución alternativa de conflictos, que será vinculante para las autoridades fiscales competentes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15.2 de dicha norma comunitaria.

Más allá de la discrepancia respecto del valor de mercado, susceptible de ser resuelta en la forma expuesta, la doble imposición también puede acontecer cuando la legislación de la jurisdicción fiscal de llegada no conceda efectos fiscales a ciertos elementos, como, por ejemplo, el fondo de comercio. En tal caso, si la jurisdicción fiscal de salida grava, habrá doble imposición, aunque no derivada de una discrepancia respecto del valor de mercado. Es dudoso que esa situación pueda ser calificada como *cuestión en litigio* en el sentido del artículo 1 de la Directiva 2017/1852.

En el ámbito extracomunitario, la directiva antiabuso no puede imponer el reconocimiento del valor de mercado a la jurisdicción fiscal de llegada, por carecer la Unión Europea de competencia respecto de los Estados terceros. En tal caso, la solución de la doble imposición deberá quedar

confiada, básicamente, a los procedimientos establecidos en los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

2.2. LA PROTECCIÓN MÍNIMA

¿Pueden los Estados miembros exigir una imposición de salida más exigente que la prevista en la directiva antiabuso?

Del artículo 3 de la directiva antiabuso se desprende que los Estados miembros pueden establecer una tributación más exigente que la señalada en la misma, respecto de todas las materias contempladas, por tanto también en relación con la tributación de salida. Sin embargo, cuando la jurisdicción fiscal de llegada sea la de un Estado miembro o la de un Estado que sea parte del espacio económico europeo, necesariamente deberá respetar las previsiones concernientes al aplazamiento y pago.

¿Pueden los Estados miembros prescindir de la imposición de salida?

Si el objetivo de la regulación de la tributación de salida fuere, exclusivamente, asegurar su compatibilidad con el Derecho de la Unión, cabría la respuesta positiva. Sin embargo, el perfil de norma antiabuso de la tributación de salida desaconseja la respuesta positiva. Cuestión distinta es que, como se ha indicado anteriormente, cada Estado miembro transponga las normas relativas a la tributación de salida de manera congruente con su sistema de imposición. En este sentido, la exposición de motivos indica que *el derecho de gravamen debería definirse a nivel nacional*.

2.3. LA ADECUACIÓN DE LA TRIBUTACIÓN DE SALIDA AL DERECHO DE LA UNIÓN

En la exposición de motivos de la directiva antiabuso se dice que es necesario abordar, dentro de la Unión, la aplicación del impuesto de salida e ilustrar las condiciones para atenerse al Derecho de la Unión. En tales situaciones, *los contribuyentes deben tener el derecho a elegir entre el pago inmediato del importe evaluado del impuesto de salida o su pago aplazado, posiblemente con los intereses y una garantía, durante algunos años, liquidando su deuda fiscal mediante pagos fraccionados*.

A tal efecto, los apartados 2, 3 y 4 del artículo 5 contienen, cuando la jurisdicción fiscal de llegada sea la de un Estado miembro o la de un Estado que sea parte en el Acuerdo sobre el espacio económico europeo, en este segundo caso bajo condición de acuerdo de asistencia mutua para el cobro de créditos fiscales, las siguientes previsiones:

- Opción, a favor del contribuyente, de fraccionar el pago de la deuda de la tributación de salida a lo largo de cinco años.
- Opción, a favor de los Estados miembros, de exigir intereses de demora.
- Constitución de garantía, cuando exista un *riesgo demostrable y real de impago*.

El pago aplazado se interrumpe, debiendo hacerse frente al pago remanente, en caso de transmisión, traslado a país tercero sea de activos o residencia fiscal, quiebra o liquidación, y, en fin, incumplimiento del régimen de pagos fraccionados.

Ha de suponerse que el pago fraccionado, bajo las condiciones expuestas, cumple con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Sin embargo, es evidente que no se da el mismo trato al traslado puramente interno que al traslado intracomunitario. El mismo trato hubiera exigido, cuando menos, diferir el pago del impuesto sobre la plusvalía latente hasta el momento de la transmisión del activo, activos o actividad a terceros o, tratándose de activos amortizables, fraccionarlo a lo largo de los ejercicios en los que se practique la amortización sobre el valor de mercado asignado por la jurisdicción fiscal de salida.

3. LA TRIBUTACIÓN DE SALIDA EN LA IMPOSICIÓN DIRECTA ESPAÑOLA

Las previsiones de la directiva antiabuso concernientes a la tributación de salida deben ser transpuestas al ordenamiento interno, a más tardar, el 31 de diciembre de 2019. Mientras tanto, se aplicarán las normas actualmente vigentes sobre tributación de salida, debiendo recordarse que aquella no afecta a las personas físicas.

3.1. TRIBUTACIÓN DE SALIDA DE LOS CONTRIBUYENTES DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

La tributación de salida está regulada en el artículo 19.1 de la Ley 27/2014, a cuyo tenor, se integrará en la base imponible la diferencia entre el valor de mercado y el valor fiscal de los elementos patrimoniales que sean propiedad de una entidad residente en territorio español que traslada su residencia fuera de este, excepto que dichos elementos patrimoniales queden afectados a un establecimiento permanente situado en el territorio español de la mencionada entidad.

3.1.1. **Ámbito de la tributación de salida**

El traslado de la residencia al extranjero es el único supuesto habilitante de la tributación de salida, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19 de la Ley 27/2014. Por tanto, el traslado de activos y actividades al extranjero para su afectación a un establecimiento permanente no determina la tributación de salida, a diferencia de lo establecido en la directiva antiabuso.

El traslado de la residencia acontece cuando en la entidad ya no concurre ninguna de las circunstancias que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8.1 de la Ley 27/2014, determinan la residencia en territorio español, sin perjuicio de lo que estableciere el convenio bilateral para eliminar la doble imposición que fuere aplicable.

Así, el traslado del domicilio social, permaneciendo la sede de dirección efectiva en territorio español, no determina el traslado de la residencia, como tampoco lo hace el traslado de la sede de dirección efectiva, permaneciendo el domicilio social. El traslado del domicilio social solo es posible si el Estado extranjero permite el mantenimiento de la personalidad jurídica de la entidad (art. 93 de la Ley 3/2009).

En consecuencia, el traslado de la residencia a otra jurisdicción fiscal quedará constreñido al caso en que sea aplicable un convenio bilateral para eliminar la doble imposición que atienda a la sede de dirección efectiva¹³ o a otra causa material explicitada en un acuerdo amistoso entre las jurisdicciones fiscales concernidas, o al caso en que la legislación mercantil de la jurisdicción fiscal de llegada permita la continuidad de la personalidad jurídica alcanzada conforme a las leyes españolas y a ella se traslade el domicilio social y la sede de dirección efectiva.

En este sentido, la Dirección General de Tributos, ante un traslado del domicilio social a Luxemburgo, ha entendido que *en la medida en que la inscripción de la entidad consultante es cancelada del Registro Mercantil español, la sociedad se inscribe en el Registro Mercantil del Estado de destino (Luxemburgo) y queda sometida a la legislación mercantil luxemburguesa, tras adaptarse a la correspondiente forma societaria («société à responsabilité limitée»), se produce un cambio en la «lex societatis» aplicable a la sociedad consultante y, con ello, la pérdida de toda conexión con el ordenamiento jurídico español (incluido el cierre de la hoja registral de la entidad consultante en el Registro Mercantil español), debe entenderse que deja de ser una entidad constituida conforme a la legislación española, perdiendo, por tanto, su condición de residente fiscal en territorio español, en la medida en que no cumplirá ninguno de los requisitos establecidos en el artículo 8.1 del TRLIS, previamente transcrito (Consulta V2477/2012, de 18 de diciembre –NFC046087–).*

Fuera de los supuestos, para trasladar la residencia a otra jurisdicción fiscal, deberá procederse a la disolución de la entidad, excepto si la misma se trata de una sociedad anónima europea.

La tributación de salida acarrea la tributación de las plusvalías latentes en los activos que no queden afectos a un establecimiento permanente, en tanto que la disolución determina la tributación de las plusvalías latentes en todos los activos de la entidad disuelta, en los términos previstos en el artículo 17.4 y 5 de la Ley 27/2014, esto es, por referencia a su valor de mercado.

El traslado de residencia también determina la conclusión del periodo impositivo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 27.2 b) de la Ley 27/2014. Este periodo impositivo será el último, y de aquí que se plantee la cuestión del tratamiento que han de recibir las situaciones fiscales que hubieran podido surtir efecto en periodos impositivos sucesivos, pero la Ley 27/2014 no la aborda.

¹³ Convenio hispano-alemán. Artículo 4.3. «Cuando en virtud de las disposiciones del apartado 1 una persona que no sea una persona física sea residente de ambos Estados contratantes, se la considerará residente exclusivamente del Estado en que se encuentre su sede de dirección efectiva».

Como quiera que el cambio de residencia determina la desaparición de un contribuyente, al modo en como acontece con la disolución y extinción, parece pertinente aplicar los mismos criterios. Sucede, sin embargo, que tales criterios no están explicitados, sino que han venido siendo conformados por vía de interpretación. La transposición del artículo 5 de la directiva antiabuso podría ser aprovechada para regular esta materia.

En fin, tratándose de una sociedad anónima europea, el artículo 76.7 de la Ley 27/2014 aplica, opcionalmente, el régimen de diferimiento propio de las operaciones de fusión y asimiladas, a las *operaciones de cambio de domicilio social... respecto de los bienes y derechos situados en territorio español que queden afectados con posterioridad a un establecimiento permanente situado en territorio español.*

3.1.2. Determinación de la renta gravable

El efecto propio de la tributación de salida es determinar una renta por diferencia entre el valor de mercado y el valor fiscal de los elementos patrimoniales de la entidad que traslada su residencia a otra jurisdicción fiscal. Esa renta podrá ser positiva o negativa.

El valor de mercado es el descrito en el artículo 18 de la Ley 27/2014, esto es, aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones que respeten el principio de libre competencia.

La Ley 27/2014 no define el valor fiscal, por más que se refiera al mismo en un ramillete de artículos. Del artículo 20 de la Ley 27/2014, se desprende que el valor fiscal se define por contraposición al valor contable. Así acontece, por ejemplo, en el caso de activos que hayan disfrutado de libertad de amortización o, inversamente, de aquellos otros cuya amortización contable ha sido superior a la fiscalmente deducible. Los ejemplos podrían multiplicarse, y los casos no son infrecuentes, habida cuenta del rechazo del deterioro como partida fiscalmente deducible, respecto de la mayor parte de los activos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.2 de la Ley 27/2014.

En consecuencia, la renta determinada por diferencia entre el valor de mercado y el valor fiscal está compuesta, potencialmente, por dos partidas, a saber, la diferencia entre el valor contable y el valor fiscal y la diferencia entre el valor de mercado y el valor contable. De esta manera, la tributación de salida no solo incorpora a la base imponible las plusvalías latentes, sino también las diferencias entre las valoraciones contable y fiscal acaecidas en periodos impositivos precedentes. Este efecto también se produce en la directiva antiabuso, por cuanto la misma se refiere al valor *a efectos fiscales*.

Bajo la literatura del artículo 19.1 de la Ley 27/2014 caben también los activos propiedad de la entidad no registrados contablemente, como pueden ser el fondo de comercio y otros intangibles creados por la empresa en el ejercicio de su actividad mercantil. En este caso el valor fiscal será nulo y, por tanto, se integrará en la base imponible el valor de mercado de esos activos. Y también caben las rentas imputables a toda clase de instrumentos de patrimonio, entre ellos las participa-

ciones cuyas rentas, positivas o negativas, derivadas de su transmisión, no se integran en la base imponible, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21.3 de la Ley 27/2014 pues, de una parte, el artículo 19.1 no hace salvedad alguna respecto de estas participaciones y, de otra, el artículo 21.3 no se refiere a la renta derivada de la tributación de salida para cobijarla bajo su régimen, a diferencia de lo que acontece respecto de otros supuestos especiales que sí son expresamente mencionados, cual es el caso de la liquidación, la separación del socio, la reducción de capital, la fusión y otras operaciones de reestructuración.

Sin embargo, como quiera que la tributación de salida no es un impuesto sino una norma reguladora de la formación de la base imponible del impuesto sobre sociedades, parece lógico entender que debe guardar armonía con las restantes normas que regulan dicha formación, de manera tal que, no integrándose en la base imponible las rentas, positivas y negativas, derivadas de la transmisión de ciertas participaciones significativas en el sentido del artículo 21.3, tales rentas también quedarán al margen de la tributación de salida.

En este sentido, la Dirección General de Tributos, ante un caso de traslado de la residencia fiscal, ha indicado que *la pérdida de la residencia fiscal en España, determinará la aplicación de lo dispuesto en los artículos 19.1 y 27.2 de la LIS antes citados, sin perjuicio de que la renta generada en las participaciones de A pudiera tener derecho a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 21 de la LIS...* (Consulta V0928/2015, de 25 de marzo –NFC054144–), y ello porque *aun cuando no se produce una auténtica transmisión a terceros de las participaciones poseídas, su tratamiento fiscal debe aplicarse igualmente al traslado de residencia fiscal al extranjero de la entidad consultante, teniendo en cuenta que el artículo 17.1 del TRLIS pretende preservar en territorio español la capacidad de gravar las rentas latentes que se han generado durante el tiempo en que la entidad consultante ha sido residente fiscal en España, localizando en territorio español la tributación efectiva de aquellas rentas derivadas de la transmisión futura de dichas participaciones y que se haya generado durante el periodo de tiempo en que la entidad H ha sido residente fiscal en España* (Consulta V2477/2012, de 18 de diciembre –NFC046087–). En esta misma línea, el centro directivo ha indicado que *en la medida en que las participaciones en las entidades no residentes en territorio español que no quedan afectas a un establecimiento permanente cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21.3 de la LIS, las rentas generadas como consecuencia del traslado de residencia fiscal de la entidad A tendrán derecho a la aplicación del régimen de exención allí regulado* (Consulta V3879/2015, de 4 de diciembre –NFC057446–).

Esa armonía lleva, igualmente, a entender que serán de aplicación todas las reglas relativas a la determinación de la renta derivada de la transmisión de las participaciones. Particular interés reviste, en este punto, el tratamiento que debe recibir el deterioro inherente a las acciones y participaciones de la entidad que traslada su residencia, en cuanto hubiere sido fiscalmente deducible.

El apartado 3 de la disposición transitoria decimosexta de la Ley 27/2014, después de establecer que *la reversión de las pérdidas por deterioro de los valores representativos de la participación en el capital o en los fondos propios de entidades que hayan resultado fiscalmente deducibles en la base imponible del impuesto sobre sociedades en periodos impositivos iniciados con anterioridad a 1 de enero de 2013, se integrará, como mínimo, por partes iguales en la base imponible*

correspondiente a cada uno de los cinco primeros periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2016, añade que en caso de transmisión de los valores representativos de la participación en el capital o en los fondos propios de entidades durante los referidos periodos impositivos, se integrarán en la base imponible del periodo impositivo en que aquella se produzca las cantidades pendientes de revertir, con el límite de la renta positiva derivada de esa transmisión.

La Dirección General de Tributos ha entendido que *tal y como se señala en el apartado 3 de la disposición transitoria decimosexta de la LIS, en el caso de transmisión de la participación, las cantidades pendientes de revertir se integrarán en la base imponible, con el límite de la renta positiva obtenida en la transmisión. Ello significa que no se deberán revertir cantidades adicionales con posterioridad a dicha transmisión en relación con la participación transmitida* (Consulta V0155/2017, de 24 de enero –NFC063772–).

La reversión apodíctica por quintas partes de los deterioros fiscalmente deducibles, regulada en la disposición transitoria decimosexta de la Ley 27/2014, queda así sujeta, definitivamente, al límite de la renta positiva obtenida en la transmisión de la participación. Si este mismo efecto hubiera de predicarse respecto del traslado de la residencia, como así lo sugiere el criterio de armonía, podría haberse suscitado un aliciente para ejecutar el traslado de la residencia a otra jurisdicción fiscal, a los efectos de aprovechar el aludido límite a la reversión. Es cierto, sin embargo, que el traslado de la residencia no puede realizarse mediante actos puramente formales, pues se requiere el desplazamiento de la sede de dirección efectiva, de manera tal que un traslado oportunista probablemente no cumpliría tal requerimiento.

En fin, por la misma razón de armonía, también se aplicará la exención relativa a las rentas obtenidas a través de un establecimiento permanente, respecto de la renta positiva inherente a los activos afectos a un establecimiento permanente de la entidad que traslada su residencia. En este sentido, la Dirección General de Tributos, en un caso de traslado de la residencia a Portugal, ha precisado que *en la medida en la que las actividades desarrolladas en Portugal constituyan un establecimiento permanente con arreglo a lo establecido en el convenio con dicho país, se entenderán cumplidos los requisitos para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.3 de la LIS* (Consulta V3538/2016, de 27 de julio –NFC061539–).

Tras el Real Decreto-Ley 3/2016, ha de matizarse que las rentas positivas estarán exentas y las rentas negativas no se integrarán en la base imponible.

3.1.3. Inhibición de la tributación de salida

Inhíbe la tributación de salida la afectación de los elementos patrimoniales *a un establecimiento permanente situado en territorio español* de la entidad que ha trasladado su residencia. Se trata, como bien se ve, de la misma causa inhibitoria prevista en la directiva antiabuso.

El artículo 16.1 del texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes (TRLIRNR) establece que se consideran elementos patrimoniales afectos al establecimiento

permanente los vinculados funcionalmente al desarrollo de la actividad que constituye su objeto y que, 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.

La inhibición de la tributación de salida implica la continuidad de los valores fiscales de los activos afectos al establecimiento permanente, así como de las situaciones fiscales pendientes conectadas a los mismos o a la actividad a la que se vinculan. En este sentido, la Dirección General de Tributos ha indicado que *dado que el cambio de domicilio social supone la continuidad de la personalidad jurídica de dicha entidad y que el artículo 18.2 del TRLIRNR permite a los establecimientos permanentes compensar sus bases imponibles negativas de acuerdo con el artículo 25 del TRLIS, dichas bases imponibles negativas podrán ser compensadas con las rentas positivas obtenidas por ese establecimiento permanente en los periodos impositivos que resten para completar el plazo que establece dicho artículo* (Consulta V1347/2009, de 9 de junio –NFC033693–).

3.1.4. Incidencia en los socios

El traslado de la residencia no implica, respecto de los socios, ya sean personas físicas o entidades, efecto directo alguno, por cuanto la entidad que efectúa el traslado mantiene la personalidad jurídica. Simplemente, dichos socios han pasado a serlo de una entidad no residente en territorio español.

En este sentido, la Dirección General de Tributos ha señalado que, *en relación con la tributación de los socios de la consultante, tratándose de socios no residentes, ya sean personas físicas o jurídicas, dado que el cambio de domicilio social y fiscal supone la continuidad de la personalidad jurídica, el mero hecho del traslado no implica, para los socios no residentes, la generación de renta gravable alguna. Ahora bien, si como consecuencia de dicho traslado se produjese alguna alteración en la composición del accionariado no residente de la sociedad, si que se generaría una alteración patrimonial que debería ser gravada conforme a lo dispuesto en la normativa reguladora del impuesto sobre la renta de no residentes y a los convenios para evitar la doble imposición internacional suscritos por España que, en su caso, resultasen de aplicación. Del mismo modo, tampoco se producirá renta alguna, en sede de los socios, personas físicas o jurídicas, residentes en España, en la medida en que el traslado del domicilio social y fiscal de España a USA no supone alteración patrimonial alguna en sede de los socios por lo que la tributación no se producirá en tanto no se produzca dicha alteración patrimonial. En caso de transmitir las correspondientes participaciones en la sociedad consultante (residente en USA), los socios personas jurídicas, residentes en España, podrán aplicar lo dispuesto en el artículo 21.2 del TRLIS, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en dicho precepto* (Consulta V1347/2009, de 9 de junio –NFC033693–).

Este criterio se ha mantenido en contestaciones posteriores a la reforma fiscal de 2014, de manera tal que *en términos generales debe concluirse que el traslado de domicilio social al extranjero, en la medida en que se mantenga la personalidad jurídica de la sociedad y no se altere el porcentaje de participación del socio, no conlleva ganancias o pérdidas patrimoniales en el socio, al establecer*

el artículo 33.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE de 29 de noviembre), en adelante LIRPF, que «Son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquel, salvo que por esta ley se califiquen como rendimientos». (Consulta V3538/2016, de 27 de julio –NFC061539–)

Sin embargo, el traslado de residencia sí tiene consecuencias mediatas para los socios.

Los socios no residentes en territorio español pierden el punto de conexión con la jurisdicción fiscal española, ya que pasan a ser socios de una entidad no residente en territorio español, por más que la misma pueda tener en dicho territorio un establecimiento permanente, sin que tal desconexión implique tributación alguna, como así lo ha puesto de relieve, según se ha visto, la Dirección General de Tributos. No obstante, la conexión no se pierde respecto de las ganancias patrimoniales derivadas de la transmisión de derechos o participaciones en la entidad no residente *cuyo activo esté constituido principalmente, de forma directa o indirecta, por bienes inmuebles situados en territorio español* (art. 13.1 i).3.º TRLIRNR).

Los socios, personas jurídicas, residentes en territorio español, se verán eventualmente afectados, en relación con los dividendos futuros y rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación, por causa del requisito de tributación de la entidad no residente a un tipo nominal no inferior al 10%, del artículo 21.1 b) de la Ley 27/2014.

No así los socios, personas físicas, residentes en territorio español, ya que el régimen fiscal de los dividendos y las plusvalías de los instrumentos de patrimonio emitidos por entidades no residentes es exactamente igual al de los emitidos por entidades residentes, cualquiera que sea el régimen fiscal de aquellas.

Cuestión distinta, aun cuando ligada con la precedente, es si el cambio de domicilio fiscal puede ser determinante de rentas negativas a integrar en los socios, personas jurídicas, de la entidad que ha trasladado su residencia, por aplicación de lo previsto en el artículo 21.8 de la Ley 27/2014. La respuesta ha de ser negativa, por cuanto, de una parte, dicho precepto solo se refiere a la extinción, sin mencionar el cambio de residencia, y de otra, porque el cambio de residencia no determina, para los socios, una mutación de su situación respecto del objeto y finalidad del cómputo de rentas negativas regulado en el artículo 21.6 y 8 de la Ley 27/2014.

La entidad que traslada su residencia deja de formar parte del grupo fiscal, con efectos del propio periodo impositivo en el que se produzca el traslado, por cuanto, al no ser residente en territorio español no puede formar parte de aquel (arts. 58.1 y 59 de la Ley 27/2014), sin perjuicio de que, eventualmente, pudiera conservar la cualidad de entidad dominante, en los términos del artículo 58.2 a) de la Ley 27/2014. En este sentido, la Dirección General de Tributos ha interpretado que *la entidad A, aun cuando traslade su residencia fiscal al extranjero, sigue conservando la condición de entidad dominante, de manera que dicho traslado no supone la extinción del grupo fiscal, con*

independencia de la necesidad de comunicar a la Administración tributaria la variación en la composición del grupo fiscal, que estará constituido por todas las entidades dependientes que cumplan los requisitos para ello conforme a lo expuesto. No resulta procedente, por tanto, el análisis de efectos de la pérdida del régimen de consolidación fiscal o de la extinción del grupo fiscal previstos en el artículo 74 de la LIS. No obstante, como consecuencia de la finalización del periodo impositivo de la entidad A con ocasión del traslado de residencia fiscal, deberá producirse la finalización del periodo impositivo del grupo fiscal (Consulta V3879/2015, de 4 de diciembre –NFC057446–).

3.1.5. Adecuación al Derecho de la Unión Europea

La adecuación al Derecho de la Unión Europea se pretende alcanzar mediante el aplazamiento del pago de la deuda tributaria correspondiente a la tributación de salida *hasta la fecha de transmisión a terceros de los elementos patrimoniales afectados*, si bien cabe entender que también el desplazamiento de los activos, de la actividad o de la residencia fiscal a país tercero suspende el aplazamiento, en cuanto su fundamento es la presencia de un Estado miembro de la Unión Europea o del espacio económico europeo con el que exista un efectivo intercambio de información tributaria.

Con todo, la norma de adecuación española es más flexible que la prevista en la directiva antiabuso y, probablemente, más cercana a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en cuanto produce un resultado más próximo al que se deriva del cambio puramente interior de la residencia fiscal, esto es, la tributación nula.

El aplazamiento conlleva la exigencia de intereses de demora y la constitución de garantías, en los términos previstos en la Ley General Tributaria.

La excepcionalidad propia de la tributación de salida, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, aconseja que en la constitución de garantías se tome en consideración lo previsto en los párrafos segundo y tercero del artículo 82.1 de la Ley General Tributaria, de manera tal que los bienes y derechos del propio patrimonio empresarial pudieran respaldar la garantía.

Los intereses de demora, aun cuando permitidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es lo cierto que perturban el cambio de residencia fiscal entre Estados miembros y, por ende, el ejercicio del derecho de establecimiento, excepto si, tratándose de activos amortizables, el Estado miembro de llegada reconoce, a efectos fiscales, los valores asignados por el Estado miembro de salida, esto es, España. En este sentido, hubiera sido deseable supeditar la liquidación de intereses de demora a dicho reconocimiento. Ciertamente, la directiva antiabuso también establece la exigencia de intereses, pero prevé el referido reconocimiento de valores.

Cuando el elemento patrimonial es transmitido a un tercero, la deuda tributaria aplazada debe ser ingresada y ello aun cuando la plusvalía puesta de manifiesto en esa transmisión sea inferior a la calculada en relación con la tributación de salida o incluso cuando lo obtenido hubiere sido una minusvalía. En los dos casos, y bajo la hipótesis de que el valor de mercado haya sido acep-

tado por la jurisdicción fiscal de llegada, se generará una renta negativa medida en la diferencia entre el valor de transmisión y el valor de mercado en la salida que, se supone, tendrá efecto en el impuesto sobre sociedades correspondiente.

Es, pues, relevante, a los efectos de evitar los excesos de imposición, que no existan divergencias en punto al importe del valor de mercado.

Ya se vio anteriormente que la Directiva 2017/1852 era aplicable para alcanzar tal finalidad, por cuanto la regulación que de la tributación de salida se efectúa en el artículo 5 de la Directiva 2016/1164 incluye un acuerdo de eliminación de la doble imposición, en el sentido del artículo 1 de aquella, pues no otra finalidad tiene la aceptación del valor de mercado por parte de la jurisdicción fiscal comunitaria de llegada prevista en el apartado 5 de dicho artículo.

Cuando la tributación de salida se fundamenta exclusivamente en la normativa interna, no puede llegarse a la misma conclusión. En efecto, en este caso no existe el respaldo de *los acuerdos o convenios por los que se dispone la eliminación de la doble imposición*. No obstante, si se entendiere la tributación de salida a modo de caso específico de la relación entre empresas vinculadas, en el sentido del artículo 4 del Convenio 90/436/CEE, sería aplicable el procedimiento que en el mismo se establece para evitar las divergencias en relación con el valor de mercado.

3.1.6. Régimen de la tributación de llegada

A raíz de la transposición de la directiva antiabuso, el valor de mercado otorgado por una jurisdicción fiscal de salida comunitaria tendrá la consideración de valor fiscal a efectos del impuesto sobre sociedades. Más allá de este aspecto, que se concretará con la futura transposición, nada se regula en el impuesto sobre sociedades. Sin embargo, es lo cierto que los supuestos de traslado de la residencia a territorio español no son anecdóticos. Es útil, por tanto, bosquejar los efectos fiscales básicos inherentes a la inmigración de entidades.

Habida cuenta de que el resultado contable es el elemento nuclear de la base imponible, la primera aproximación a la materia debe ser la proporcionada por las normas contables¹⁴.

El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), sobre la base de lo establecido en el artículo 309 del Reglamento del Registro Mercantil, ha entendido que la entidad debe depositar sus cuentas anuales traducidas a criterios contables españoles, teniendo como contrapartida las operaciones contables precisas al efecto *una cuenta de reservas*. Bajo este criterio, los cargos y abonos a esa cuenta de reservas deberían integrarse en la base imponible correspondiente al periodo impositivo en el que los mismos se realizan, esto es, el primero a consecuencia del traslado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 11.3 de la Ley 27/2014. Sin embargo, como seguidamente se expone, no es este el criterio de la Dirección General de Tributos.

¹⁴ BOICAC 69/marzo 2007 (Consulta 1 –NFC025102–).

La Dirección General de Tributos ha interpretado *que dado que según establece el artículo 10.3 de la LIS la base imponible se obtiene corrigiendo el resultado contable por la aplicación de los preceptos establecidos en la LIS, y que la misma no contiene precepto alguno que establezca reglas especiales de determinación de rentas como consecuencia de traslado de residencia del extranjero al territorio español, dicho traslado no determina por sí mismo la generación de rentas a efectos de su integración en la base imponible del impuesto sobre sociedades ni del impuesto sobre la renta de no residentes... En tal caso, el periodo impositivo de las sociedades C y E coincidirá con su ejercicio económico, que no podrá exceder de doce meses, de acuerdo con el artículo 24 de la LIS, devengándose el impuesto sobre sociedades el último día de su periodo impositivo y estando sometida a tributación la totalidad de las rentas del periodo, con independencia del lugar donde se hubieran producido y cualquiera que sea la residencia del pagador, sin perjuicio de que, en su caso, fueran de aplicación los preceptos de la LIS que procedan al objeto de evitar supuestos de doble imposición, tanto interna como internacional, sobre las rentas integradas en su base imponible*¹⁵.

De los criterios del ICAC y de la Dirección General de Tributos, se derivan las siguientes conclusiones:

- Los cargos y abonos a cuentas de reservas, necesarios para traducir las cuentas anuales a los criterios contables españoles, carecen de efectos fiscales, de manera tal que no incidirán en la base imponible del impuesto sobre sociedades.
- Por aplicación del principio valorativo del precio o valor de adquisición, las plusvalías latentes en los activos no aflorarán con ocasión de la traducción de las cuentas anuales a criterios contables españoles. Será con ocasión de su transmisión a terceros cuando luzcan en contabilidad y deban integrarse en la base imponible, sin perjuicio de la exención de los artículos 21 y 22 de la Ley 27/2014.
- El primer periodo impositivo coincidirá con el ejercicio económico, estando sujetas la totalidad de las rentas obtenidas durante el mismo.

Bien se comprende que los criterios precedentes conducen a la doble imposición si la jurisdicción fiscal de salida aplica la tributación de salida. También a la desimposición si los abonos a reservas se corresponden con partidas de gastos que fueron fiscalmente deducibles en el impuesto sobre sociedades de la jurisdicción fiscal de salida, a menos que se practiquen, por vía de analogía, los ajustes previstos en el artículo 11.3.2.º de la Ley 27/2014, lo que parece más bien dudoso.

En fin, se constata un vacío normativo que con ocasión de la transposición de la directiva antiabuso sería oportuno colmar.

¹⁵ Consultas V0085/2000, de 9 de octubre (NFC067333); V0106/2008, de 18 de enero (NFC028383); V1555/2012, de 18 de julio (NFC045052); V2137/2013, de 27 de junio (NFC048400).

3.2. TRIBUTACIÓN DE SALIDA DE LOS CONTRIBUYENTES DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE NO RESIDENTES

3.2.1. Ámbito de la tributación de salida

La tributación de salida afecta a los contribuyentes del impuesto sobre la renta de no residentes, que tributan por razón de las rentas obtenidas mediante establecimiento permanente, por causa del traslado al extranjero de activos afectos al mismo.

La misma tributación corresponde en caso de cese de actividad del establecimiento permanente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 18.5 a) del TRLIRNR, supuesto que solamente puede ser reconducido a la tributación de salida si la actividad es continuada en sede de la entidad no residente titular del establecimiento permanente o en sede de otro establecimiento permanente propiedad de la misma ubicado en el extranjero.

Más, en rigor, antes que a la tributación de salida, este supuesto responde a la misma lógica que la de la imposición de las plusvalías latentes en los activos de una entidad que se extingue.

3.2.2. Determinación de la base imponible

El artículo 18.5 a) y b) del TRLIRNR ordena integrar en la base imponible *la diferencia entre el valor de mercado y el valor contable* de los elementos patrimoniales afectados al establecimiento permanente.

A diferencia de la regulación prevista en el impuesto sobre sociedades y en la directiva anti-abuso, el valor que opera como minuendo no es el fiscal sino el contable, sin que exista para ello una razón convincente, habida cuenta de que la base imponible del establecimiento permanente se determina *con arreglo a las disposiciones del régimen general del impuesto sobre sociedades* (art. 18.1 TRLIRNR). Esta remisión extiende a la tributación de salida del impuesto sobre la renta de no residentes los problemas, y las soluciones, relativas a la tributación de salida del impuesto sobre sociedades.

No obstante, debido a las propias circunstancias que determinan la presencia de un establecimiento permanente, la inclusión en la base imponible de un fondo de comercio no contabilizado, en cuanto generado por la actividad económica desplegada por el establecimiento permanente, solo procede en caso de un traslado de activos y actividad, que será continuada por la casa central, sea por sí misma o a través de otro establecimiento permanente.

3.2.3. Adecuación al Derecho de la Unión Europea

La adecuación al Derecho de la Unión Europea se regula de la manera en como lo hace la Ley 27/2014.

3.3. TRIBUTACIÓN DE SALIDA DE LOS CONTRIBUYENTES DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

La Ley 35/2006 dedica a la tributación de salida los artículos 14.3 y 95 bis, este último introducido por la Ley 26/2014.

En los dos artículos, el hecho determinante de la tributación de salida es el traslado de la residencia al extranjero. Por tanto, el hecho de partida es la residencia en territorio español, en los términos previstos en los artículos 8 y 9 de la Ley 35/2006, y el hecho final es la pérdida de la residencia en territorio español, igualmente en dichos términos, sin perjuicio de la aplicación preferente, a estos efectos, del convenio bilateral para eliminar la doble imposición que corresponda.

3.3.1. Tributación sobre las rentas pendientes de imputación

El artículo 14.3 ordena integrar en la base imponible correspondiente al último periodo impositivo que deba declararse todas *las rentas pendientes de imputación*. Se trata de rentas que están perfectamente determinadas y que pudieron ser imputadas en un periodo impositivo precedente, pero que no lo fueron porque el contribuyente ejercitó una opción para imputarlas en otro u otros posteriores. El caso típico son las operaciones a plazo del artículo 14.2 d) de la Ley 35/2006. En este supuesto, las rentas diferidas se integrarán en la base imponible, en la forma expuesta. Otros casos son los contemplados en el artículo 14.2 c), g), i) y j).

Cuando la nueva residencia fiscal se ubique en un Estado miembro de la Unión Europea, el contribuyente puede optar por imputar las rentas pendientes en la forma en como lo hubiera hecho en caso de no haber trasladado su residencia, a cuyo efecto deberá presentar una autoliquidación complementaria de la última presentada o que debió presentarse, sin exigencia de garantías ni de intereses de demora, dentro del plazo de declaración que hubiera correspondido caso de no haber trasladado su residencia.

Nótese que la regulación descrita equipara totalmente la situación tributaria del contribuyente que traslada su residencia a un Estado miembro con la de aquel otro que permanece en territorio español y que traslada su domicilio. Esta equiparación respeta escrupulosamente tanto la letra como el espíritu de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

3.3.2. Tributación sobre las plusvalías latentes

El artículo 95 bis grava las plusvalías latentes en las participaciones significativas propiedad del contribuyente que cambia su residencia fiscal, siempre que el mismo hubiera tenido tal condición *al menos diez de los quince periodos impositivos anteriores al último periodo impositivo que deba declararse por este impuesto*. Habrá de estarse, a estos efectos, a las reglas previstas en los artículos 8, 9 y 10 de la Ley 35/2006, determinantes de la condición de contribuyente.

3.3.2.1. Elementos de la tributación sobre las plusvalías latentes

La tributación de salida del artículo 95 bis no recae sobre todo tipo de activos, sino exclusivamente sobre acciones y participaciones significativas. Tienen esta condición:

- Las acciones y participaciones, incluidas las relativas a instituciones de inversión colectiva, cuyo valor de mercado conjunto en la fecha de devengo del último periodo impositivo que deba declararse por última vez exceda de 4 millones de euros.
- Las acciones y participaciones que representen una participación porcentual superior al 25 %, siempre que el valor de mercado, referido a cada entidad participada, exceda de 1 millón de euros. Estas acciones o participaciones no se acumularán a las del supuesto anterior, a los efectos de calcular el límite de los 4 millones de euros.

La tributación de salida solamente recae sobre las plusvalías latentes de determinadas acciones o participaciones, cualquiera que sea el lugar de la constitución, domicilio o residencia de la entidad emisora.

Todos los demás activos no la motivan, incluso los de carácter mobiliario, tales como obras pictóricas de arte, antigüedades, oro y otros objetos de valor. Tampoco los activos financieros no calificables de acciones o participaciones, incluidas las relativas a las instituciones de inversión colectiva.

Bajo el concepto de acciones o participaciones caben todos los derechos, cualquiera que sea su forma de representación, *representativos de la participación en fondos propios de sociedades o entidades*, de acuerdo con lo previsto en el apartado 3 del artículo 95 bis. El término *entidades* rebasa el de sociedades, de manera tal que aquel comprende, además, todos aquellos centros de imputación de normas jurídicas que, aun carentes de personalidad jurídica, ostentan la titularidad de unos activos determinante de la configuración de fondos propios en los que participa el contribuyente.

En fin, a efectos de la tributación de salida, tienen la consideración de participación en instituciones de inversión colectiva no solo las emitidas por las reguladas en la Ley 35/2003 o las amparadas por la Directiva 2009/65/CE, sino cualesquiera otras, con independencia del lugar de su constitución, pues el artículo 95 bis se refiere a las *acciones o participaciones representativas del capital o patrimonio de las instituciones de inversión colectiva*, sin más.

El valor de mercado se determina mediante un conjunto de reglas similares a las previstas en el artículo 37 de la Ley 35/2006, para calcular las ganancias patrimoniales de acciones y participaciones, si bien diseñadas para fijar un valor a *la fecha de devengo del último periodo impositivo* de declaración.

Enfrentando ese valor de mercado al valor de adquisición, queda determinada la *ganancia patrimonial positiva*, en el sentido del artículo 95 bis.1. Se trata, como bien se ve, de una ganancia

patrimonial que no deriva de una alteración en la composición del patrimonio del contribuyente. El valor de adquisición deberá ser, en su caso, corregido por aplicación de las normas generales, cual es el supuesto, entre otros, del denominado valor de titularidad inherente a la tributación en régimen de transparencia fiscal internacional.

El artículo 95 bis alude a las ganancias patrimoniales, pero no a las pérdidas patrimoniales. En el mismo sentido, se refiere a las diferencias positivas, pero no a las negativas. Puesto que en la Ley 35/2006 se distingue perfectamente entre ganancias y pérdidas patrimoniales, tanto en concepto como en importe, de acuerdo con lo previsto, respectivamente, en los artículos 33 y 34, habrá de entenderse que la tributación de salida contempla las ganancias patrimoniales, pero no las pérdidas. Si esta interpretación es correcta, se notará la disonancia entre el impuesto sobre la renta de las personas físicas y el impuesto sobre sociedades.

La ganancia patrimonial inherente a la tributación de salida se califica como renta del ahorro del artículo 46 b) de la Ley 35/2006.

Pudiera acontecer que el obligado tributario adquiriera de nuevo la condición de contribuyente por el impuesto sobre la renta de las personas físicas, de acuerdo con las normas previstas en los artículos 8 y 9 de la Ley 35/2006, sin haber transmitido la titularidad de las acciones o participaciones afectadas por la tributación de salida. En tal caso, *podrá solicitar la rectificación de la autoliquidación al objeto de obtener la devolución de las cantidades ingresadas correspondientes a las ganancias patrimoniales... devengándose interés de demora desde la fecha en que se hubiese realizado el ingreso hasta la fecha en que se ordene el pago*, de acuerdo con lo previsto en el apartado 5 del artículo 95 bis.

La regla precedente se aplica cualquiera que fuere el lapso de tiempo que mediere entre la pérdida de la condición de contribuyente y su posterior adquisición.

En función del lugar de la nueva residencia, junto al que podría denominarse régimen general, que es el relatado en los párrafos precedentes, cabe distinguir otros cuatro regímenes, a saber, el traslado laboral a no paraíso fiscal, el traslado a país con convenio bilateral para eliminar la doble imposición, el traslado a un Estado miembro de la Unión Europea o del espacio económico europeo y el traslado a un paraíso fiscal.

3.3.2.2. Adecuación al Derecho de la Unión Europea (apartado 6 del art. 95 bis)

El régimen por traslado de la residencia a un Estado miembro de la Unión Europea o del espacio económico europeo con el que medie un efectivo intercambio de información tributaria, en los términos previstos en el apartado 4 de la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, es optativo.

En este régimen, la deuda tributaria inherente a la ganancia patrimonial, calculada de acuerdo con las reglas del régimen general, no debe autoliquidarse, ni la Administración tributaria de-

berá liquidarla. En consecuencia, no habrá obligación de satisfacer intereses de demora. Tampoco de prestar garantías.

Incumbe al contribuyente, además de ejercitar la opción, comunicar a la Administración tributaria la ganancia patrimonial puesta de manifiesto, lo que, ciertamente, le obliga a realizar la operación de valoración de acuerdo con las reglas establecidas al efecto en el apartado 3 del artículo 95 bis, el lugar del domicilio al que se ha trasladado, sus posteriores variaciones y, finalmente, el mantenimiento de la titularidad de las acciones o participaciones.

Bajo el cumplimiento de las cargas enumeradas, la ganancia patrimonial inherente a la tributación de salida únicamente se liquidará si, dentro de los diez ejercicios siguientes al último que deba declararse, se transmiten las acciones o participaciones por actos *inter vivos* o se pierde la condición de residente en un Estado miembro de la Unión Europea o del espacio económico europeo.

Una vez transcurridos los diez ejercicios, la ganancia patrimonial imputable a la salida no podrá liquidarse. En este sentido, antes que proteger el derecho a la liquidación de las plusvalías generadas durante la estancia del contribuyente en territorio español, la tributación de salida parece, más bien, combatir los cambios oportunistas de residencia.

La ganancia patrimonial que se sujeta a tributación es la determinada con ocasión del cambio de domicilio, no la habida efectivamente por causa de la transmisión por actos *inter vivos*. No obstante, esa ganancia patrimonial *se minorará en la diferencia positiva entre el valor de mercado de las acciones o participaciones* computado a efectos de la ganancia patrimonial de salida y el valor de transmisión de las mismas. Por consiguiente, si la transmisión se realiza por un valor superior al valor de mercado de salida, la ganancia patrimonial que se grava es menor que la efectivamente habida, pero si la transmisión se realiza por un valor inferior a dicho valor de mercado, la ganancia patrimonial que se grava será igual a la efectiva, en el bien entendido que no se está gravando la ganancia patrimonial efectiva sino la imputable a la tributación de salida, si bien calculada en la forma expuesta.

Bien se ve que el régimen descrito difiere apreciablemente del establecido en el artículo 19.1 de la Ley 27/2014, para los sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades. En efecto, aun cuando los dos tienen en común que las plusvalías latentes no determinan una tributación con pago inmediato de la deuda tributaria, sino que la misma queda pospuesta hasta el momento de la transmisión a terceros de los activos portadores de aquellas, difieren en lo concerniente a intereses de demora y prestación de garantías, así como en el límite temporal de la referida transmisión. En la Ley 27/2014 hay un aplazamiento automático de la deuda tributaria, en tanto que en la Ley 35/2006 el ingreso de la deuda tributaria se supedita a una condición futura e incierta, temporalmente limitada, y de ahí el distinto régimen de los intereses y garantías.

Las previsiones del artículo 95 bis de la Ley 35/2006 procuran una tributación exactamente igual al cambio del domicilio puramente local, salvedad hecha de las cargas que deben cum-

plirse para disfrutar del mismo. En este sentido, se adecua perfectamente a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

3.3.2.3. *Concurrencia de un convenio bilateral para eliminar la doble imposición (apartado 4 del art. 95 bis)*

Cuando el convenio contiene cláusula de intercambio de información, previa solicitud del contribuyente, el ingreso de la deuda tributaria correspondiente a la tributación de salida quedará automáticamente aplazado por un periodo de cinco ejercicios. Ese periodo podrá prorrogarse por otros cinco más para el caso de desplazamientos por motivos laborales, a solicitud del contribuyente, debiendo probarse la existencia de circunstancias que justifiquen ese desplazamiento temporal más prolongado.

El aplazamiento devenga interés de demora en los términos previstos en la Ley General Tributaria, y motiva la constitución de garantías, si bien las mismas podrán recaer sobre los activos afectados por la tributación de salida.

La deuda tributaria aplazada quedará extinguida cuando, dentro de los plazos señalados, el obligado tributario adquiera de nuevo la condición de contribuyente.

3.3.2.4. *Concurrencia de un paraíso fiscal (apartado 7 del art. 95 bis)*

El apartado 7 del artículo 95 bis establece las reglas precisas para adaptar la tributación de salida a lo previsto en el artículo 8.2 de la Ley 35/2006, en relación con las personas físicas de nacionalidad española que acrediten su nueva residencia en un país o territorio considerado como paraíso fiscal, en cuya virtud dichas personas físicas *no pierden la condición de contribuyentes... en el periodo en que se efectúe el cambio de residencia y durante los cuatro periodos impositivos siguientes.*

En tal caso, las ganancias patrimoniales sujetas a la tributación de salida *se imputarán al último periodo impositivo en que el contribuyente tenga su residencia habitual en territorio español*, al cual, además, se referirá el valor de mercado (apartado 7 a) del art. 95 bis).

En virtud de esta regla, el traslado de la residencia a un paraíso fiscal, a efectos de la tributación de salida, se produce en el periodo impositivo en el que se acredite la nueva residencia. En efecto, la persona física en cuestión ya no tiene la residencia en territorio español, y de ahí que se devengue la tributación de salida, aun cuando mantenga la condición de contribuyente en los términos antes señalados.

Justamente por ello, la letra b) del apartado 7 del artículo 95 bis determina que, en caso de transmisión de las acciones y participaciones afectadas por la tributación de salida en un periodo impositivo en el que el contribuyente mantenga tal condición, para el cálculo de la ganancia o pérdida patrimonial correspondiente, *se tomará como valor de adquisición el valor de mercado de las*

acciones o participaciones que se hubiera tenido en cuenta para determinar la ganancia patrimonial prevista en este artículo, esto es, la ganancia patrimonial propia de la tributación de salida.

4. LA TRIBUTACIÓN DE SALIDA EN LAS OPERACIONES DE FUSIÓN Y ASIMILADAS

4.1. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS FUSIONES Y OPERACIONES ASIMILADAS CON LA TRIBUTACIÓN DE SALIDA

Las operaciones de fusión y asimiladas dan lugar a una transmisión de activos y pasivos y, consecuentemente, se puede entender que las plusvalías inherentes a los activos transmitidos, o a las acciones canjeadas, han sido realizadas y, por ende, deben ser sometidas a tributación.

Sin embargo, esa transmisión reviste ciertas características que la diferencian de la transmisión más habitual, esto es, la realizada a título de compraventa. En efecto, en la fusión y en la escisión, tanto total como parcial, la contraprestación no se percibe por la entidad transmitente sino por sus socios, y en la aportación, aun cuando la entidad que la realiza sí percibe la contraprestación, lo cierto es que la misma es ilíquida, de manera tal que podría incluso debatirse si, efectivamente, la plusvalía ha sido realizada. El rasgo de iliquidez también concurre en el canje de valores de los socios. Por esta razón las normas fiscales difieren la tributación de tales plusvalías al momento en que la entidad adquirente transmita los activos en cuestión a terceros, o los socios hagan lo propio con los valores recibidos. El diferimiento queda supeditado a que la jurisdicción fiscal concernida pueda gravar en tal momento, lo que, a su vez, requiere que conserve un nexo o punto de conexión válido al efecto. Bajo el cumplimiento de tal requisito la plusvalía, aunque ya realizada, no se grava inmediatamente.

También en la tributación de salida, cuando la jurisdicción fiscal de llegada es la de algún Estado miembro, la tributación de la plusvalía no se produce de manera inmediata.

El rasgo común de los dos regímenes fiscales es la inconveniencia de gravar una plusvalía que no ha conferido disponibilidades líquidas actuales para hacer frente a la correspondiente deuda tributaria. El rasgo diferencial es que en la tributación de salida la plusvalía no se ha realizado frente a terceros y cuando de ese modo se realice no podrá ser gravada por ausencia de nexo o punto de conexión, en tanto que en las operaciones de fusión y asimiladas la plusvalía sí se ha realizado frente a terceros, aunque sea ilíquida, y cuando confiera liquidez podrá gravarse porque el nexo o punto de conexión persiste.

El régimen especial del capítulo VII del título VII de la Ley 27/2014 descansa sobre la persistencia del nexo o punto de conexión con la jurisdicción fiscal española. Mientras haya persistencia, el gravamen queda diferido.

El régimen de la tributación de salida, en los tres tributos que lo regulan, descansa en que el nexo o punto de conexión ha desaparecido, y procede el gravamen, si bien cuando la salida se produce en el contexto de las jurisdicciones fiscales comunitarias, se aplican, por imperativo de las libertades del Tratado de la Unión Europea, medidas que alivian los problemas de iliquidez.

4.2. LAS NORMAS SOBRE TRIBUTACIÓN DE SALIDA INCRUSTADAS EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS FUSIONES Y OPERACIONES ASIMILADAS

En el capítulo VII del título VII de la Ley 27/2014 se incrustan normas específicas relativas a la tributación de salida.

Estas normas van dirigidas a los socios, personas físicas o jurídicas, que han intervenido en una operación de canje, fusión o escisión, de manera tal que la tributación sobre las rentas, positivas o negativas, derivadas del canje de acciones o participaciones ha quedado diferida. Pues bien, si dichos socios, sean personas físicas o jurídicas, pierden la cualidad de residentes en territorio español, se integrará en la base imponible correspondiente al último periodo impositivo que deba declararse la diferencia entre el valor de mercado de las acciones o participaciones recibidas y su valor fiscal que, como es sabido, será el valor fiscal de las acciones o participaciones entregadas en ejecución de aquellas operaciones, todo ello de acuerdo con lo previsto en los artículos 80.4 y 81.3 de la Ley 27/2014. Aun cuando la norma no lo precisa, es fácil deducir del contexto que el valor de mercado va referido al momento en que surta efecto el cambio de residencia.

Esta regla en nada difiere de la prevista en los artículos 19.1 de la Ley 27/2014 y 95 bis de la Ley 35/2006, por cuanto en los mismos la plusvalía inherente a la tributación de salida se cuantifica de la misma manera, esto es, por diferencia entre el valor de mercado y el valor fiscal.

Sin embargo, por lo que se refiere a los socios personas físicas, no parece que deban tributar, en virtud de las previsiones de los artículos 80.4 y 81.3 de la Ley 27/2014, aquellas plusvalías de acciones y participaciones que no estarían afectadas por el artículo 95 bis de la Ley 35/2006, por no alcanzar los importes establecidos en el mismo, y por lo que toca a los socios personas jurídicas, parece pertinente interpretar que pueden acogerse al régimen de exención del artículo 21 de la Ley 27/2014, bajo el cumplimiento de los requisitos en el mismo establecidos. La interpretación precedente es congruente con el principio de neutralidad que anima al régimen fiscal del capítulo VII del título VII de la Ley 27/2014.

Tratándose de socios, personas físicas, que trasladen su residencia a un Estado miembro de la Unión Europea o del espacio económico europeo con el que exista un efectivo intercambio de información, el régimen previsto en los artículos 80.4 y 81.3 de la Ley 27/2014 es diferente, y más gravoso, que el previsto en el artículo 95 bis de la Ley 35/2006, pues este último no exige intereses de demora ni la constitución de garantías para evitar la tributación inmediata de la plusvalía latente. Pues bien, el citado principio de neutralidad debería llevar a aplicar lo previsto en el artículo 95 bis, por más que la literalidad de la norma tal vez no lo permita. Se trata, como bien

se ve, de un defecto de técnica legislativa, propiciado por el tradicional, y lamentable, vivir de espaldas de los dos tributos señeros de la imposición sobre la renta.

5. LA TRIBUTACIÓN DE SALIDA EN LOS CONVENIOS BILATERALES PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

5.1. COMPATIBILIDAD DE LA TRIBUTACIÓN DE SALIDA CON LOS CONVENIOS BILATERALES PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

Las dudas respecto de la compatibilidad de la tributación de salida con los convenios para evitar la doble imposición surgen porque el artículo 13 del Modelo de Convenio de la OCDE otorga la competencia para gravar las ganancias de capital derivadas de la transmisión de activos mobiliarios al Estado de la residencia, esto es, en el contexto de la tributación de salida, a la jurisdicción fiscal donde se traslada la nueva residencia o jurisdicción fiscal de llegada por oposición a la de salida¹⁶. Esto ha motivado que algunos convenios bilaterales para eliminar la doble imposición hayan establecido previsiones específicas respecto de la tributación de salida. Así sucede en el convenio hispano-alemán¹⁷. A pesar de que la tributación de salida ha ido ganando terreno, los comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE no han venido prestando atención a esta materia¹⁸.

Bajo el epígrafe de *Casos en los que una persona trata de abusar de disposiciones de la legislación tributaria interna utilizando los beneficios del convenio*, los apartados 65, 66 y 67, de la Acción 6 del proyecto contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BEPS), abordan la cuestión de la relación de la tributación de salida con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, indicando que, en la medida en que la obligación tributaria surja cuando una persona es todavía residente de un Estado y este aplique el impuesto sin extender su alcance a rentas posteriores al cese de residencia, ninguna disposición del convenio, en particular los artículos 13 y 18, impedirá la aplicación de este tipo de obligaciones tributarias.

¹⁶ García Prats, F. A. (2004). Artículo 13 MC OCDE 2000 Ganancias de Capital. En J. R. Ruiz García y J. M. Calderón Carrero (coords.), *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*. A Coruña: Fundación Pedro Barrié de la Maza, Instituto de Estudios Económicos de Galicia.

¹⁷ «6. Las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier otro bien distinto de los mencionados en los apartados 1, 2, 3, 4 y 5 solo pueden someterse a imposición en el Estado contratante en que resida el transmitente.

7. 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».

¹⁸ Hortalá i Vallvé, J. (2007). *Comentarios a la red de convenios de doble imposición*. Aranzadi, pp. 447.

Por tanto, dos son los requisitos que preservan la compatibilidad:

- El momento del nacimiento de la obligación tributaria, que debe ser cuando la persona afectada es todavía residente en la jurisdicción fiscal de salida.
- El tiempo en el que se origina la renta sujeta, que debe ser aquel en el que la persona afectada fue residente en la jurisdicción fiscal de salida.

Es interesante notar que, ya antes de la Acción 6, el Tribunal de Justicia había llegado a la misma conclusión en el caso *N* (asunto C-470/04 –NFJ024030–)¹⁹.

Cuando la tributación de salida se exige justo antes de que el cambio de residencia surta efectos jurídicos, es claro que se cumple el primer requisito. Sin embargo, el artículo 95 bis.6 de la Ley 35/2006, para respetar las libertades comunitarias, pospone el pago del tributo a un momento posterior al cambio de residencia, de manera tal que podría entenderse que la tributación de salida, así concebida, recae sobre un no residente.

Ahora bien, lo relevante no es el momento de la exigencia o del pago del tributo, sino el de su devengo, como así lo indica la Acción 6, pues *las disposiciones de los convenios son aplicables independientemente del momento en que se pague el impuesto...* de manera tal que *no es relevante el momento en que estos impuestos resulten exigibles...*

Nótese, por otra parte, que sería una enorme paradoja que la modalidad más benévola de la tributación de salida del artículo 95 bis fuera incompatible con los convenios bilaterales, justamente porque se pospone su exigencia al momento de la transmisión de las acciones o participaciones, en tanto que las restantes modalidades no sufrirían tal reproche por exigirse el tributo, sin perjuicio de la solicitud de aplazamiento, en relación con el último periodo impositivo en el que el contribuyente fue residente.

¹⁹ «45. Al respecto, no deja de ser razonable que los Estados miembros se inspiren en la práctica internacional y, en particular, en el modelo de convenio elaborado por la OCDE (véanse las sentencias, antes citadas, Gilly, apartado 31, y van Hilten-van der Heijden, apartado 48).

46. En consecuencia, con arreglo al artículo 13, apartado 5, del convenio modelo sobre la tributación de los rendimientos de capital de la OCDE, concretamente, en su versión de 2005, las ganancias obtenidas con motivo de la cesión de bienes tributan en el Estado contratante en el que reside el cedente. Pues bien, como señaló la abogada general en los puntos 96 y 97 de sus conclusiones, de conformidad con dicho principio de territorialidad fiscal, asociado a un componente temporal, a saber, la residencia en el territorio nacional durante el periodo en el que se ha generado la plusvalía sujeta al impuesto, las disposiciones nacionales controvertidas prevén la recaudación del impuesto sobre las plusvalías originadas en los Países Bajos, cuya cuota se haya fijado en el momento de la emigración del contribuyente interesado y cuyo pago se haya suspendido hasta la cesión efectiva de los títulos.

47. De ello se desprende, por una parte, que la medida controvertida en el procedimiento principal persigue un objetivo de interés general y, por otra, que es adecuada para garantizar la obtención de tal objetivo».

Acontece que, en la modalidad del artículo 95 bis.6, la tributación de salida se devenga también en el último periodo impositivo en el que el contribuyente fue residente, pero su exigencia y pago está supeditado a la condición futura e incierta.

El segundo requisito se cumple si la ganancia patrimonial se calcula por referencia al valor de mercado en la fecha de devengo del último periodo impositivo en que el contribuyente fue residente. Las rentas posteriores no deberían quedar afectadas. Tanto las previsiones del artículo 19.1 de la Ley 27/2014, como las del artículo 95 bis de la Ley 35/2006, y las del artículo 18.5 del TRLIRNR, respetan el criterio precedente, sin que la minoración de la ganancia patrimonial gravable prevista en el artículo 95 bis.6 b) suponga una desviación del mismo, en la medida en que su efecto es diminutivo, pero no aumentativo, esto es, se grava la ganancia patrimonial referida al valor de mercado pretérito minorada en la pérdida patrimonial posterior.

5.2. RIESGO DE DOBLE IMPOSICIÓN Y SU ELIMINACIÓN

Sin embargo, habida cuenta de que el artículo 13 del Modelo de Convenio de la OCDE otorga a la jurisdicción fiscal de la residencia la competencia para gravar las plusvalías mobiliarias, es lo cierto que existe un riesgo de doble imposición a raíz de la tributación sobre las plusvalías puestas de manifiesto en la ulterior transmisión de activos previamente sujetos a la tributación de salida, en la medida en que la nueva jurisdicción fiscal de la residencia no reconozca el valor tomado en consideración por la jurisdicción fiscal de salida o, alternativamente, no otorgue a la tributación de salida la consideración de crédito de impuesto.

Pues bien, para solventar la doble imposición eventualmente así generada, debe acudir al procedimiento amistoso, previsto en el artículo 25 del Modelo de Convenio de la OCDE, cuyo comentario 4.3 aborda un supuesto semejante al derivado de la tributación de salida.

La tributación de salida prevista en la legislación española puede, ciertamente, ser causa de doble imposición. No obstante, habida cuenta, de una parte, de la exención de las plusvalías relativas a participaciones significativas del artículo 21 de la Ley 27/2014, y de otra, del limitado alcance del artículo 95 bis de la Ley 35/2006, no parece que puedan plantearse frecuentes problemas de doble imposición que, en cualquier caso, podrán ser abordados a través de los procedimientos previstos al efecto por los convenios para evitar la doble imposición aplicables.

Podría acontecer que fuera la propia jurisdicción fiscal de salida, esto es, la española, la que reclamara la competencia para gravar la plusvalía de las acciones o participaciones derivadas de su ulterior transmisión, sea en virtud de lo previsto en el artículo 13.1 i) del TRLIRNR o en un convenio bilateral para eliminar la doble imposición. En tal caso, el artículo 24.4 del TRLIRNR prevé, respecto de los contribuyentes personas físicas que han trasladado su residencia, que *para el cálculo de la ganancia patrimonial correspondiente a la transmisión se tomará como valor de adquisición el valor de mercado de las acciones o participaciones que se hubiera tenido en*

cuenta para determinar la ganancia patrimonial a los efectos de lo previsto en el artículo 95 bis. De esta manera, se evita el exceso de imposición²⁰.

La regla precedente versa sobre las personas físicas. Ahora bien, respecto de las personas jurídicas que han trasladado su residencia también podría presentarse el mismo supuesto de hecho. El exceso de imposición debería evitarse de la misma manera, para lo cual bastaría con asumir como valor de adquisición el valor de mercado establecido a efectos de la tributación de salida.

5.3. TRIBUTACIÓN DE SALIDA CONTEMPLADA EXPRESAMENTE EN UN CONVENIO BILATERAL PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

Cuando la tributación de salida está contemplada en un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, deberá estarse a lo previsto en el mismo, tomando en consideración las reglas habituales de relación entre las normas internas y las normas convenidas. Por tanto, será necesario que el supuesto de hecho caiga bajo la hipótesis de la norma interna reguladora de la tributación de salida y que esa hipótesis no se vea recortada por la norma convenida igualmente reguladora de la tributación de salida, debiendo aplicarse el efecto jurídico previsto en la norma interna con las matizaciones o modificaciones que, en su caso, se prevean en la norma convenida, en el bien entendido que la aplicación de esa norma no podrá determinar una situación más gravosa para el contribuyente que la prevista en la norma interna.

5.4. RELACIÓN DE LA DIRECTIVA ANTIABUSO CON LOS CONVENIOS BILATERALES PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

Si un convenio bilateral para eliminar la doble imposición suscrito por España con un Estado tercero hubiera otorgado la competencia para gravar la plusvalía relativa a un activo que ha sido trasladado o la concerniente a los activos de una entidad que ha trasladado su residencia a la jurisdicción fiscal de llegada, con exclusión de la tributación de salida, se suscitaría un conflicto entre esa norma convenida y la norma que ha transpuesto el artículo 5.1 de la directiva antiabuso.

Las normas que transponen una directiva son normas internas. Sin embargo, esas normas no ceden ante las de un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, a diferencia de lo expuesto en el apartado precedente, por aplicación del principio de preferencia de las normas comunitarias. El conflicto, por tanto, debería resolverse a favor de la norma interna que ha transpuesto la directiva, de manera tal que la jurisdicción fiscal de salida debería gravar la plusvalía latente, lo que exigiría la correspondiente renegociación del convenio bilateral para eliminar la doble imposición²¹.

²⁰ Ribes Ribes, A. (2015). Un nuevo exit tax en el ordenamiento español: el artículo 95 bis) LIRPF. *Crónica Tributaria*, 154.

²¹ Ribes Ribes, A. (2016). La cláusula exit taxation en la propuesta de directiva europea para luchar contra la elusión fiscal. *Crónica Tributaria*, 159.

Ahora bien, de acuerdo con la interpretación de la relación entre los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición y la tributación de salida anteriormente descrita, la situación de conflicto solamente surgiría si el convenio bilateral correspondiente rechazara explícitamente la tributación de salida o implícitamente mediante el establecimiento de reglas de cálculo de la plusvalía que impidieran el juego de la tributación de salida.

En el contexto actual, de creciente aceptación de la tributación de salida, sea como norma antiabuso o como concreción de la legitimidad para gravar las plusvalías generadas hasta el momento de la salida, no parece probable aquel escenario de conflicto, máxime considerando la interpretación que de la relación entre los convenios bilaterales y la tributación de salida postula la OCDE.

No obstante, es cierto que la directiva antiabuso, eventualmente, podría suscitar un conflicto con aquellos convenios bilaterales para eliminar la doble imposición suscritos por los Estados miembros con Estados terceros, en cuya virtud la tributación de salida quedara excluida. Con todo se notará que la directiva antiabuso establece el devengo y la exigibilidad de la tributación de salida en relación con el periodo impositivo en el que se produce la misma, sin perjuicio del pago fraccionado. En este sentido, el campo del potencial conflicto parece ser reducido.

6. VALORACIÓN DE LA TRIBUTACIÓN DE SALIDA

6.1. PROS Y CONTRAS DE LA TRIBUTACIÓN DE SALIDA

La tributación de salida ha concitado dudas desde la perspectiva del principio de capacidad económica, por cuanto la renta que grava no ha sido realizada mediante una transacción con terceros. En efecto, el patrimonio del contribuyente no altera su composición con motivo del traslado.

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la capacidad económica puede resumirse en los siguientes puntos²²:

- Del artículo 31.1 de la Constitución dimana el deber de contribución y el derecho de hacerlo a tenor de la capacidad económica.
- La capacidad económica se manifiesta en la renta o riqueza, real o potencial, pero existente, esto es, no meramente ficticia.
- Consecuentemente, el hecho imponible de cualquier tributo, aunque tenga finalidad extrafiscal, debe contemplar un presupuesto que indique la existencia real o potencial de renta o riqueza. Por tanto, el principio de capacidad económica no se refiere al sistema tributario en su conjunto, que también, sino a cada tributo en particular.

²² STC 26/2017, de 16 de febrero (NCJ062176); STC 37/2017, de 1 de marzo (NFJ066091), y concordantes citadas en las mismas.

- El adjetivo posesivo «su», del artículo 31.1 de la Constitución española, refiere la capacidad económica a cada sujeto pasivo, individualmente considerado.
- Solo cabe exigir, de manera precisa, que la carga tributaria de cada contribuyente varíe en función de la intensidad de la realización del hecho imponible en aquellos tributos que por su naturaleza y caracteres resulten determinantes en la concreción del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.
- Si el tributo agota la renta o riqueza imponible, es confiscatorio.

Es claro que tanto el impuesto sobre la renta de las personas físicas como el impuesto sobre sociedades son determinantes en la configuración del deber de contribuir, y de ahí que deba reflexionarse respecto de la congruencia del supuesto de hecho de la tributación de salida con la naturaleza u objeto de dichos tributos, que no es otro que gravar la renta.

La renta que grava la tributación de salida existe, aun cuando no se haya puesto de manifiesto en una transacción con terceros. No se trata de una renta ficticia. Podrá tacharse de meramente potencial, pero no de inexistente o ficticia. E incluso podrá argüirse, justificadamente, que tal vez no pueda ser hecha efectiva en el futuro mediante una transacción con terceros, pero de ahí no se sigue que haya de ser calificada como inexistente o ficticia.

Desde la consideración precedente se puede mantener, atendiendo a los puntos clave de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia, que la tributación de salida no entra en conflicto con el principio constitucional de capacidad económica.

La tributación de salida supone una traba a la libertad de las personas para desplazarse, o desplazar sus activos, a través de las fronteras. Nada tiene de extraño que haya sido ampliamente debatida ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La obligada adecuación al Derecho de la Unión Europea, aun cuando se entienda lograda, no puede soslayar este reproche. Si un mundo con fronteras permeables, a todos los efectos y situaciones, es deseable, la tributación de salida no lo es²³.

Frente a los reproches precedentes se alega que la tributación de salida puede constituir un instrumento para desalentar ciertos supuestos de elusión fiscal, ejecutados mediante la denominada «emigración fiscal».

El fenómeno de la emigración de personas jurídicas ha sido particularmente padecido y estudiado en los Estados Unidos²⁴. Las sociedades norteamericanas con entidades filiales en el extranjero,

²³ López Tello, J. (2015). El nuevo impuesto español tipo exit tax sobre acciones y participaciones. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 41.

²⁴ Marples, D. J. y Gravelle, J. G. (2017). Corporate Expatriation, Inversions, and Mergers: Tax Issues. *Congressional Research Service*.

antes de la reciente reforma fiscal impulsada por el presidente Trump, estaban sujetas a tributación sobre los dividendos distribuidos por las mismas, así como a una transparencia fiscal internacional en cierto modo exigente. Una forma de escapar a tales regímenes fiscales consistía en mudar la residencia fiscal a una jurisdicción fiscal que no gravara los dividendos de fuente extranjera y que careciera de transparencia fiscal internacional. Eran varias las formas en cómo esta operación podía realizarse. De entre todas ellas, el canje de valores y la fusión fueron las más utilizadas. En virtud del canje de valores la entidad americana pasaba a ser filial de una entidad no residente, y por la segunda la entidad americana se extinguía y sus activos pasaban a ser propiedad de una entidad no residente.

La American Jobs Creation Act (2004) estableció dos medidas para frenar estas operaciones. Por la primera, la entidad no residente se reputaba residente cuando el 80% de su capital pertenecía a los accionistas de la entidad residente. Por la segunda, las plusvalías latentes en los activos de la entidad extinguida no podían ser compensadas con pérdidas previas o con créditos fiscales por impuestos extranjeros. Ambas disposiciones no se aplicaban si se superaba el test de actividad empresarial substancial en la jurisdicción fiscal de la entidad no residente.

La tributación de salida puede inscribirse, también, en el epígrafe de las medidas que frenan las operaciones irregulares de emigración fiscal.

Pero el alegato más fuerte a favor de la tributación de salida descansa en el nexo que liga la capacidad económica de los contribuyentes con una determinada jurisdicción fiscal. En efecto, los tributos deben ser satisfechos, de acuerdo con la capacidad económica, ciertamente, pero a favor de la jurisdicción fiscal legitimada. Subyace a la tributación de salida que la legitimidad corresponde a la jurisdicción fiscal en la que se generó el valor, antes que aquella otra en la que se puso de manifiesto ese valor mediante una transacción con terceros. Esa legitimidad, ya lo hemos visto, está reconocida en la Acción 6 del proyecto BEPS. La tributación de salida cuenta, pues, con el reconocimiento de la comunidad internacional.

6.2. ELEMENTOS DE UNA TRIBUTACIÓN DE SALIDA CONSISTENTE

Así las cosas, de lo que se trata es de establecer una tributación de salida que sea respetuosa con el principio de capacidad económica y que no ponga trabas a la libertad de movimientos. Esto puede lograrse mediante una tributación de salida basada en los siguientes criterios:

- Determinación de la plusvalía latente en relación con el periodo impositivo en el que se produce el traslado de la residencia o el desplazamiento de activos o actividades, por referencia al valor de mercado. A tal efecto, el contribuyente vendría obligado a practicar la pertinente autoliquidación.
- Aplazamiento de la deuda tributaria hasta el momento en que la plusvalía latente se realiza frente a terceros, sin exigencia de intereses de demora, y bajo la garantía de los elementos patrimoniales afectados por el traslado.

- Obligación de información periódica a cargo del obligado tributario, respecto del mantenimiento de la propiedad sobre los activos.
- Minoración de la deuda tributaria cuando el valor de la transacción con terceros sea inferior al valor de mercado de salida, excepto si la jurisdicción fiscal de llegada admite las pérdidas o gastos correspondientes.
- Obligación a cargo del obligado tributario de ingresar la deuda tributaria correspondiente a la tributación de salida, a raíz de la ulterior transmisión de los activos.
- Resolución, amistosa o arbitral, de las discrepancias entre jurisdicciones fiscales relativas al valor de mercado.

Bajo los criterios precedentes, la tributación de salida no supondría una tributación inmediata derivada del traslado de la residencia, activos, o actividades, al tiempo que aseguraría el cobro de la deuda tributaria cuando la plusvalía latente se realizara mediante una transacción frente a terceros. Por otra parte, sería plenamente respetuosa con la doctrina de la OCDE, tal y como consta en la Acción 6 del proyecto BEPS, y con las sentencias del Tribunal de Justicia. Sin embargo, rebajaría las exigencias previstas en la directiva antiabuso.

7. CONCLUSIONES

- Primera. La tributación de salida, antes que como una medida antiabuso, ha de ser contemplada como un componente lógico de la estructura de la imposición sobre la renta, tanto de las personas físicas como de las jurídicas.
- Segunda. La tributación de salida puede y debe procurar una distribución adecuada de los ingresos tributarios entre las jurisdicciones fiscales concernidas.
- Tercera. La tributación de salida debe ser establecida de manera respetuosa con los principios de capacidad económica y de libertad de movimiento y establecimiento.
- Cuarta. La tributación de salida crea un riesgo de doble imposición. El arbitraje internacional debiera ser plenamente aplicable para solventar los conflictos que se planteen.
- Quinta. La importancia de la tributación de salida en el contexto de un mundo con fronteras permeables contrasta con la escasa atención que le ha dedicado el proyecto BEPS.
- Sexta. La directiva antiabuso impone una tributación de salida común en el ámbito de las personas jurídicas, cuyos elementos básicos admiten sustanciales mejoras desde la perspectiva de los elementos que debe reunir una tributación de salida acorde con los principios a los que debe sujetarse y con la finalidad de solventar las cuestiones de doble imposición.

- Séptima. La regulación de la tributación de salida establecida en el impuesto sobre la renta de las personas físicas, el impuesto sobre sociedades y el impuesto sobre la renta de los no residentes, tras las modificaciones acometidas para dar cumplimiento a las sentencias del Tribunal de Justicia, al tiempo que respetuosa con el Derecho de la Unión Europea, presenta características similares a lo previsto en la directiva antiabuso.

Referencias bibliográficas

- García Prats, F. A. (2004). Artículo 13 MC OCDE 2000 Ganancias de Capital. En J. R. Ruiz García y J. M. Calderón Carrero (coords.), *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*. A Coruña: Fundación Pedro Barrié de la Maza, Instituto de Estudios Económicos de Galicia.
- Hortalá i Vallvé, J. (2007). *Comentarios a la red de convenios de doble imposición*. Aranzadi.
- López Tello, J. (2015). El nuevo impuesto español tipo exit tax sobre acciones y participaciones. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 41.
- Marples, D. J. y Gravelle, J. G. (2017). Corporate Expatriation, Inversions, and Mergers: Tax Issues. *Congressional Research Service*.
- Ribes Ribes, A. (2016). La cláusula exit taxation en la propuesta de directiva europea para luchar contra la elusión fiscal. *Crónica Tributaria*, 159.
- Ribes Ribes, A. (2015). Un nuevo exit tax en el ordenamiento español: el artículo 95 bis) LIRPF. *Crónica Tributaria*, 154.
- Ribes Ribes, A. (2014). La problemática de los «exit taxes» en la Unión Europea. En F. D. Adame Martínez y J. Ramos Prieto (coords.), *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público: Homenaje al Profesor Dr. D. Javier Lasarte Álvarez*. Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.